

ISSN 1678-8729

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 42 | SETEMBRO / DEZEMBRO 2020

DOSSIÊ ESPECIAL: IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Romeiro

PRÓ-REITORIA ACADÊMICA DA NEWTON: Patrícia da Silva Klahr

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

**Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2003.**

n.42, set. /dez. 2020

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III. Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

ESCOLA DE DIREITO

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

.David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

.Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba.

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil.

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodriguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso | Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetus Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton  
Ariane Lopes

# sumário





## APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

## ARTIGOS

CORONAVIRUS: TRANSFORMACIONES CULTURALES, ECONÓMICAS, FILOSÓFICAS Y POLÍTICAS  
BORJA MUNTADAS FIGUEIRAS..... 13-25

EL INGRESO MÍNIMO VITAL QUE APROBÓ EL EJECUTIVO ESPAÑOL: ¿ES UNA SOLUCIÓN A LA  
CRISIS ECONÓMICA DE LA POSPANDEMIA DEL COVID-19?  
SALVADOR MORALES FERRER.....26-38

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA:  
UNA MIRADA AL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A  
FAVOR DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD  
KRÚPSKAYA UGARTE BOLUARTE.....39-61

OS REFUGIADOS NA PANDEMIA: UM OLHAR HUMANISTA A PARTIR DO COMUNITARISMO  
DE AMITAI ETZIONI  
STÉFANI REIMANN PATZ | THAMI COVATI PIAIA.....62-75

SAÚDE PÚBLICA EM TEMPOS DE COVID-19 E RESPONSABILIDADE POLÍTICA  
ANDRÉ DEL NEGRI.....76-87

O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NO DIREITO E NO ESTADO  
JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES.....88-99

O VÍRUS DO NEOLIBERALISMO: O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL COMO ALTERNATIVA  
MELINA GIRARDI FACHIN | CATARINA M. V. RAMOS.....100-120

MEDICINA, CIÊNCIA E OPINIÃO  
MARCO ANTÔNIO RIBEIRO TURA.....121-135

RESPOSTAS À PANDEMIA E A ESTRATÉGIA BRASILEIRA  
CARLOS LUIZ STRAPAZZON.....136-165

PANDEMIA E FEDERAÇÃO: A NOVA DIRETRIZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
PARA A INTERPRETAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNS E ALGUNS DESAFIOS  
PARA SUA UNIVERSALIZAÇÃO  
ANA PAULA DE BARCELLOS.....166-181

CONTROLE ORÇAMENTÁRIO VERSUS ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA  
MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL | MARCIA FERNANDA ALVES.....182-196

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO, REGULAÇÃO E OS  
IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19  
CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA.....197-213

COVID-19 E CORRUPÇÃO NO BRASIL: DESAFIOS E RECOMENDAÇÕES DE GOVERNANÇA  
EM SITUAÇÃO DE CRISE  
LIGIA MAURA COSTA.....214-225

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19:  
UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N.966/20 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
AO ANALISAR A SUA CONSTITUCIONALIDADE  
FELIPE DALENOGARE ALVES | GABRIELA DE SOUZA GRAEFF.....226-239

DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS: DIVULGAR PARA PROTEGER? EDITH MARIA BARBOSA RAMOS   MARIA CÉLIA DELDUQUE   SANDRA MARA CAMPOS ALVES.....	240-257
LEGAL SYSTEM OF EPIDEMIC PREVENTION AND CONTROL IN CHINA YIFEI CHEN   MINGHSUN YANG.....	258-270
TRIBUTAÇÃO SUSTENTÁVEL E A COVID-19: POLÍTICAS FISCAIS DE CURTO, MÉDIO E LONGO PRAZO MARCIANO BUFFON   MATHEUS COSTELLA MENEGUSSI.....	271-292
MEDIDAS PROCESALES FRENTE AL CORONAVIRUS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/2020, DE 18 DE SEPTIEMBRE LETICIA FONTESTAD PORTALÉS.....	293-313
LAS ANTINOMIAS PROCESALES, SU INTERPRETACIÓN Y SOLUCIÓN MARTIN EDUARDO PÉREZ CÁZARES.....	314-326
PANDEMIA E AS MATRIZES PUBLICÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL ANDRÉ CORDEIRO LEAL   VINÍCIUS LOTT THIBAU.....	327-340
PODER JUDICIÁRIO E COVID-19 NO BRASIL: PANORAMA E PERSPECTIVAS SOBRE O PROCESSO ELETRÔNICO, AS AUDIÊNCIAS E SESSÕES DE JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA E A PRODUTIVIDADE LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA.....	341-352
POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INCENTIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS ALESSANDRO JACOMINI   CARLOS ALBERTO FERRI.....	353-365
AS CLÁUSULAS MULTI-ETAPAS E HÍBRIDAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO SOLUÇÃO PARA TEMPOS DE INCERTEZAS: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO DANIEL BRANTES FERREIRA   CRISTIANE JUNQUEIRA GIOVANNINI.....	366-376
AUDIÊNCIAS ONLINE EM TEMPO DE PANDEMIA DE COVID-19 NO ÂMBITO DO TJ-CE DAYSE BRAGA MARTINS   IARA ALCANTARA DE HOLANDA.....	377-395
O MOVIMENTO COLETIVO DOS ENTREGADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO CONTEXTO PANDÊMICO GABRIELA NEVES DELGADO   BRUNA V. DE CARVALHO.....	396-410
IMPACTOS DO COVID 19 E DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA FLEXIBILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL ANNELISE MONTEIRO STEIGLEDER.....	411-429
PANDEMIA E AS LIMITAÇÕES SISTÊMICAS DO DIREITO AMBIENTAL PARA DEMANDAS COMPLEXAS ANDRÉ RAFAEL WEYERMÜLLER   PEDRO ERNESTO NEUBARTH FERNANDES.....	430-444
ANÁLISE DAS MEDIDAS CONTRA OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO CÁRCERE BRASILEIRO ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO   RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO.....	445-459
O AUMENTO DO NÚMERO DE FEMINICÍDIOS DURANTE A PANDEMIA E A NECESSÁRIA RESPOSTA JURÍDICA E SOCIAL CAROLINE FOCKINK RITT   EDUARDO RITT.....	460-476
BREVE HISTORIA RECIENTE DE LAS MIGRACIONES HASTA LA ACTUALIDAD DEL COVID-19 PEDRO GARRIDO RODRÍGUEZ.....	477-488

# apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no estrato B1 do Sistema Qualis de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o Latindex (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o DOAJ (Directory of Open Access Journals), o BDJur (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o Portal de Periódicos da Capes.

É com enorme alegria que se apresenta o terceiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2020 (n.42, set./dez. 2020), que publica Dossiê Especial sobre os impactos do Coronavírus no Direito, perpassando as correspectivas implicações da pandemia mundial da Covid-19 na perspectiva social, cultural, econômica, política, filosófica e sociológica.

O Dossiê Especial sobre a Covid-19 tem por finalidade fomentar, na seara do Direito Público, um estudo internacional - sistematizado, multidisciplinar e transversal - entre a linha temática do Periódico e as das repercussões do Coronavírus na sociedade contemporânea, por meio de investigações científicas relacionadas a aspectos controversos da pandemia, no âmbito nacional e internacional.

Nessa perspectiva, a Revista veiculou abordagens que desenvolveram contribuições e proposições em relação aos impactos do Coronavírus no Direito, discorrendo sobre a adoção de medidas jurídicas excepcionais e transitórias, no intuito de contribuir para apontar soluções adequadas e efetivas aos desafios apresentados pela pandemia da Covid-19.

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas relacionadas as repercussões do Coronavírus no Direito proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**

Editor da Revista Eletrônica de Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva

# CORONAVIRUS: TRANSFORMACIONES CULTURALES, ECONÓMICAS, FILOSÓFICAS Y POLÍTICAS

## CORONAVÍRUS: TRANSFORMAÇÕES CULTURAIS, ECONÔMICAS, FILOSÓFICAS E POLÍTICAS

Borja Muntadas Figueras<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El covid-19 ha sido una pandemia global altamente compleja, que requiere de elaboraciones epistemológicas también complejas. Por otro lado, apenas transcurrida unas semanas todos nos preguntábamos qué iba a cambiar en nuestras vidas tras la pandemia. Desde la perspectiva que he defendido el covid-19 solo ha intensificado antiguos conflictos y desigualdades. La fragmentación social ha hecho visibles conflictos a los que no se quería hacer frente, pero que ahora ha hecho inevitable su abordaje. Además, a partir del concepto de “cuerpo espectral” he tratado de mostrar las conexiones entre las nociones de: confinamiento, vida digital y confianza. A medida que avancen los meses el malestar social irá intensificándose, a la par que los mecanismos tradicionales de canalización de este malestar (desde hace tiempo obsoletos) serán incapaces de gestionarlo. Como resultado de un recorte de derechos y libertades, y un incremento de las desigualdades, la conflictividad social solo ira en aumento.

**Palabras clave:** cuerpo espectral; fragilidad; suceso cisne negro; confianza; confinamiento.

**RESUMO:** Covid-19 tem sido uma pandemia global altamente complexa, que requer elaborações epistemológicas complexas. Por outro lado, apenas algumas semanas depois, todos nos perguntamos o que mudaria em nossas vidas após a pandemia. Da perspectiva que defendi, a Covid-19 apenas intensificou antigos conflitos e desigualdades. A fragmentação social tornou visíveis os conflitos que não se desejava enfrentar, mas que agora tornaram sua abordagem inevitável. Além disso, a partir do conceito de “corpo espectral” tentei mostrar as conexões entre as noções de: confinamento, vida digital e confiança. Com o passar dos meses, a agitação social se intensificará, enquanto os mecanismos tradicionais de canalização dessa agitação (que há muito tempo estão obsoletos) serão incapazes de administrá-la. Como resultado da redução dos direitos e liberdades e do aumento das desigualdades, o conflito social só aumentará.

**Palavras-chave:** corpo espectral; fragilidade; evento cisne negro; confiança; confinamento.

---

<sup>1</sup> Postdoctorado en Filosofía y Derecho por la Universidad Federal de Uberlândia/Brasil. Doctor en Filosofía Contemporánea y Tradición Clásica por la Universidad de Barcelona/España. Máster en Historia de la Filosofía, Estética y Filosofía de la Cultura por la Universidad de Barcelona/España. Profesor de Filosofía Moderna y Contemporánea y Psicología Social en La Salle y la Universidad Oberta de Catalunya/España. Profesor invitado en la Universidad Federal de Uberlândia/Brasil. Coordina el Laboratorio Capitalismo y Temporalidad en la Universidad de Barcelona/España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6660-7567>. E-mail: [muntadas@hotmail.com](mailto:muntadas@hotmail.com)

## 1 INTRODUCCIÓN

“Las paredes ya no están hechas de ladrillo, están hechas de tiempo.”<sup>2</sup>

Una crisis biológica, en la era de la inteligencia artificial y la tecnología digital, en medio de debates transhumanistas, no sólo nos ha sorprendido a todos, sino que nos pone cuerpo a tierra. La reflexión ecológica, y el impacto que tiene la actividad humana en ciertas transformaciones ecológicas, nos ha enseñado hace tiempo que no podemos pensarnos sin algún tipo de inserción en el contexto natural.<sup>3</sup> Esta crisis pone el acento, si cabe aún más, en los límites de la autosuficiencia humana y en nuestra común fragilidad.

Antes de la pandemia los debates transhumanistas ponían en el centro un debate que giraba alrededor del cuerpo en los siguientes términos: por un lado, los avances tecnológicos proponían grandes mejoras y aumento significativo de las capacidades humanas en tareas, que podríamos definir, como relativamente rutinarias; al mismo tiempo la tecnología podría servir como una suerte de prótesis ante dolencias funcionales, tanto físicas como psíquicas.<sup>4</sup> La pandemia también puede leerse como una crisis global del contacto físico y del contacto cuerpo a cuerpo. En medio de esta crisis, las tecnologías han actuado como sustitutos para los cuerpos, que han perdido gran parte de sus capacidades sociales y de interacción corporal.

## 2 NADA O TODO VA A CAMBIAR

Probablemente no habrá ningún regreso a la normalidad, lo que hemos querido llamar “nueva normalidad” deberá construirse sobre las ruinas y los desechos de millones de vidas destrozadas por una crisis que comenzó en el 2008 y que apenas ha finalizado. Sabemos que el capitalismo utiliza las crisis como combustible que empuja su plan: su insaciable sed de autorreproducción y acumulación.<sup>5</sup> Sin embargo, los políticos gobiernan con la esperanza de que todo volverá a ser como antes. Una enfermedad, a nivel social, es algo más que un desajuste del organismo. Las enfermedades más que transformarnos, nos ayudan a captar el verdadero rostro de nuestras sociedades. Esta crisis, que no es solo sanitaria (también es social y económica) ha puesto en el centro la fragilidad humana. Quizás debamos también de reconsiderar qué y a quién incluimos en nuestros proyectos vitales. La pensadora y bióloga Donna Haraway apunta a que debemos construir nuevas formas de parentesco que trasciendan la noción de especie, ya que ninguna especie actúa sola, ni siquiera la nuestra.

Creo que la extensión y recomposición de parientes están permitidas por el hecho de que todos los terráqueos son parientes en el sentido más profundo, y ya es hora de empezar a cuidar mejor de los tipos-como-ensamblajes (no de las especies por separado).<sup>6</sup>

En los mismos términos se ha pronunciado Zizek.<sup>7</sup> Probablemente muchas cosas que solían formar parte de nuestra vida cotidiana ya no se darán por sentadas, y tendremos que aprender a llevar una vida mucho más frágil. Debemos comprender que no somos más que seres vivos entre otras formas de vida.

---

2 ZAFRA, R. *Un cuarto propio conectado*. (Ciber)espacio y (auto)gestión del yo. Madrid: Fórcola, 2010, p. 40.

3 CHAKRABARTY, D. *The Climate of History: Four Theses*. Critical Inquiry. University of Chicago, 2008.

4 STIEGLER, B. *La técnica y el tiempo*. El pecado de Epimeteo. Tafalla: Hiru, 2002.

5 MUNTADAS, B. *Inmediatez*. Capitalismo y vidas aceleradas. Lisboa: Chiado Editorial, 2016.

6 HARAWAY, D. *Seguir con el problema*. Generar parentesco en el Chthuluceno. Bilbao: Consomi, 2019, p. 159

7 ZIZEK, S. *Pandemia*. El covid-19 estremece al mundo. Barcelona: Anagrama, 2020, p. 83.



Nuestro tiempo es el de un tiempo en el que todo, o casi todo, se acaba. Quizás, como afirma Marina Garcés, debamos pensarnos desde el agotamiento y el fin del tiempo. El fin de la historia no se presenta ya como la repetición de lo mismo, sino que lo hace por una amenaza que pone punto final a nuestras formas de ocupar el planeta. Hemos dejado atrás la condición posmoderna, nuestro *pos* es el de un tiempo de prórroga cuando ya hemos asumido y hemos aceptado la posibilidad de nuestro propio final.<sup>8</sup> “Con la pandemia y los errores, hemos llegado al final de una historia”, afirma Sadin.<sup>9</sup> Los cambios, que de ahora en adelante se produzcan, serán el resultado de esta irremediable situación. Quizás el modelo de globalización actual se deba transformar. La pandemia de covid-19 promete poner fin a la globalización tal y como la hemos conocido. “El mundo se va a transformar no porque nuestras sociedades quieran cambiar ni porque exista un consenso sobre la dirección del cambio, sino porque ya no podremos volver atrás.”<sup>10</sup> Aunque la gente esté ansiosa por regresar a la normalidad, pronto descubrirá que es imposible hacerlo. El panorama que nos describe Zizek es poco esperanzador.

El resultado más probable de la epidemia será que acabará imponiéndose un nuevo capitalismo bárbaro; muchas personas débiles y ancianas serán sacrificadas y se las dejará morir; el control digital de nuestras vidas será ya algo permanente; las distinciones de clase serán cada vez más una cuestión de vida o muerte. ¿Qué quedará de las medidas comunistas de aquellos que están ahora en el poder se ven obligados a introducir?<sup>11</sup>

Soy de los que piensan, como Ivan Krastev, que la pandemia actuará como una especie de mecanismo amplificador de ciertos desajustes y tendencias actuales. En el mundo poscoronavirus se van a intensificar ciertas tendencias y conflictos previos a la llegada del virus. En ese sentido, entiendo el virus como un amplificador más que como un agente de cambio. Como, por ejemplo, la actual tendencia en la que Estados Unidos y Europa, como símbolos del capitalismo global y de la democracia liberal, dejarán de ser las potencias que dominen el mundo. Al menos el mundo liberal como lo conocemos se irá diluyendo.

Está claro que esta crisis no es el fin del mundo, sino el fin de un mundo. El mundo de las certezas llega a su fin, también el de falsos seres invulnerables que viven bajo la falsa idea de autosuficiencia. Nos adentramos en un mundo mucho más frágil y desconcertante, que debe ser pensado sistemáticamente y en el que debemos aceptar altos niveles de incerteza e ignorancia ante lo que nos sucede. A su vez, debemos abandonar la idea, tantas décadas extendida, de que el entorno natural se encuentra fuera de nuestras vidas y debemos cuidarlo. Definitivamente: sin entorno saludable no hay vida.<sup>12</sup>

### 3 TECNOLOGÍA Y CONTAGIO

Lo que ha caracterizado el discurso de la modernidad no han sido estrategias de adivinación sobre el futuro, sino el intento constante de construir, desde el presente, el futuro. Hoy el futuro ya está aquí y se nos presenta como amenaza. El covid-19 es una muestra más

---

8 GARCÉS, M. *Nova Il·lustració radical*. Barcelona: Anagrama, 2017, p.13-15.

9 SADIN, E. *La pandemia mostró que hacen falta más material y camas que inteligencia artificial*. (A. CORTES, Entrevistador, & E. País, Editor), 22 de julio de 2020.

10 KRASTEV, I. *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*. Madrid: Debate, 2020, p. 17.

11 ZIZEK, S. *Pandemia*. El covid-19 estremece al mundo. Barcelona: Anagrama, 2020, p. 135.

12 INNERARITY, D. *Pandemocracia*. Una filosofía de la crisis del coronavirus. Barcelona: Galaxi Gutenberg, 2020, p. 42.

de que no podemos seguir como hasta ahora, y de que hace falta un cambio radical: “Quizá sea esto lo más perturbador que podemos aprender de la actual epidemia vírica: cuando la naturaleza nos ataca con un virus, lo hace para devolvernos nuestro rápido mensaje. Y el mensaje es: lo que tú me has hecho a mí, yo te lo hago a ti.”<sup>13</sup>

Ya hace más de veinte años que los epidemiólogos avisan de que la gran catástrofe del futuro no sería una guerra, sino una pandemia causada por un virus de fácil transmisión. La creciente digitalización de la vida económica ha sido un claro agente acelerador de la sociedad. Las consecuencias han sido bastante claras: reducción de los puestos de trabajo manuales y nuevas formas encubiertas de precarización laboral. El resultado, familias endeudadas que viven al día y no pueden hacer frente a posibles emergencias. Lo mismo ha sucedido a nivel global: sociedades y estados que viven al día y que no atendieron las demandas de epidemiólogos para preparar un sistema que esperaba una pandemia a escala global. Una sociedad atada a la inmediatez y gestionada en el corto plazo no dispone de los mecanismos necesarios para hacer frente a una catástrofe de la magnitud de la actual pandemia.

¿Hasta qué punto la tecnología ha podido ser la causa de la pandemia? Probablemente no lo sea, pero sí que un determinado uso de ella ha permitido su expansión a un ritmo mayor. De lo que no hay duda es de que el tránsito y movimiento de personas ha favorecido el contagio. Enric Puig<sup>14</sup> analiza esta cuestión en los siguientes términos. En epidemiología se denomina “zoonosis” a formas de contagio que saltan de una especie a otra, a causa de la mutación de un virus. Dicho esto, cualquier cuerpo vivo es un agente potencial de transmisión. Un análisis detallado nos muestra que el contacto entre cuerpos se produce gracias a una mediación técnica. Luego, los casos de zoonosis ocurren como consecuencia directa de relaciones técnicas que se producen entre cuerpos, generalmente entre cuerpos de diferentes especies, que jamás hubieran entrado en contacto de no ser por una mediación técnica. Lo que produce la zoonosis no es la relación técnica en sí misma, sino un relativo grado de indeterminación. Es esta adversidad no planeada lo que genera una contaminación. Por este motivo quizás sea apropiado hablar de “tecnosis”. Pensar la técnica en función de su grado de indeterminación, como propuso Simondon, no es condenarla a sus aspectos negativos.<sup>15</sup> La misma indeterminación técnica que hemos definido arriba es, al mismo tiempo, la que ha permitido cierto grado de socialización, a través del contacto virtual de cuerpos espectrales en un confinamiento a escala global.

#### **4 CRISIS DE CONFIANZA**

Entre los siglos XVI y XIX la sífilis fue una enfermedad que, de una forma u otra, se relacionó con el extranjero, con el otro, con el extraño. La sífilis, una enfermedad de transmisión sexual, materializó en los cuerpos formas de exclusión social basadas en la desconfianza de lo diferente. El modelo de inmunidad fue la del hombre blanco burgués sexualmente confinado en la vida matrimonial. Todo cuanto escapara a este modelo era un agente potencialmente peligroso. Sin embargo, lo que curó la sífilis no fue la propagación de este modelo, sino la aparición de la penicilina en 1928. Durante los años ochenta y noventa del siglo XX el sida reactualizó la red de control sobre el cuerpo y la sexualidad que había construido la sífilis. La desconfianza volvió a extenderse sobre los mismos cuerpos: trabajadores y trabajadoras

---

13 ZIZEK, S. *Pandemia*. El covid-19 estremece al mundo. Barcelona: Anagrama, 2020, p. 87.

14 PUIG PUNYET, E. *Los cuerpos rotos*. La digitalización de la vida tras el covid-19. Madrid: Clave editorial, 2020, p.55-59.

15 SIMONDON, G. *El modo de existencia de los objetos técnicos*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018, p.155 e ss.



sexuales, homosexuales y heroinómanos. Ante la actual pandemia cabe preguntarnos qué vidas estaremos dispuestos a salvar y cuáles deberán ser sacrificadas. Cada sociedad tiene sus propias enfermedades, y dichas enfermedades y la forma de gestionarlas dicen la verdad acerca de esta sociedad.<sup>16</sup>

Por otro lado, la desconfianza se ha extendido por todas las capas de la sociedad. El cuerpo físico humano, portador de un virus altamente contagioso y muchas veces mortal, es tomado universalmente como un agente patógeno potencial. No es la simple presencia lo que despierta temor y desconfianza, sino el desconocimiento de su estado actual. La desconfianza y el temor recorre los cuerpos físicos. La confianza en otro cuerpo pasa por dos aspectos fundamentales: un cuerpo que ha pasado la prueba o bien un cuerpo responsable, “saludable”, que respeta las medidas de seguridad obligatorias y recomendadas. Uso de mascarilla, higiene de manos. Las formas de desconfianza construyen nuevas formas de normativización. En un artículo reciente Paul B. Preciado sostiene que “que cada sociedad pueda definirse por la epidemia que la amenaza y por el modo de organizarse frente a ella.” Dicho de otra manera:

[...] una epidemia permite extender a toda la población las medidas de “inmunización” política que habían sido aplicadas hasta ahora de manera violenta frente aquellos que habían sido considerados como “extranjeros” tanto dentro como en los límites del territorio nacional.<sup>17</sup>

## 5 VISIBILIDAD DE (NUEVOS) CONFLICTOS

Durante los diferentes periodos de confinamiento, en los países más desarrollados, se ha extendido la idea de que prácticamente todo el mundo podía trabajar desde casa; sólo hacía falta una conexión a internet y un ordenador. Esta idea, tan generalizada, se aleja bastante de la realidad. Todavía hay millones de trabajadores manuales en los países del Tercer Mundo, y hay grandes diferencias entre distintos tipos de trabajadores inmateriales. Realmente la pandemia ha hecho visible una división del trabajo ya existente, pero para muchos teóricos invisible: por un lado, trabajadores autónomos y autoexplotados en el mundo occidental desarrollado y un agotador trabajo tipo línea de montaje en el Tercer Mundo. A estos dos grupos debiéramos sumarle el de los cuidadores, que no han podido realizar sus tareas desde la distancia virtual. Autoexplotados significa: se les paga para que desempeñen un papel antes asignado a los capitalistas, pero con todas las responsabilidades y preocupaciones de la dirección; pero con salarios reducidos y con un futuro incierto. Se quedan con el peor de los mundos. Si bien algunos han defendido que cuando la vida laboral ha sido reemplazada por sustitutos virtuales, a pesar de los inconvenientes, ha presentado ciertos beneficios, un estudio de *La Tercera*<sup>18</sup> recoge los siguientes datos sobre el teletrabajo durante el confinamiento en Chile: entre el 70 % de encuestados padece más estrés teletrabajando, el 79 % que dedicaba más horas y el 47 % aseguraba mayor presión de sus superiores y un incremento de la inseguridad. A estos datos debemos sumarle el aislamiento social y el sentimiento de soledad.

De la misma manera, la sociedad se ha dividido entre quienes realizan trabajos esenciales y quienes pueden también trabajar desde casa. La propuesta de realizar test masivos de anticuerpos y certificar, mediante pasaportes, la inmunidad ha sido bastante

---

16 LOPEZ PETIT, S. El coronavirus como declaración de guerra. En VVAA, *Sopa de Wuhan*. El pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias. Madrid: ASPO, 2020.

17 PRECIADO, P. Aprendiendo del virus. En VVAA, *Sopa de Wuhan*. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias. Madrid: ASPO, 2020, p.163.

18 SEPULVEDA, P. Trabajar desde casa no era lo que imaginábamos: 70% de los teletrabajadores en Chile sufre estrés. *La Tercera*, 25 de mayo de 2020.

aplaudida por muchos empresarios y algunos políticos, bajo pretexto de que facilitaría una apertura más rápida de la economía. Ahora bien, estas posturas dividirían a la sociedad en dos grupos: por un lado, los que pueden moverse con libertad, por otro, los que son un peligro potencial. No sería ninguna sorpresa que las empresas estuvieran mucho más dispuestas a dar empleo a quienes ya tienen anticuerpos. Lo que sí queda claro es que todas las medidas adoptadas irán reconfigurando la sociedad hacia modelos en los que se requerirá mayores niveles de exigencia e implicación hacia la población.

A su vez, esta pandemia ha mostrado las evidencias de un conflicto intergeneracional que cada vez es más evidente. Europa es una región envejecida. La balanza política tiende a inclinarse más hacia franjas de edad más adultas que hacia los jóvenes, simplemente porque son más. La cantidad de posibles votantes hace que apenas ningún actor político focalice sus esfuerzos en atender sus intereses hacia otras generaciones. Las contiendas electorales en España son cada vez más una lucha por el voto pensionista. Obviamente, con una pirámide generacional prácticamente invertida, los réditos electorales no se encuentran en atender las necesidades de los más jóvenes. El debate salud/economía los podemos focalizar en este contraste, que año tras año se agrava. Sin duda, el confinamiento daña más la economía y por tanto a las generaciones más jóvenes, mientras que un contagio controlado incidiría de forma negativa sobre los más mayores, mientras que perjudicaría menos a la economía. Por tanto: en esta pandemia nos encontramos también ante un conflicto intergeneracional.

## **6 VIDA CONFINADA: SENTADOS ANTE UNA PANTALLA**

La necesidad de llenar todos y cada uno de los momentos de la vida, que nos han sido asignados, resulta asfixiante. Quizás la experiencia del coronavirus haya sido para muchos una manera de detener la actividad frenética en la que nos vemos inmersos cada día. De repente, de un día para otro, nos hemos visto confinados. Un confinamiento obligado e inesperado que ha obligado a quedarse en casa; algo para lo que no estábamos preparados ni emocionalmente, ni logísticamente. “Una sociedad en cuarentena es literalmente una ‘sociedad cerrada’. La gente deja de trabajar, de reunirse con amigos y parientes o de ir en coche y pone su vida en suspenso.”<sup>19</sup> No estábamos preparados para estar confinados en pisos de sesenta metros cuadrados,<sup>20</sup> pero para lo que sí que no estábamos preparados era para altas dosis de soledad, intimidad y monotonía. Pensar que nos podemos encontrar a nosotros mismos en el aislamiento y la soledad es poco realista. El ser humano necesita interacción social. El confinamiento no ha sido igual para todos; las desigualdades sociales y económicas serán una de las causas determinantes para un postconfinamiento saludable.

Esta crisis nos ha mostrado que el cuerpo es el enemigo, o puede llegar a serlo. Dicho de otra forma: el cuerpo del otro es algo de lo que debemos distanciarnos, ya que puede ser un elemento patógeno. “Cada beso en la mejilla a nuestra amiga puede convertirse, de rebote, en el beso de la muerte para su anciana madre.”<sup>21</sup> En cualquier caso, el confinamiento, cuando los cuerpos no podía tocarse, ha sido soportable gracias a internet y las tecnologías digitales. Sin internet, no hubiera sido posible el confinamiento.

Solemos pensar que el cuerpo se reactiva al entrar en contacto con otro cuerpo, pero hemos podido observar cómo se reactiva en una situación de encierro. En este

---

19 KRASSTEV, I. *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*. Madrid: Debate, 2020, p. 10.

20 ARAGO, L. El confinado medio en España: setenta metros y dos personas. *La Vanguardia*, 4 de marzo de 2020.

21 HERNAN & MORENO. El tiempo de actuar con éxito se acaba. *El País*, 11 de marzo de 2020.

caso al cuerpo le ha bastado con un contacto virtual con lo externo, en la forma de una representación o una proyección.

Vemos, por tanto, que el límite del cuerpo es de orden social, y ahí es precisamente donde las tecnologías digitales toman el relevo: el cuerpo propio puede activarse, y se activa de hecho, ante otro cuerpo representado en una clase de gimnasia en YouTube, se activa por una llamada en Skype, se activa tras una conversación de WhatsApp o una visualización de YouPorn.<sup>22</sup>

Ciertamente el cuerpo físico trasciende su individualidad en un cuerpo físico-social, esto es transindividual, y a través de lo que Agamben denominó como “cuerpo espectral”.

Lo transindividual emerge a partir de aquello que, en nosotros no es nosotros, y que se configura a partir de lo que, en el individuo, no es el núcleo individual constituido. Podríamos definir lo transindividual como lo que supera al individuo a la vez que lo prolonga.<sup>23</sup> Lo transindividual no es ni interior ni exterior al individuo; es decir, se constituye en el límite entre interioridad y exterioridad, esto es, en la imagen del otro, en un cuerpo espectral: en un espacio intersticial. Agamben define la espectralidad de la siguiente manera: “La espectralidad es una forma de vida, una vida póstuma o complementaria, que comienza solo cuando todo ha terminado [...]”<sup>24</sup> El cuerpo espectral es el que aparece iluminado en la pantalla como sustituto del cuerpo físico, con una forma y un contorno, cuando el contacto físico ha sido prohibido. Un cuerpo físico puede ser contacto, puede ser la muerte. En un primer momento parecían reclamarse los contactos virtuales, a través de cuerpos espectrales con los que interactuábamos a través de una pantalla; bien por seguridad, bien por simple comodidad. No debemos olvidar que nuestro contacto con cuerpos espectrales está mediado por un amplio ecosistema tecnológico, del que el propio cuerpo humano forma parte. Los dispositivos digitales, a pocos minutos de comenzar el confinamiento, comenzaron a emerger como los verdaderos sustitutos de nuestros cuerpos vivos. En algunos casos estos cuerpos espectrales comparten el espacio y el tiempo de una videoconferencia por Skype o WhatsApp, en otros se trata de cuerpos espectrales que nos seducen y nos atrapan, desde una lejanía que hace estallar cualquier idea de espacio, de tiempo y de humanidad. Se trata de imágenes estáticas o en movimiento, mudas o acompañadas por sonido, creadas de forma artificial, pero que visten a nuestros dispositivos de un extraño y siniestro ropaje de humanidad.

Lo crucial aconteció porque la Red hizo de la pantalla: ventana, espejo, pizarra y panóptico, y porque era portátil. De forma que nos permitía ser productores y distribuidores de cosas e ideas digitalizadas, cosas que podíamos compartir y construir con los otros conectados desde un rincón de nuestra casa o de cualquier espacio online.<sup>25</sup>

Remedios Zafra pone el acento en la capacidad de compartir que nos brinda la Red; a pocos minutos de decretarse un confinamiento global las redes sociales y los grupos de WhatsApp incrementaron significativamente su actividad. Una “voluntad digital” se había apoderado de los cuerpos espectrales: si es digitalizable lo puedes compartir, luego existe. Según Zafra, el refugio de nuestro hogar nos permitía recogernos en la intimidad, sin perder el contacto con el mundo. Un espacio casi mágico desde el que construir y revalorizar la

---

22 PUIG PUNYET, E. *Los cuerpos rotos*. La digitalización de la vida tras el covid-19. Madrid: Clave editorial, 2020, p.34.

23 SIMONDON, G. *La individuación a la luz de las nociones de forma y de información*. Buenos Aires: Cactus, 2015, p.356-359.

24 AGAMBEN, G. *Desnudez*. Barcelona: Anagrama, 2011, p.54.

25 ZAFRA, R. *Un cuarto propio conectado*. (Ciber)espacio y (auto)gestión del yo. Madrid: Fórcola, 2010, p.16.

potencia del pensamiento en un mundo de continuo ajeteo. Tras un largo confinamiento obligado no ha sido así. Para los que han podido continuar con sus trabajos desde casa, las fronteras entre la vida privada y de atención a los seres queridos no se ha difuminado, simplemente ha desaparecido completamente. Por otro lado, la lista de actividades virtuales a las que muchos y muchas se han visto empujados era innumerable. El viejo espacio que llamábamos “hogar” se ha visto reconfigurado.<sup>26</sup>

Uno de los aspectos centrales de la tecnología digital es la tendencia a automatizar procesos y comportamientos, gracias a dispositivos que reducen el tiempo humano necesario para ciertas tareas rutinarias, como pueden ser: enviar un mail, consultar la agenda o reservar un hotel. Esta tendencia hacia la automatización de los cuerpos se ha intensificado durante el confinamiento, y lo seguirá haciendo, cuando muchas de las actividades que anteriormente hacíamos “cuerpo a cuerpo” se reduzcan a relaciones entre cuerpos espectrales. El resultado: una colonización total de lo tecnológico en la vida cotidiana.<sup>27</sup> A ello deberemos sumar geolocalizaciones o controles biométricos de temperatura. La tecnología digital promete cuerpos no humanos, no infecciosos, que con el tiempo podrán reemplazar a los cuerpos humanos potencialmente contagiosos. ¿Hasta qué punto un cuerpo podrá resistirse a mecanismos de control automático? Dicho esto, la respuesta se debe poder construir: la tecnología no es neutra al régimen de captura que se apodera de ella.<sup>28</sup>

## 7 SUCESO “CISNE NEGRO”

Ivan Krastev ha definido el covid-19 como un suceso cisne gris: 1) acontecimiento altamente probable, 2) que cambia radicalmente las formas de vida, y 3) ha generado gran sorpresa cuando se ha producido. En definitiva, es algo predecible a la vez que impensable.<sup>29</sup> Esta coyuntura implica un cambio de paradigma conceptual para pensar el acontecimiento covid-19. La teoría de los sistemas complejos distingue entre las interacciones lineales y las no lineales o complejas. En las primeras podemos sumar cantidades para adivinar el impacto combinado. Estamos manejando sucesos predecibles que corresponden a nuestras expectativas e infraestructuras, de manera que podemos anticiparnos preventivamente. En cambio, dinámicas no lineales son aquellas en las que un suceso no añade simplemente otro suceso, sino que se generan efectos de cascada, de manera que pequeños cambios acaban convirtiéndose en transformaciones masivas. El coronavirus es un evento de este segundo tipo.<sup>30</sup> El confinamiento y la distancia que decretaron las autoridades no se deben al riesgo a que cada uno de nosotros se pudiera contagiar individualmente, sino que sirve para evitar un contagio masivo de la población y el colapso del sistema sanitario. Falsamente todos compartimos los mismos objetivos. Para poder comprender este tipo de medidas debemos pensar sistemáticamente, esto es, rastreando las interacciones complejas, no lineales. Ante esta pandemia, y la enorme crisis que se avecina, hemos cometido un error similar al de la crisis de 2008: tratar de explicarlo a través de causas individuales en lugar de poner el foco en las condiciones sistémicas. “Nos encontramos en medio de un problema que es, de entrada, epistemológico antes que epidemiológico.”<sup>31</sup> Es decir, pensamos en clave de

---

26 ARENDT, H. *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 1993, p.73-88.

27 SADIN, E. *La humanidad aumentada*. La administración digital del mundo. Buenos Aires: Caja Negra, 2017, p.56.

28 LAZZARATO, M. *Por una política menor*. Acontecimiento y política en las sociedades de control. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006, p.164-165.

29 KRASTEV, I. *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*. Madrid: Debate, 2020, p.11.

30 INNERARITY, D. *Pandemocracia*. Una filosofía de la crisis del coronavirus. Barcelona: Galaxi Gutenberg, 2020, p.11.

31 INNERARITY, D. *Pandemocracia*. Una filosofía de la crisis del coronavirus. Barcelona: Galaxi Gutenberg, 2020, p.11.

riesgo individual, en lugar de hacerlo en clave de riesgo colectivo; por otro lado, tendemos a buscar causalidades, cuando, de hecho, lo más aconsejable es ceñirnos a lo probabilístico. En definitiva, pensamos los sucesos de forma lineal, cuando, de hecho, su desarrollo funciona según modelos extremadamente complejos y no lineales.

Pensar sistemáticamente implica aceptar lo desconocido, la incerteza y el error en el interior del pensamiento. En este nuevo paradigma lo único que nos puede salvar es el conocimiento compartido y la cooperación a todos los niveles. No debemos olvidar, que, en este nuevo panorama mundial, que pone en el centro la incertidumbre, debemos asumir algo que hemos tratado de apartar y olvidar, la vulnerabilidad humana. El ser humano es un ser extremadamente vulnerable, y el covid-19 ha venido a recordárnoslo.

## 8 DEMOCRACIA Y POLÍTICA

Tras la crisis de 2008 se ha extendido por el mundo una nueva forma de afrontar los problemas: el populismo. Hay tres cosas que los populismos detestan: el conocimiento experto, las instituciones y la gobernanza global. Estos tres elementos, ante la actual crisis sistémica, se han revalorizado. El conocimiento que nos ofrecen los expertos, en momentos de gran incertidumbre e inquietud, nos aporta, en momentos en los que las noticias falsas fluyen por las redes sociales, tranquilidad y sosiego. En segundo lugar, la construcción de las instituciones y sus planes estratégicos debieran colocarse en el largo plazo, procurando crear estructuras sólidas y estables ante crisis sistémicas como la actual. Finalmente, esta crisis ha estallado en un momento en el que las expresiones reaccionarias antiglobalización están a la orden del día, con una marcada tendencia a los cierres nacionales. Podemos pensar en el BREXIT, Trump, Bolsonaro ... Pero no se trata de fenómenos aislados, ya que son un gran número de partidos radicales de extrema derecha los que se suman a esta tendencia. La solución a esta pandemia global no es el cierre local, sino la clara asunción de que los riesgos son compartidos, y que deben servir como factores de unidad en un mundo en el que todos estamos amenazados. El objetivo principal debería ser una globalización más equilibrada, no una desglobalización que está totalmente fuera de toda realidad. Basta una rápida mirada a la historia de la globalización para ver que ha oscilado siempre entre la expansión y la contracción. Esta crisis no va a suponer el final de la globalización, sino un incentivo para pensarla de otra manera.

Las medidas de excepción aprobadas por diferentes gobiernos en diferentes estados podrían establecer un precedente realmente muy peligroso y un amplio recorte de derechos y libertades aceptado, de manera acrítica, por ciudadanías muy atemorizadas. No debemos olvidar que el miedo y la desesperación son siempre terreno abonado para derivas autoritarias, sean del signo que sean. A este fenómeno Daniel Innerarity lo llama “coronadictaduras”, como las de Israel o Hungría.<sup>32</sup> En marzo de este año apareció un libro que compilaba artículos sobre el covid-19 de diversos pensadores, con un título también controvertido, *Sopa de Wuhan*.<sup>33</sup> Podríamos resumir sus análisis en tres grupos: Agamben anuncia una nueva ola autoritaria, Byung-Chul Han exalta la eficacia de China, Berardi nos alerta de una vigilancia biométrica y Žizek nos promete la ruina del capitalismo y la llegada de un nuevo comunismo. Por nuevo comunismo entiende:

---

32 INNERARITY, D. *Pandemocracia*. Una filosofía de la crisis del coronavirus. Barcelona: Galaxi Gutenberg, 2020, p.73.

33 WAA. SOPA WUHAN. *Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. Madrid: ASPO, 2020.



Ahí es donde aparece mi idea de comunismo, no como sueño inconcreto, sino simplemente como el nombre de lo que ya está sucediendo (o al menos lo que muchos perciben como una necesidad): medidas que ya se están contemplando, e incluso haciendo entrar en vigor parcialmente. No es la visión de un futuro luminoso, sino más bien un “comunismo del desastre” como antídoto al “capitalismo del desastre”.<sup>34</sup>

Ahora bien, todos ellos están al menos de acuerdo en tres problemas recurrentes para la democracia: la excepción, la efectividad y el cambio social.

La limitación radical de libertades ha sido para muchos una experiencia nueva, que se ha vivido con cierto estoicismo ante la gravedad de la situación. Sin embargo, una limitación de libertades en un régimen democrático solo es justificable como una medida transitoria y justificada. La democracia, incluso en momentos de alarma y excepción, requiere de críticos. El pluralismo se encuentra en el ADN de la democracia. También la crítica a la democracia. Ahora bien, las democracias no fueron inventadas para el estado de excepción, sino para la normalidad (que ya hace décadas que es puesta en suspenso de forma reiterada). Probablemente tras la expresión “nueva normalidad” se esconda otra expresión: jamás recuperaremos el anterior régimen de libertades y derechos (quizás nunca los tuvimos). Habrá que verlo. La democracia no puede funcionar si la gente tiene que quedarse en casa. La democracia no puede sobrevivir sin las plazas. Parece bastante imposible imaginar la algo que se asemeje a la democracia si no podemos reunirnos en grupos de más de 10 personas. Para Judith Butler el contacto de los cuerpos, su interrelación libre y espontánea -aunque no caótica- es imprescindible para reclamar un determinado lugar como espacio público:

La calle, lógicamente, no es sólo la infraestructura que sirve de soporte a los discursos y actos políticos. Es también objeto y motivo importante de movilización política. En cierta medida podría decirse que todos somos conscientes de que la libertad únicamente se puede ejercitar si disponemos de un soporte, de un sostén concreto, entendiendo por tales todas condiciones materiales que hacen posible y efectivo su ejercicio.<sup>35</sup>

## 9 CONCLUSIÓN: PARADOJAS COVID-19

1. El covid-19 ha mostrado el lado oscuro de la globalización, pero por otro ha obligado a que vivamos un mundo común. Nos hemos vuelto más cosmopolitas que nunca. Por primera vez las personas del mundo entero han tenido la misma conversación y compartido los mismos temores. Quizás debiéramos aparcar la tan extendida idea de que el cosmopolita es sinónimo de viajero. Quizás debiéramos recuperar la idea kantiana de que cosmopolita es quién piensa y actúa según ciertos conceptos y valores compartidos.<sup>36</sup> La primera paradoja lo podríamos enunciar en los siguientes términos: “La COVID-19 ha infectado al mundo de cosmopolitismo, al tiempo que ha enemistado a los estados con la globalización.”<sup>37</sup> Ha acelerado la tendencia a la desglobalización, pero a la vez ha favorecido a la globalización gracias a una mayor cooperación internacional, poniendo en el centro del debate político la elaboración de nuevos mecanismos de gobernanza global. Nuestros instrumentos de gobierno local, más que para

---

34 ZIZEK, S. *Pandemia*. El covid-19 estremece al mundo. Barcelona: Anagrama, 2020, p. 109.

35 BUTLER, J. *Cuerpos aliados y lucha política*. Hacia una teoría performativa de la asamblea. Barcelona: Paidós, 2017, p.129.

36 KANT, I. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros ensayos de Filosofía de la Historia*. Madrid: Tecnos, 2012, p.8-12.

37 KRASTEV, I. *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*. Madrid: Debate, 2020, p.95.

gestionar pandemias, para lo que están preparados es para epidemias.

2. La segunda paradoja covid-19 la encontramos en el miedo que se ha apoderado de la población. Este mismo miedo, durante las primeras etapas de la pandemia, impulsó a un relativo consenso de unidad social, pero a las pocas semanas hemos ido viendo como la crispación, las divisiones sociales y políticas preexistentes no han hecho más que agravarse. A largo plazo este sentimiento de malestar se irá intensificando, y no sólo la gestión de la pandemia, sino un incremento de los conflictos sociales irá formando parte de la agenda política de los gobiernos locales.

3. En Europa se ha puesto en suspenso la democracia, al hacerlo el deseo de la ciudadanía de tener un deseo más democrático ha llegado a su límite. Una de las consecuencias del suspenso de los derechos y las libertades ha sido el rechazo, no la aceptación de posturas autoritarias. Durante las primeras etapas de la crisis, la ciudadanía entregó de buena gana poderes extraordinarios a los gobiernos locales, pero probablemente en el futuro será cada vez menos tolerante ante ciertos recortes, a medida que las preocupaciones por la economía suplanten a las de la salud.

4. Esta pandemia no ha comenzado desde cero. Muchas de las desigualdades y conflictos de crisis anteriores, no solo no han desaparecido, sino que se han intensificado. Si bien el virus ha revivido los fantasmas de las anteriores crisis, también ha obligado a revisar las formas de hacerle frente. Porque esta crisis no sólo ha sido sanitaria, sino que será también educativa, social, política y económica.

5. Extrañamente se ha incitado a la población a movilizarse, a crear una suerte de consenso social de respeto hacia ciertas medidas, con el fin de protegernos. Consignas, consejos y nuevas rutinas siempre cuestionadas y muchas veces contradictorias. Esta nueva forma de movilización es una ficción, porque su medida central es el encierro.

6. La técnica y un aumento frenético del tráfico de viajeros puede haber sido uno de los factores que ha provocado una expansión exponencial del virus, ahora bien, el contacto social, aunque a través de contactos digitales, se ha podido mantener. A su vez, la actividad económica, si bien bajo mínimos, se ha mantenido; en algunos casos, durante el periodo de confinamiento, gracias al teletrabajo. Posiblemente, a través de aplicaciones para dispositivos de todo tipo, los gobiernos y las autoridades sanitarias podrán mantener un cierto control sobre la pandemia, a la vez que toda nuestra vida y el control de nuestros cuerpos será permanentemente monitorizado; eso sí: “para protegernos” de un virus que no sabremos cuándo ni cómo desaparecerá de nuestras vidas. De lo que sí que podemos estar seguros es de que el control digital ha llegado para quedarse y que la actual pandemia no ha hecho más que acelerar su expansión.

## REFERENCIAS

AGAMBEN, G. *Desnudez*. Barcelona: Anagrama, 2011.

ARAGO, L. El confinado medio en España: setenta metros y dos personas. *La Vanguardia*, 4 de Marzo de 2020.

ARENDT, H. *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 1993.

BRONCANO, & F. *Espacios de intimidad y cultura material*. Madrid: Cátedra, 2020.

BUTLER, J. *Cuerpos aliados y lucha política*. Hacia una teoría performativa de la asamblea. Barcelona: Paidós, 2017.

- CHAKRABARTY, D. *The Climate of History: Four Theses*. Critical Inquiry. University of Chicago, 2008.
- GARCÉS, M. *Nova Il·lustració radical*. Barcelona: Anagrama, 2017.
- GIORDANO, P. *Nel contagio*. Roma: Giulio Einaudi editore, 2020.
- HARAWAY, D. *Seguir con el problema*. Generar parentesco en el Chthuluceno. Bilbao: Consomi, 2019.
- HERNAN & MORENO. El tiempo de actuar con éxito se acaba. *El País*, 11 de Marzo de 2020.
- INNERARITY, D. *Pandemocracia*. Una filosofía de la crisis del coronavirus. Barcelona: Galaxi Gutenberg, 2020.
- KANT, I. *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros ensayos de Filosofía de la Historia*. Madrid: Tecnos, 2012.
- KRASTEV, I. *¿Ya es mañana? Cómo la pandemia cambiará el mundo*. Madrid: Debate, 2020.
- LAZZARATO, M. *Por una política menor*. Acontecimiento y política en las sociedades de control. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.
- LOPEZ PETIT, S. *La movilización global*. Breve tratado para atacar la realidad. Madrid: Traficantes de sueños, 2008.
- LOPEZ PETIT, S. El coronavirus como declaración de guerra. En VVAA, *Sopa de Wuhan*. El pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias. Madrid: ASPO, 2020.
- MUNTADAS, B.; MAYOS, G.; WALMOTT, A. *La jaula del tiempo*. Aspectos sociopolíticos y jurídicos de la aceleración contemporánea. Uberlândia: LAECC, 2020.
- MUNTADAS, B. *Inmediatez*. Capitalismo y vidas aceleradas. Lisboa: Chiado Editorial, 2016.
- PRECIADO, P. Aprendiendo del virus. En VVAA, *Sopa de Wuhan*. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias. Madrid: ASPO, 2020.
- PUIG PUNYET, E. *Los cuerpos rotos*. La digitalización de la vida tras el covid-19. Madrid: Clave editorial, 2020.
- ROSA, H. *Alienación y aceleración*. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía. Buenos Aires: Katz, 2010.
- SADIN, E. *La humanidad aumentada*. La administración digital del mundo. Buenos Aires: Caja Negra, 2017.
- SADIN, E. *La pandemia mostró que hacen falta más material y camas que inteligencia artificial*. (A. CORTES, Entrevistador, & E. País, Editor), 22 de Julio de 2020.
- SEPULVEDA, P. Trabajar desde casa no era lo que imaginábamos: 70% de los teletrabajadores en Chile sufre estrés. *La Tercera*, 25 de Mayo de 2020.
- SIMONDON, G. *La individuación a la luz de las nociones de forma y de información*. Buenos Aires: Cactus, 2015.
- SIMONDON, G. *El modo de existencia de los objetos técnicos*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2018.
- STIEGLER, B. *La técnica y el tiempo*. El pecado de Epimeteo. Tafalla: Hiru, 2002.
- VVAA. SOPA WUHAN. *Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. Madrid: ASPO, 2020.



ZAFRA, R. *Un cuarto propio conectado*. (Ciber)espacio y (auto)gestión del yo. Madrid: Fórcola, 2010.

ZIZEK, S. *Pandemia*. El covid-19 estremece al mundo. Barcelona: Anagrama, 2020.

---

**Recebido em:** 09.09.2020

**Aprovado em:** 09.12.2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

FIGUERAS, Borja Muntadas. Coronavirus: transformaciones culturales, económicas, filosóficas y políticas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.13-25, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# EL INGRESO MÍNIMO VITAL QUE APROBÓ EL EJECUTIVO ESPAÑOL: ¿ES UNA SOLUCIÓN A LA CRISIS ECONÓMICA DE LA POSPANDEMIA DEL COVID-19?

## THE MINIMUM VITAL INCOME THAT THE SPANISH EXECUTIVE APPROVED: IS IT A SOLUTION TO THE ECONOMIC CRISIS OF THE COVID-19 POST-PANDEMIC?

Salvador Morales Ferrer<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Tras la desescalada de la pandemia en España, Gobierno Español, promulgó la medida económica contra la vulnerabilidad y, la inclusión social atendiendo a este colectivo de personas que pueden vivir solas, así como a las familias, con bajos recursos, incluyendo a las mujeres que han sufrido violencia de género y, las mujeres que han sido víctimas explotación sexual. Por lo cual, ingreso mínimo vital, fue aprobado, por los grupos políticos que componen el Congreso de Diputados, a tales efectos se convirtió en una pensión no contributiva dependiente de la Institución de la Seguridad Social, para atender a las necesidades básicas de este colectivo de personas, ya sean ciudadanos y ciudadanas españoles o, extranjeros tanto comunitarios o, extracomunitarios estos dos últimos deben de tener residencia legal en España y, ser demandantes de trabajo en la oficinas de desempleo. Por tanto, el legislador español se olvidó de los inmigrantes en situación irregular que viven y, les toca trabajar informalmente. Por otro lado, hay que recordar que el IMV, ha sido una norma fruto de las normas de las Comunidades Autónomas que en su día publicaron la Renta Básica, por lo que es el ingreso mínimo vital de adelante (IMV) una norma de integración social.

**Palabras clave:** vulnerabilidad; inclusión social; personas; familias; legislación.

**ABSTRACT:** After the de-escalation of the pandemic in Spain, the Spanish Government enacted the economic measure against vulnerability and social inclusion, serving this group of people who can live alone, as well as families, with low resources, including women who have suffered gender violence and women who have been victims of sexual exploitation. Therefore, minimum vital income, was approved by the political groups that make up the Congress of Deputies, for this purpose it became a non-contributory pension dependent on the Social Security Institution, to meet the basic needs of this group of people, whether they are Spanish citizens or, both community and non-community foreigners, the latter two must have legal residence in Spain and be job seekers in the unemployment offices. Therefore, the Spanish legislator forgot about immigrants in an irregular situation who live, and they have to work informally. On the other hand, it must be remembered that the IMV has been a norm resulting from the norms of the Autonomous Communities that once published the Basic Income, making the IMV a norm of social integration.

**Keywords:** vulnerability; social inclusion; people; families; legislation.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología por La Universidad de Valencia/España, con la calificación Apto Cum Laude. Doctor Honoris Causa por el Claustro Nacional de Doctores de México (Unam). Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Alzira. Investigador del Ilustre Colegio de Abogados de Alzira. Conferenciante internacional. E-mail: salvadormorales@icaalzira.com

## 1 INTRODUCCIÓN

Ante la pandemia del covid-19, se puso en marcha el ingreso mínimo vital de adelante (IMV), como política cuyo destino ha sido por el aceleramiento del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>2</sup>, por lo que este ingreso mínimo vital está dirigido a un grupo concreto de personas con vulnerabilidad, atendiendo a la Constitución Española de 1978<sup>3</sup>, que en su artículo 41 manifiesta: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones serán libres”. Por lo que, Resolución de 10 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>4</sup> y, mediante el artículo 86 párrafo 2º<sup>5</sup> de la Constitución Española de 1978 que señala: “Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario”. Por lo que, gran parte de grupos parlamentarios aprobaron el IMV. Por otra parte, debe considerarse que el IMV, concretamente es una pensión no contributiva, casi una fiel réplica de las Rentas Básicas Vitales de las distintas Comunidades Autónomas Españolas que están sustentadas por la Constitución Española de 1978 en su artículo 148 párrafo 1º apartado 20ª<sup>6</sup> que menciona: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Asistencia social”. Con el presente artículo se pretende realizar un análisis descriptivo y, jurídico del IMV, tanto a los efectos de la persona que vive sola, familias tradicionales o, familias monoparentales que en relación a la pandemia que sean quedado sin ingresos familiares. El artículo tiene la siguiente estructura: el primero aclara lo que en sí es el IMV; el segundo presenta los fundamentos jurídicos para la aplicación del IMV; el tercero esboza el beneficiario o, beneficiarios que pueden acceder al IMV; el cuarto atiende a los titulares del IMV y, sus efectos; el quinto aborda algunos requisitos para acceder al IMV; El sexto atiende a las causas de extinción del IMV, y, algunos aspectos de la norma.

## 2 ¿EN QUÉ CONSISTE EL IMV?

Atendiendo, al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>7</sup>, en su artículo 1 menciona: “El presente real decreto-ley tiene por objeto

---

2 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 67. BOE-A-2020-3692. www.boe.es>BOE>Calendario>14/03/2020.

3 Constitución Española y la Constitución Europea (2006). Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid (Las Rozas), pps.23-24

4 Cortes Generales. I Disposiciones generales. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 165. p.39565.

5 Constitución Española y la Constitución Europea (2006). Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid (Las Rozas), p.37.

6 Constitución Española y la Constitución Europea (2006). Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid (Las Rozas), p.56.

7 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154. p.36033. BOE-A-2020-5493-BOE.es. www.boe.es>BOE>Calendario>14/03/2020.

la creación y regulación del ingreso mínimo vital como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas”, al hilo cabe mencionar la autora Ruíz<sup>8</sup> que señala: “Vulnerabilidad se define siempre en relación con algún tipo de amenaza, sean eventos de origen físico o, enfermedades o, pérdida de empleo”, por lo tanto el legislador promulgó esta norma primero por la pandemia del Covid-19 y, segundo por lo que ocasionó la pérdida de empleo y, por tanto la dificultad de acceso de las familias a las necesidades básicas como la comida por falta de ingresos familiares, ya sean familias tradicionales o, en su caso familias monoparentales, por lo cual y, siguiendo con la misma del IMV<sup>9</sup> en su artículo 2 párrafo 1º manifiesta: “El ingreso mínimo vital se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica en los términos que se definen en el presente real decreto-ley. A través de este instrumento se persigue garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias”, en este sentido los autores Travieso y Planella<sup>10</sup> entienden como inclusión social al mencionar: “lo que implica carencias importantes en el ámbito de lo social y laboral”. Por tanto, son dos ámbitos muy diferentes primeramente las personas que se encuentran excluidas por la sociedad española en el ámbito social lo que implica un estatus menor que la mayoría de los ciudadanos españoles y, segundo la exclusión laboral lo que implica que por consecuencias de la pandemia sean quedado sin trabajo.

### 3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA APLICACIÓN DEL IMV

Respecto, la Recomendación del Consejo de 2019<sup>11</sup> en su punto 14 señala: “Tanto la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social como la desigualdad de ingresos están disminuyendo, pero permanecen por encima de la media de la Unión. Las tasas de pobreza de las personas con empleo son altas entre los trabajadores temporales, con baja cualificación o nacidos fuera de la UE. La tasa de pobreza infantil, aunque decreciente, sigue siendo muy alta”, refiriéndose a España, por lo cual se extrae analógicamente de la Recomendación sería aplicable también como se expresa el legislador europeo nacidos fuera de la UE”, a los inmigrantes empadronados en España que están en situación irregular y, que ejercen trabajos informales sin previo contrato, claro es una Recomendación de carácter no vinculante a Estado español, lo que también implicaría a sus familias. Por otro lado, ésta El Consejo de Ministros que aprobó en su día Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2019-2023<sup>12</sup>, mediante sus puntos iniciales alcanzaron los acuerdos siguientes: “el primero trata de las metas estratégicas se centra en combatir la pobreza, especialmente de las personas más vulnerables, como niños, niñas y adolescentes;

8 RUÍZ RIVERA, Naxhelli. La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo. *Boletín Investigaciones Geográficas Editorial Investigaciones Geográficas Unam*, México, n. 77, 2012, p.64.

9 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154.p.36033. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

10 TRAVIESO, José Luís; PLANELLA, Jordi. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, Editorial Universitat Oberta de Catalunya, n.6, 2008, p.2.

11 Recomendación del Consejo. relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2019 de España. Editorial Comisión Europea Bruselas, 5.6.2019 COM (2019) 509 final. p.5. www.boe.es>doue>2019.

12 Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, 2019, p.1. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/220319-enlaceestrategia.aspx>.

*el segundo se refiere a la inversión social en las personas y se desglosa en dos objetivos: educación equitativa e inclusiva y atención prioritaria en formación y empleo a grupos vulnerables; el tercero apuesta por consolidar un sistema de servicios públicos sanitarios, educativos y sociales, universales y de calidad, que acompañen y protejan a las personas a lo largo de su ciclo vital y profundicen en combatir las desigualdades; finalmente el cuarto relativa a la eficacia y eficiencia de las políticas, establece cinco objetivos. En primer lugar, la ordenación del sistema y la coordinación de los servicios, políticas y prestaciones, en favor de personas en situación de pobreza y exclusión social. También contiene la coordinación y cooperación territorial y eficiencia del conjunto del sistema”, por lo que este punto sea dejado de entrever respecto a la inoperancia jurídica del legislador español respecto a los inmigrantes irregulares que viven más de dos años en España. Respecto, a la normativa aplicable en la legislación interna para la aplicación del IMV, como anteriormente se había citado, la Constitución Española de 1978<sup>13</sup> que en su artículo 41 manifiesta: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones serán libres”, de la misma forma el legislador español se basa en Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>14</sup> en sus Fundamentos Jurídicos I. 3º apartado 2º que menciona: “El art. 41 CE. impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social”, por lo cual analógicamente conecta con el artículo 9 párrafo 2º de la Constitución Española de 1978<sup>15</sup> al mencionar “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Por otro lado, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>16</sup> en sus Antecedentes Jurídicos 6 y 11 párrafo 15 al mencionar: “por su naturaleza y finalidad, incide en el ordenamiento jurídico-material de relaciones jurídicas que afectan a derechos públicos subjetivos. Opera en la dirección del principio de igualdad, al perseguir la equiparación con el Régimen General de la Seguridad Social; no afecta a situaciones consolidadas”, lo que implica que le corresponde aún colectivo determinado el IMV, al hilo cabe mencionar a la autora Ridaura<sup>17</sup> que menciona: “del principio de estabilidad presupuestaria, pues también deben acatar los compromisos adquiridos por el Estado en esta materia”, Por otra parte, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>18</sup> en su Fundamentos Jurídicos 5 párrafo 45 manifiesta: “La garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado”, por lo que*

---

13 Constitución Española y la Constitución Europea (2006). Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid (Las Rozas), pps.23-24.

14 Tribunal Constitucional-Pleno (presidente del Tribunal D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer) (Sentencia nº 37/ 1994) VILEX. España.

15 Constitución Española y la Constitución Europea (2006). Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid (Las Rozas), p.11.

16 Tribunal Constitucional-Pleno (Ponente: D. Luis López Guerra) (Sentencia nº 65/1987) VILEX. España.

17 RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso Constitucional? *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Editorial Uned, n. 29, 2012, p.246.

18 Tribunal Constitucional-Pleno (Ponente: D. Francisco Rubio Llorente, don Rafael Gómez- Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral) (Sentencia nº 32/81) VILEX. España.



el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>19</sup>, será de aplicación en todo el Territorio nacional. Por otra parte, cabe preguntarse, ¿por qué se creó en IMV? Al hilo cabe mencionar, la Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>20</sup> en sus Antecedentes 2º párrafo 1 que menciona: “a cualquier tipo de reforma legislativa que tuviese algún contenido de impacto económico. Así se apela a “circunstancias difíciles” o “coyunturas económicas” que exigen una respuesta normativa inmediata”, por lo tanto, se refiere a los grupos que sean quedado en exclusión y, vulnerabilidad por las razones de la pandemia.

#### 4 ¿QUÉ PERSONAS PODRÁN ACCEDER AL IMV?

Por lo cual, se tendrá que recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>21</sup>, en su artículo 4 menciona: “Podrán ser beneficiarias del ingreso mínimo vital: a) Las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos establecidos en este real decreto-ley. b) Las personas de al menos 23 años y menores de 65 años que viven solas, o que, compartiendo domicilio con una unidad de convivencia en los supuestos del artículo 6.2.c), no se integran en la misma, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1.º No estar unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho en los términos definidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 8/2015, de 30 de octubre, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente, a las que no se les exigirá el cumplimiento de esta circunstancia 2.º No formar parte de otra unidad de convivencia, de conformidad con lo previsto en el presente real decreto-ley. No se exigirá el cumplimiento de los requisitos de edad, ni los previstos en los apartados 1º y 2º de esta letra, en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual. 2. No podrán ser beneficiarias de la prestación del ingreso mínimo vital las personas usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario, con carácter permanente y financiada con fondos públicos, salvo en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, así como otras excepciones que se establezcan reglamentariamente. 3. Las personas beneficiarias deberán cumplir los requisitos de acceso a la prestación establecidos en el artículo 7, así como las obligaciones para el mantenimiento del derecho establecidas en el artículo 33”. Por lo cual, se desprende del artículo 4 del IMV que existe una franja de edad de 23 hasta 65 años, lo que implica que deben de estar en edad laboral. Por otro lado, no se limita la convivencia, pero sí con la condición siguiente como menciona el artículo 6 párrafo 2.c del IMV<sup>22</sup>: “La formada por dos o más personas de al menos 23 años y menores de 65 que, sin mantener entre sí una relación de las consignadas en este precepto, habiten en un mismo domicilio en los términos que reglamentariamente se determinen. En los casos en los que una o varias personas comparten vivienda con una unidad de convivencia, se entenderá que no forman parte de esta a efectos de la prestación, considerándose la existencia de dos unidades de convivencia, una formada por las personas que carecen de vínculo entre sí y otra la constituida

19 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

20 Tribunal Constitucional-Pleno (presidente, doña Encarnación Roca Trías et altri) (Sentencia nº 61/2018) VILEX. España.

21 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, pps.16-17. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

22 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.18. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

por los miembros de una familia, o, en su caso, de una unidad de convivencia constituida por los miembros de la familia o relación análoga y una persona beneficiaria individual”, por lo que diferencia que aunque convivan que no tenga ningún vínculo familiar y, al mismo tiempo entiende la norma que pueden tener vínculos familiares o, relación parecida a la persona beneficiaria. Por otra parte, el IMV el mismo artículo 6 párrafo 2.c<sup>23</sup> menciona: “las consignadas en este precepto, habiten en un mismo domicilio en los términos que reglamentariamente se determinen”, lo que implicará que el legislador español tendrá que realizar un reglamento para regular este término. Otra característica, que enuncia<sup>24</sup> el IMV en su artículo 4: “No estar unidas a otra por pareja de hecho o, matrimonio”, por lo que cabe mencionar la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid<sup>25</sup>. (cabe recordar que cada Comunidad Autónoma tiene su legislación propia de Uniones de Hechos con condiciones parecidas) en su artículo 2 párrafo 1.º.c señala : “No pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente Ley: Las personas que forman una unión estable con otra persona” y, al mismo tiempo nombra la normativa matrimonio, por lo que se deberá recurrir al Código Penal Español<sup>26</sup> que menciona en su artículo 217: “El que contrajere segundo matrimonio o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de seis meses a un año”, por lo cual el legislador español aplica este fundamento de matrimonio en el caso de un extranjero comunitario o, extra comunitario este casado dos veces o más y, no hubiese disuelto su matrimonio ni presentado ante la embajada correspondiente puesto que hay varios países musulmanes donde el matrimonio con varias mujeres ésta permitido. Por otra parte, existe la acción protectora del IMV como contempla el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>27</sup>. en su artículo 64 párrafo 1.º al señalar: “La Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones. En las mismas condiciones, en los casos de separación judicial o divorcio, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia social el cónyuge o ex cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación”, por lo tanto, se aplicaría tanto a las Uniones de Hecho así, como a los ex cónyuges y descendientes de las ex parejas.

## 5 LOS TITULARES DEL IMV

Al respecto, se debe recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>28</sup> que menciona en su artículo 5: “Son titulares de esta prestación las personas con plena capacidad de obrar que la soliciten y la perciban, en nombre

23 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.18. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

24 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, pps.16-17. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

25 Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Comunidad de Madrid. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 55. p.2 (Legislación Consolidada) www.boe.es>pdf>BOE-A-2002-4374-consolidado.

26 Código Penal y legislación complementaria (2018). Editorial Colex. A Coruña (Galicia), p.118.

27 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. ministerio de Empleo y Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 261, p.35. BOE-A-2015-11724 (Legislación Consolidada) www.boe.es>.

28 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.360035. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

*propio o en nombre de una unidad de convivencia. En este último caso, la persona titular asumirá la representación de la citada unidad. La solicitud deberá ir firmada, en su caso, por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente. Las personas titulares, cuando estén integradas en una unidad de convivencia, deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayor de edad o menor emancipado en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, y deberán ser menores de 65 años. Excepcionalmente, cuando la unidad de convivencia esté integrada solo por mayores de 65 años y menores de edad o incapacitados judicialmente, será titular el mayor de 65 años que solicite la prestación. En caso de no integrarse en una unidad de convivencia, la edad mínima de la persona titular será de 23 años, salvo en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, en los que se exigirá que la persona titular sea mayor de edad. En el supuesto de que en una unidad de convivencia existieran varias personas que pudieran ostentar tal condición, será considerada titular la persona a la que se le reconozca la prestación solicitada en nombre de la unidad de convivencia. En los términos que se establezcan reglamentariamente, la entidad gestora podrá acordar el pago de la prestación a otro de los miembros de la unidad de convivencia distintos del titular. En un mismo domicilio podrá haber un máximo de dos titulares”, en este aspecto queda fuera la persona discapacitada como bien expresa en la norma del IMV “plena capacidad de obrar”, asimismo también se excluye el tutor de la persona con discapacidad, psíquica puesto que el tutor siempre ha sido y, será una figura Jurídica de extrema importancia dentro de nuestro Derecho civil como indica el Código Civil Español<sup>29</sup> en su artículo 270: “El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”, que pasaría en el caso hipotético sí una persona que vive sola con el baremo previsto de edad entre 23 años y, menores de 65 y, por circunstancias de la vida se quede discapacitado psíquicamente y/o haya iniciado en proceso para el IMV o, lo éste cobrando se quedaría desamparado puesto que el único patrimonio que tiene es el IMV, por lo que el legislador español debería haberlo tenido en cuenta, por lo que lo deja en la extrema vulnerabilidad social. Por otra parte, se debe diferenciar entre la figura jurídica “incapacidad judicial” puesto que es un elemento diferente al concepto discapacitado por lo que para que la persona sea incapacitada judicialmente debe ceñirse al artículo 199 del Código Civil Español<sup>30</sup> que señala: “Nadie puede ser declarado incapaz sino es por sentencia judicial” y, al mismo tiempo en el mismo Código Civil Español<sup>31</sup> menciona en su artículo en su artículo 231: “El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de edad”. Por lo cual, analógicamente se entiende que la persona ya ésta judicialmente incapacitada, por tanto, como expresa la norma: “La solicitud deberá ir firmada, en su caso, por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente”, por tanto se entiende que sí hay un integrante que solicita el IMV, este estará a cargo de la persona incapacitada judicialmente mediante una sentencia judicial, por lo cual la norma del IMV no especifica nada al respecto simplemente señala: “ será titular el mayor de*

---

29 Código Civil (2018). Editorial Colex. A Coruña (Galicia), p.127.

30 Código Civil (2018). Editorial Colex. A Coruña (Galicia), p.115.

31 Código Civil (2018). Editorial Colex. A Coruña (Galicia), p.119.



65 años que solicite la prestación”, por tanto no aclara el legislador español sobre la persona incapaz quien será su tutor. Por otro lado, la norma sobre el IMV señala un baremo de edad *“Las personas titulares, cuando estén integradas en una unidad de convivencia, deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayor de edad o menor emancipado en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, y deberán ser menores de 65 años”*, lo que implica que están en edad laboral discriminando positivamente el legislador español a los mayores de 65 años. Otro carácter innovador es la figura jurídica del menor emancipado, por lo que cabe mencionar el Código Civil Español<sup>32</sup> en su artículo 317 que manifiesta: *“Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzanla patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro”*. Por otro lado, cabe citar el Código Civil Español<sup>33</sup> en su artículo 323 que menciona: *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que no llegue a la mayoría de edad no podrá el emancipado tomar dinero, sin consentimiento de sus padres o curador”*, al hilo cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo en sus Fundamento<sup>34</sup> de Derecho Quinto párrafo 10 señala: *“ es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección”*, por lo que el menor emancipado, si pertenecen a una unidad familiar estos no podrán percibir el IMV, por otro lado los menores emancipados que hayan sido acogidos por las Comunidades Autónomas, como acogimiento permanente tendrá derecho al IMV, también si tienen hijos sean naturales o, adoptivos, o en régimen de custodia o, acogimiento podrá acogerse los deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayor de edad o menor emancipado. Por otra parte, en innovador IMV, al señalar la norma *“En caso de no integrarse en una unidad de convivencia, la edad mínima de la persona titular será de 23 años, salvo en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, en los que se exigirá que la persona titular sea mayor de edad”*. Primero se exigirá que la mujer sea mayor de edad para percibir el IMV, en caso de violencia de género, explotación sexual por lo que el legislador español deja a su suerte las mujeres menores de edad que sufran estas consecuencias, al hilo cabe mencionar a la autora Pollos<sup>35</sup> que manifiesta: *“ se castiga a quien ejerza habitualmente violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes”*, por lo que tiene que tener una relación análoga la víctima de violencia de género la mujer o, ex mujer afectiva. Otro elemento a distinguir en la norma es *“víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual”*, en este punto parece muy bien la decisión tomada por el legislador español, pero, ¿Cómo se puede comprobar que han dejado la prostitución? Por lo que, podría ser como elemento probatorio solamente las mujeres que están en una casa de acogida.

## 6 ALGUNOS REQUISITOS PARA ACCEDER AL IMV

Por tanto, se deberá recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>36</sup> a su artículo 7 párrafos 1º y 2º señala: *“Todas las*

32 Código Civil (2018). Editorial Colex. A Coruña (Galicia), p.134.

33 Código Civil (2018). Editorial Colex. A Coruña (Galicia), p.135.

34 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (Ponente: Roca Trías, Encarnación) (Sentencia 225/2010 de 22 de abril) Rec.483/2006. La Ley 49066/2010.

35 POLLOS CALVO, Celia. Estudio de la confusión de términos de violencia de género y violencia familiar o doméstica. Sus repercusiones penales, penitenciarias y sociales. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9379, 2019, p.2.

36 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.36036. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

personas beneficiarias, estén o no integradas en una unidad de convivencia, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud. Por lo que el legislador se desentiende de las personas que están en situación irregular en España, por lo contrario será aplicable a las personas refugiadas. b) Encontrarse en situación de vulnerabilidad económica por carecer de rentas, ingresos o patrimonio suficientes y, siempre quedan exceptuados los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas”, en este sentido quedarían fuera del ámbito de protección del IMV y podrían recurrir a las Rentas de Inclusión Autonómicas. Por otro lado, el artículo de la misma norma del IMV<sup>38</sup> 7d. señala: “Si no están trabajando y son mayores de edad o menores emancipados, figurar inscritas como demandantes de empleo, salvo en los supuestos que se determinen reglamentariamente”. Por lo que, deberán estar inscritas en las oficinas de empleo “siempre que acredite que su domicilio ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores durante tres años inmediatamente anteriores a la solicitud”, por tanto se excluye indirectamente a los emancipados menores, salvo como enuncia el artículo de la norma del IMV<sup>39</sup> en su artículo 7 párrafo 3º: “permanente de menores”, por lo cual como se había comentado anteriormente los menores emancipados extranjeros sí tendrá derecho al IMV, puesto que están acogidos en las Comunidades Autónomas, que han entrado en territorio nacional no acompañados. Por otra parte, no se impide que trabajen el beneficiario o, los beneficiarios como menciona el artículo 8 párrafo 4º del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital:<sup>40</sup> “Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la personas beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan. En estos casos, se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas”, por lo que se tendrá en cuenta tanto la renta individual, así como la renta familiar. Sobre la duración del IMV se tendrá que acudir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>41</sup> en su artículo 12 párrafo 1º que manifiesta: “El derecho a percibir la prestación económica del ingreso mínimo vital se mantendrá mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y se cumplan los requisitos y obligaciones previstos en este real decreto-ley”, por lo que se podrá percibir sine die.

## 7 LA EXTINCIÓN DEL IMV Y ALGUNAS PARTICULARIDADES ESPECIALES

Como bien se sabe, todas las prestaciones que pertenecen a la Seguridad Social y una de ellas es el IMV por lo tanto se debe recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>42</sup> en su artículo 15 párrafos 1º y 2º manifiesta:

38 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.36037. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

39 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.36036. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

40 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.36037. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

41 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.36039. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

42 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, p.36040. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE>Calendario>14/03/2020.

*“El derecho a la prestación de ingreso mínimo vital se extinguirá por las siguientes causas: a) Fallecimiento de la persona titular. No obstante, cuando se trate de unidades de convivencia, cualquier otro miembro que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 6, podrá presentar una nueva solicitud en el plazo de tres meses a contar desde el día siguiente a la fecha del fallecimiento para el reconocimiento, en su caso, de un nuevo derecho a la prestación en función de la nueva composición de la unidad de convivencia. Los efectos económicos del derecho que pueda corresponder a la unidad de convivencia en función de sus nuevas circunstancias se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la fecha del fallecimiento, siempre que se solicite dentro del plazo señalado. b) Pérdida definitiva de alguno de los requisitos exigidos para el mantenimiento de la prestación. c) Resolución recaída en un procedimiento sancionador, que así lo determine. d) Salida del territorio nacional sin comunicación ni justificación a la entidad gestora durante un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año. e) Renuncia del derecho. f) Suspensión de un año en los términos del artículo 14.2. g) Incumplimiento reiterado de las condiciones asociadas a la compatibilidad del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia a que se refiere el artículo 8.4, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. h) Cualquier otra causa que se determine reglamentariamente. 2. La extinción del derecho a la prestación producirá efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que concurran las causas extintivas”,* por lo tanto se debe examinar las causas que manifiesta la norma, primeramente a causa del fallecimiento del causante de la prestación, esto no es óbice que otros destinatarios del núcleo familiar puedan volver a percibir la prestación, por lo cual, esta norma se remita a su vez al artículo 6 de la misma que esta concluye mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>43</sup> en su artículo 221 párrafo 2º que manifiesta: *“A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”,* por tanto, podrán iniciar los trámites para el IMV y, serán las parejas de hecho, aunque no se especifique en esta norma de forma análoga los matrimonios. Otras causas de la pérdida del IMV, serían: *“la pérdida definitiva de alguno de los requisitos exigidos para el mantenimiento de la prestación”, “por la superación de la renta tanto individual”,* así como familiar *“por un procedimiento sancionador”,* como el cobro de otras prestaciones que no sean de la Seguridad Social Española bien pueden ser Autonómicas o, trabajos sin que el empleador no realice un contrato y, sea verbal; salida de España sin previa comunicación superior a noventa días naturales, esto estaría recogido para los extranjeros que estén legalizados como residentes en España, por lo que, cabe mencionar el sistema administrativo sobre la suspensión y,

43 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. ministerio de Empleo y Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 261, p.108. BOE-A-2015-11724 (Legislación Consolidada) [www.boe.es](http://www.boe.es)>.

la devolución indebida de la prestación. Por otra parte, sobre la cesión de datos de los beneficiarios a la Seguridad Social Española, esta contemplado en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital<sup>44</sup> concretamente en su artículo 20 que señala: *“sin necesidad del consentimiento previo del titular de los datos personales, a las comunidades autónomas y entidades locales a través de la adhesión a los procedimientos informáticos con los requisitos establecidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la finalidad de facilitar la información estrictamente necesaria para el reconocimiento y control de las prestaciones competencia de dichas administraciones. La información facilitada no podrá ser utilizada con ninguna otra finalidad si no es con el consentimiento del interesado”*, por lo cual al ser un órgano oficial no exigirán el consentimiento de beneficiario basándose en el Reglamento Europeo de Protección de Datos<sup>45</sup> en adelante (RGPD) en su artículo 5 párrafo 1.b) y d) que señala: *“recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»)”*, por lo cual serán tratados como fines de interés público para administración y siguiendo con el mismo del artículo del (RGPD) señala: *“exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»)”*, por tanto los datos del beneficiario o , beneficiarios serán tratados con exactitud, por lo que lo contrario la Seguridad Social Española sería sancionada por los mismos beneficiarios, al hilo cabe mencionar el (RGPD)<sup>46</sup> en su artículo 6 párrafo 1 e) que señala: *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”*, por lo que en sí el tratamiento de datos será única y exclusivamente por la Seguridad Social Española.

## 8 CONSIDERACIONES FINALES

1. El ingreso mínimo vital, es una pensión no contributiva dependiente del Sistema de la Seguridad Social, incardinado a la persona o, personas que no tengan renta para sobrevivir por tanto es norma está dirigida a la persona que vive sola, como a las familias tradicionales o, monoparentales que son ciudadanos españoles así, como a los extranjeros residentes legalmente en España. Por otra parte, el legislador español obvió a las personas extranjeras que están en situación irregular y, que al mismo tiempo han trabajado informalmente para sobrevivir, puesto que los poderes públicos compuesto por el Congreso de Diputados debían de haber modificado la legislación puesto este colectivo queda en exclusión y vulnerabilidad.

2. Serán beneficiarios los extranjeros que vivan legalmente en España y, estén en las listas de desempleo, al mismo tiempo el legislador español ofrece hasta noventa días para ausentarse del territorio español previa comunicación a la Seguridad Social. Así mismo la norma expresa “ el menor de edad emancipado”, puede ser que en estos parámetros

---

44 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154, pps.36043-36044. BOE-A-2020-5493-BOE.es.www.boe>BOE> Calendario> 14/03/2020.

45 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, p. L 119/36. (Reglamento general de protección de datos) <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-0088.pdf>.

46 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, p. L 119/36. (Reglamento general de protección de datos) <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-0088.pdf>.



entren algún colectivo de españoles, pero se ciñe más a los menores no acompañados que provienen de África cuyos tutores son las Comunidades Autónomas Españolas puesto que parece impensable que un menor proveniente de Latinoamérica como pueda ser Brasil o, Colombia pueda acogerse a estas ayudas, por lo que, al salir del territorio de destino las autoridades de su país lo impedirían y, más a la llegada a España.

3. Las personas con discapacidad intelectual no pueden pedir esta prestación, el legislador español no deja claro quién será su tutor solamente se ciñe a que podrá pedirlo la persona mayor de 65 años, por tanto, queda en duda esta aclaración, a no ser que con posterioridad lo aclare el legislador previo reglamento.

4. Las mujeres que son víctimas de violencia de género pueden acceder a la prestación y, las mujeres que ha sido víctimas de explotación sexual, en este último caso debe entenderse que estas mujeres están reinsertadas en la sociedad e, incluso estarán en un centro de acogida por el contrario como se puede demostrar que dejaron el trabajo sexual.

5. Una de las sanciones que pueden tener los beneficiarios o, beneficiario es que se acoja a las Rentas Básicas de las Comunidades Autónomas u, otro tipo de ayudas sociales.

6. El ingreso mínimo vital, se puede prolongar "sine die", siempre que las personas estén en la misma situación. Por lo que, si el beneficiario fallece, subsidiariamente lo podrá pedir su cónyuge o, pareja de hecho, hasta que su situación no requiera de esta prestación.

7. El beneficiario o, los beneficiarios perderán esta pensión no contributiva si alcanzan mediante otros trabajos con contrato presentados ante la Seguridad Social, un salario superior al permitido en el ingreso mínimo vital, salvo que estén trabajando como no presentados ante tal institución.

## REFERENCIAS

Código Civil. Editorial Colex. A Coruña (Galicia), 2018.

Código Penal y legislación complementaria. Editorial Colex. A Coruña (Galicia), 2018.

Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital Cortes Generales. I Disposiciones generales. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 165.

Constitución Española y la Constitución Europea. Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid (Las Rozas), 2006.

Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, 2019. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/220319-enlaceestrategia.aspx>.

Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. Comunidad de Madrid. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 55. (Legislación Consolidada) [www.boe.es](http://www.boe.es)>pdf>BOE-A-2002-4374-consolidado.

POLLOS CALVO, Celia. Estudio de la confusión de términos de violencia de género y violencia familiar o doméstica. Sus repercusiones penales, penitenciarias y sociales. *Diario La Ley*, Madrid, n. 9379, 2019.

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 67. BOE-A-2020-3692. [www.boe.es](http://www.boe.es)>BOE>Calendario>14/03/2020.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. ministerio de Empleo y Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado (BOE)

Madrid. N. Boletín 261. BOE-A-2015-11724 (Legislación Consolidada) [www.boe.es](http://www.boe.es)>.

Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. I Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 154. BOE-A-2020-5493-BOE.es.[www.boe.es](http://www.boe.es)>BOE>Calendario>14/03/2020.

Recomendación del Consejo. relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2019 de España. Editorial Comisión Europea Bruselas, 5.6.2019 COM (2019) 509 final. [www.boe.es](http://www.boe.es)>doue>2019,

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-0088.pdf>.

RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. La Reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso Constitucional?. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Editorial Uned, n. 29, 2012.

RUÍZ RIVERA, Naxhelli. La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo. *Boletín Investigaciones Geográficas Editorial Investigaciones Geográficas Unam*, México, n. 77, 2012.

TRAVIESO, José Luís; PLANELLA, Jordi. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Revista sobre la Sociedad del Conocimiento*, Editorial Universitat Oberta de Catalunya, n. 6, 2008.

Tribunal Constitucional-Pleno (Ponente: D. Francisco Rubio Llorente, don Rafael Gómez- Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral) (Sentencia nº 32/81) VILEX. España

Tribunal Constitucional-Pleno (Ponente: D. Luis López Guerra) (Sentencia nº 65/1987) VILEX. España

Tribunal Constitucional-Pleno (presidente del Tribunal D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer) (Sentencia nº 37/ 1994) VILEX. España.

Tribunal Constitucional-Pleno (presidente, doña Encarnación Roca Trías et altri) (Sentencia nº 61/2018) VILEX. España.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (Ponente: Roca Trías, Encarnación) (Sentencia 225/2010 de 22 de abril) Rec.483/2006. La Ley 49066/2010.

---

**Recibido em:** 07.10.2020

**Aprovado em:** 09.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

FERRER, Salvador Morales. El ingreso mínimo vital que aprobó el ejecutivo español: ¿es una solución a la crisis económica de la pospandemia del covid-19?. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.26-38, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA: UNA MIRADA AL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A FAVOR DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

## THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES IN TIMES OF PANDEMIC: A LOOK AT THE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK OF HUMAN RIGHTS IN FAVOR OF THE MIGRANT POPULATION IN CONDITIONS OF VULNERABILITY

Krúpskaya Ugarte Boluarte<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El artículo aborda la responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos, y como los Estados desde una mirada ético jurídica deben de proteger los derechos humanos de la población migrante en condición de ilegalidad, reconociendo la existencia de un marco jurídico internacional que le ha dado real importancia a la población migrante en condición de vulnerabilidad, abordando la importancia de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Organización Internacional de Migraciones (OIM), reconoce explícitamente el vínculo entre la migración. Se resalta la amplia jurisprudencia de la CIDH, así como Opiniones Consultivas entre una de las que se destaca con un determinado énfasis, es la OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003, que hace mención a la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, teniendo en cuenta los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación. Toda esta reflexión ayuda a entender que los Estados tienen un compromiso con la población migrante en condición de legalidad e ilegalidad en el marco de la Pandemia, con la finalidad que puedan gozar del derecho a la salud, al trabajo, a la educación, etc.

**Palabras claves:** principio de igualdad y no discriminación; población migrante en condiciones de vulnerabilidad; responsabilidad internacional de los estados; derechos humanos de los migrantes.

**ABSTRACT:** The article addresses the international responsibility of States in matters of human rights, and how States from an ethical-legal perspective must protect the human rights of the migrant population in a condition of illegality, recognizing the existence of an international legal framework that has given real importance to the migrant population in a situation of vulnerability, addressing the importance of the international Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families, the International Organization for Migration (IOM), explicitly recognizes the link between the migration. The broad jurisprudence of the IACHR is highlighted, as well as Advisory Opinions, one of which stands out with a certain emphasis, is OC – 03/18 of September 17, 2003, which refers to the State's obligation to respect and guarantee human rights, taking into account the constituent elements of the principle of equality and non-discrimination. All this reflection helps to understand that the States have a commitment to the migrant population in a condition of legality and illegality in the framework of the Pandemic, in order that they can enjoy the right to health, work, education, etc.

**Keywords:** principle of equality and non-discrimination; migrant population in conditions of vulnerability; international responsibility of states; human rights of migrants.

---

<sup>1</sup>Doctora en Derechos Fundamentales - en el área de Derecho Internacional Público - por la Universidad Carlos III de Madrid/España. Magister en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid/España. Egresada de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en el área de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Docente titular de la Cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de Pregrado en la Facultad de Derecho en la Universidad San Martín de Porres y Facultad de Ciencia Política en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Docente de Postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Antonio Abad del Cusco, Universidad Nacional Federico Villarreal. Profesora invitada por el Núcleo Interamericano de Derechos Humanos (NIDH) da Universidad Federal do Rio de Janeiro/Brasil e de la Universidade do Planalto Catarinense/Brasil. Ex Magistrada de la Corte Superior de Lima Norte. Abogada encargada de la Carpeta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Directora Nacional de la Liga Peruana Pro Derechos Humanos (LIPRODEH). Consultora en Derechos Humanos. Miembro de la Cátedra UNESCO con el grupo de investigación "Vulnerabilidad e inclusión social" de la Universidad Autónoma del Estado de México (Facultad de Derecho). Miembro Honorario en la Sociedad de Derechos Humanos & Poblaciones Vulnerables APex Iuris (Instituto de Investigación Iberoamericano – Trujillo /Perú).

## 1 INTRODUCCIÓN

La responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos nos lleva a reflexionar sobre el fundamento filosófico y la fuerza de los derechos humanos, los Estados desde una mirada ético jurídica deben de proteger los derechos humanos con fines absolutos como la dignidad de la persona humana, y esta mirada debe reforzarse en tiempos de Pandemia con la población migrante en condición de ilegalidad, por las razones que estableceremos más adelante.

En las últimas décadas, la comunidad internacional ha concedido una especial importancia a la situación de derechos humanos de la población migrante, y en especial a los grupos vulnerables dentro de estas minorías (niñas, niños, ancianos, ancianas, mujeres, etc.). Esta preocupación lleva a la necesidad de generar un marco jurídico internacional en derechos humanos, que proteja a los migrantes y sus familias, dando origen a las siguientes fuentes del derecho:

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.<sup>2</sup> Esta Convención ha creado un Comité de expertos de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (órgano supervisor), quienes supervisaran el cumplimiento por parte de los Estados del tratado en mención.<sup>3</sup> El objeto y fin de este tratado en términos de la CV1969, es proteger “los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares”.<sup>4</sup> Esta norma internacional se encuentra en el Sistema Universal, y busca sensibilizar al interior de los Estados, el fenómeno de las migraciones, reconociendo la situación de vulnerabilidad.

La Organización Internacional de Migraciones (OIM), una fuente de derechos que reconoce explícitamente el vínculo entre la migración y el desarrollo económico, social y cultural, así como el respeto del derecho a la libertad de movimiento de las personas. Trabaja cuatro grandes áreas a) Migración y desarrollo, b) Migración facilitada, c) Migración reglamentada y d) Migración forzada. Entre las actividades de la OIM que abarcan están la promoción del derecho internacional sobre migración, el debate político y orientación, la protección de los derechos de los migrantes, la migración y salud y la dimensión de género en la migración.<sup>5</sup>

La Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados.<sup>6</sup> En el párrafo 82 establece: “Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, este Tribunal procederá a referirse a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación”. Asimismo, agrega al párrafo 83: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”. Esta Opinión Consultiva,

---

2 Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

3 El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes encargado de supervisar la aplicación en los Estados Partes de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

4 Convención de Viena de 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/Convencion\\_Viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf).

5 Disponible en: <https://www.iom.int/es>.

6 Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>.



en el párrafo 84, hace una distinción entre el término “distinción” que se usa para emplear lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. Y el término “discriminación” que se utiliza para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos<sup>7</sup>. En ese sentido el término discriminación se hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable.

En esta línea existe una preocupación de la comunidad internacional, que lleva a plantear líneas de trabajo para abordar desde un enfoque holístico, desde un fundamento moral, jurídico, teniendo en cuenta el contexto socio histórico, etc., y proponiendo nuevos desafíos, mecanismos como acuerdos bilaterales de migración laboral, admisión humanitaria, el caso de los apátridas<sup>8</sup>, dando nacimiento a toda una normativa internacional que regula el derecho internacional sobre migración, sin embargo, es importante ver si en tiempos de Pandemia este orden internacional es eficaz. Llevando todos estos grandes temas a un proceso de reconocimiento internacional en un contexto universal y regional, llevando a la necesidad de contar con normas de protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familiares.

Todos estos compromisos internacionales obligan a los Estados a implementar las normas internacionales en el derecho interno, buscando un diálogo estándar de protección de los derechos humanos en sede interna, y en caso de incumplimiento a estos tratados que nace de la voluntad de los Estados en su firma y ratificación, generan Responsabilidad Internacional para el Estado infractor. El derecho internacional público clásico ha asentado la idea de que la responsabilidad internacional se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado. Los elementos para configurar la responsabilidad internacional son dos: a) la existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente para el Estado responsable del acto u omisión, y b) que dicho acto u omisión de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado. Esta actuación ilícita del Estado tiene como efecto o consecuencia fundamental, el nacimiento del deber de reparar a la víctima.<sup>9</sup>

## 2 LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN MATERIA MIGRATORIA

La migración es un fenómeno ineludible a la humanidad que ha transfigurado civilizaciones, (...) como fenómeno individual y voluntario, la migración representa un proceso de cambios intensos asimismo agrega que:

«Emigrar se está convirtiendo hoy para millones de personas en un proceso que posee unos niveles de estrés tan intensos que llegan a superar la capacidad de adaptación de los seres humanos». Y considero que en tiempos de PANDEMIA lo niveles de afectación se triplican por factores como la ilegalidad, falta de trabajo, no tener acceso a la salud, trabajo etc. <sup>10</sup>

Es por ello que analizar la migración es una tarea compleja, que se transforma en el tiempo por las diferentes modalidades que adquiere, esto en virtud de los fenómenos

---

7 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, Párr. 84.

8 Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas del 28/08/1954.

9 NASH, Claudio. *La responsabilidad y obligación de los Estados de reparar violaciones de derechos humanos*. Fundación Gregorio Peces – Barba para el estudio y cooperación en Derechos Humanos. 2015.

10 ACHOTEGUI, Joseba. Migración y Crisis: el síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (Síndrome de Ulises). *Avances en Salud Mental Relacional*, v.7, n.1, p.1-22, Bilbao: Instituto de Psicoterapia, mar. 2008, p.1.

multidimensionales que impactan y motivan al migrante. Existen muchas teorías que explican el fenómeno migratorio, que no es objeto de este artículo, sin embargo, si miramos la crisis social en Venezuela, podemos atribuir a la situación económica vivida en este país, el tipo de gobierno, el bloqueo o guerra económica, pobreza, escasez, hambruna, falta de trabajo, etc., generando una crisis humanitaria de escalas mayores. Entonces al mirar los procesos migratorios, debemos partir definiéndolo como

(...) un hecho que ocurre a nivel mundial y se ha convertido en un tema clave en las discusiones contemporáneas; se estima que existen aproximadamente 244 millones de migrantes en el mundo que a su vez generan temas relacionados con integración, desplazamiento y gestión de fronteras.<sup>11</sup>

Entonces en un proceso de migración hay factores internos vinculados a aspectos políticos, económicos, sociales y culturales; y factores externos como la globalización, internacionalización o la agenda de la comunidad internacional, que van a tener que articular un dialogo para afrontar este fenómeno. La CIDH en la Opinión Consultiva OC -18/03 de 17 de septiembre de 2003 elabora el siguiente marco conceptual:

Términos	Definición
Emigrar o migrar	Dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
Emigrante	Persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
Inmigrar	Llegar a otro Estado con el propósito de residir en él.
Inmigrante	Persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él.
Migrante	Término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante.
Estatus migratorio	Situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo.
Trabajador	Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada.
Trabajador Migrante	Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional.
Trabajador migrante indocumentado o en situación irregular	Persona que no se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza dicha actividad.

Cuadro elaboración propia del autor.<sup>12</sup>

La Organización Internacional de Migraciones, creada 1951, es la principal organización intergubernamental en el ámbito de la migración. Alberga 173 Estados miembros, su finalidad es promover la migración humana y ordenada para beneficio de ofreciendo asistencia humanitaria a los migrantes (desplazados o refugiados), busca soluciones prácticas a los problemas migratorios, etc. En ese trabajo articulado. Entonces, la Migración en un tema que deja de ser interno, y se convierte en preocupación de la Comunidad Internacional.

11 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Disponible en: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2018\\_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf). Organización Internacional para las Migraciones, 2018.

12 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, Párr. 69.

### 3 LA TRILOGÍA DE LOS TRATADOS COMO GARANTÍA DEL ORDEN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El orden internacional contemporáneo nace desde la promulgación de La Carta de las Naciones Unidas 1945. Teniendo en cuenta su preámbulo (artículo 1 y 55), en que se desprende que los derechos humanos han dejado de ser un tema interno, supera el ejercicio de la soberanía de los Estados. Dentro de los párrafos que podemos hacer mención están: “(...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)”<sup>13</sup>. La Carta hace mención de manera reiterada su fe en los derechos humanos. Los derechos humanos como cultura jurídica han generado un marco jurídico internacional y regional de protección y promoción de los derechos humanos, donde el Estado ejerce la tutela de los derechos humanos.

El 10 de diciembre de 1948, en el Palacio de Chailot, de París, fue aprobado el Documento de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas [...] resulta sorprendente que países de culturas, filosofías, ideologías tan distintas, pudieran coincidir en un texto común (...). La Declaración se convierte en el primer instrumento que da paso a la internacionalización de los derechos humanos. En ese sentido:

La Declaración a permitido que Estados de diferentes legislaciones protejan los derechos humanos reconociendo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La Declaración fue concebida “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos [...] aspectos que cobran fuerza y es necesario que los Estados se comprometan con los derechos humanos en cada una de sus acciones.”<sup>14</sup>

El orden jurídico internacional reconoce una serie de derechos fundamentales, contenidos especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] la violación por parte del Estado de sus obligaciones en tal sentido supone, además de una posible violación de su orden jurídico interno, una violación del Derecho Internacional por la que puede exigírle responsabilidad distintas instancias facultades para ello en función de la naturaleza de la obligación internacional incumplida y de la que revisa ese incumplimiento.<sup>15</sup>

Otro gran tratado que aporta normas, reglas y principios a las relaciones entre los Estados y la conformación del nuevo orden internacional es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>16</sup>. Este instrumento jurídico es producto de consensos entre los Estados dando mayor relevancia jurídica a los tratados, evidenciando ante la comunidad internacional su verdadera fuerza vinculante y lo más importante, como define en su artículo 2, los tratados son una manifestación de voluntad propia de los Estados, en el uso y ejercicio de su soberanía. Su importancia mayor está en reconocer en los tratados como una fuente del derecho internacional y cómo estos generan una cooperación pacífica entre los Estados.

Esta Convención regula en su artículo 26 “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” quedando escrito

13 Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>.

14 Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

15 MORENO LOPEZ, Angustias. La garantía internacional de los derechos fundamentales en el marco del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Madrid: Servicio Jurídico del Estado, 1988, vol. III, p.1727.

16 Firma el 23 de mayo 1969 y ratifica el 11 de febrero de 2005.

que los tratados deben cumplirse de buena fe, otro artículo de relevancia es el 27 “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Quedando claro que los Estados deben eliminar esas prácticas argumentativas. Sin dejar de mencionar la norma *ius cogens* contenida en el artículo 53 “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto) como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Todos estos tratados, consolidan el Derecho Internacional contemporáneo, aportando principios, normas imperativas formados sobre la base de tratados entre los Estados, en ese sentido los Estados no pueden suscribir en adelante tratados que contravengan esas normas, reglas, y/o principios.

#### **4 OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS**

La Corte [en la Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, entre otros], establece en el párrafo 72 y siguientes:

72. “A continuación, la Corte considera pertinente hacer referencia a la obligación estatal general de respetar y garantizar los derechos humanos, (...) para luego proceder a analizar el principio de igualdad y no discriminación”.

73. “Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política”.

76. “[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”.

78. “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”.<sup>17</sup>

---

17 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, Párrs. 72, 73, 76 y 78.

La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*)<sup>18</sup>. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”<sup>19</sup>

En ese sentido, cuando los Estados partes firman y ratifican dichos tratados están asumiendo un compromiso y responsabilidad por velar por el cumplimiento del instrumento jurídico, en caso de incumplimiento por acción y omisión, se activa la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de la CADH, si bien ha sido desarrollada “progresivamente” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), ha adquirido relevancia en los últimos tiempos, sobre todo en lo atinente a los daños producidos a poblaciones enteras o a un conjunto de habitantes que esos órganos jurisdiccionales les ha dado el calificativo de “masacres”.<sup>20</sup>

Agrega el Profesor Hitters que: “[...], esta responsabilidad internacional, en el marco del Tratado antes citado, nace en el momento mismo de la violación de las obligaciones generales *erga omnes* de respetar y hacer respetar-garantizar- las normas de protección, y de asegurarla efectividad de los derechos que allí se consagran en cualquier circunstancia y respeto de toda persona<sup>21</sup>. Así mismo señala, que esa responsabilidad arranca de actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes del Estado independientemente de la jerarquía de los funcionarios que no infrinjan las disposiciones del Pacto San José de Costa Rica, y de otros tratados- suscritos por los países-apareciendo inmediatamente el lícito internacional.

Es necesario, para que se configure la responsabilidad internacional del Estado por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [que concurren] en principio dos elementos, que pueden englobarse bajo el concepto de “hecho internacionalmente ilícito del Estado”, y son:

El primer elemento: Se refiere a la violación de una obligación internacional del Estado: Que un Estado viole la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dándose dos situaciones: 1) Por acción (cuando se viola los deberes consagrados en la CADH), un ejemplo concreto cuando se discrimina a una persona o a un determinado grupo. 2) Por omisión (cuando no se implementan políticas educacionales o de salud accesibles para toda la población etc.). La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en sus artículos 1.1 y 2 establecen el marco de obligaciones de los Estados, que se circunscribe esencialmente al deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención, como podemos observar:

---

18 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

19 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

20 HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales: el que “rompe” (aunque sea el Estado) “paga”. In: *Estudios constitucionales*, año 5, n.1, p.203-222, jun. 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007, p.204.

21 HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales: el que “rompe” (aunque sea el Estado) “paga”. In: *Estudios constitucionales*, año 5, n.1, p.203-222, jun. 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007, p.204.



### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]. En ese sentido podemos entender que: La obligación de respeto consiste en cumplir lo establecido en la norma, ya sea mediante una acción u omisión. En su primer caso contencioso, respecto a este deber, la Corte Interamericana señaló que “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos que son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.”<sup>22</sup>

Así mismo, la Corte [...] señala en su Opinión Consultiva 6/86 del 9 de mayo de 1986, que:

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana - material, racional y espiritual-, que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.<sup>23</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos, recoge la obligación de garantizar los derechos reconocidos en la Convención, como podemos ver:

### Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Un segundo elemento: Se encuentra en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado, donde concurre el requisito de imputabilidad. Lo expuesto supone que el acto ilícito del Estado debe ser atribuible o imputable a éste en su calidad de persona jurídica. Se debe recalcar que, en conformidad a la sentencia antes citada, el hecho ilícito en cuestión debe haber sido realizado por el Estado, lo que supone que funcionarios estatales, ya sea del poder ejecutivo, legislativo o judicial, hayan incurrido en una violación de la Convención<sup>24</sup>. Agrega, que una vez determinada la responsabilidad internacional, la Corte debe decretar los remedios procedentes, estableciendo los siguientes términos:<sup>25</sup>

En primer término, debe restituir a la víctima a la situación ostentada previamente a la violación. En segundo lugar, la Corte está facultada para

---

22 TABATA, Santelices; FEDDERSEN, Mayra. Ejecución de Sentencias internacionales sobre Derechos Humanos en Chile. Disponible en: [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07\\_Santelices\\_Feddersen.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07_Santelices_Feddersen.pdf). Consulta en: 29 set. 2013, p.95.

23 Ver Corte IDH, Corte IDH. LA EXPRESIÓN “Leyes” En el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC - 6/86, 9 de mayo de 1986. Serie A N°6, Párr. 21.

24 TABATA, Santelices; FEDDERSEN, Mayra. Ejecución de Sentencias internacionales sobre Derechos Humanos en Chile. Disponible en: [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07\\_Santelices\\_Feddersen.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07_Santelices_Feddersen.pdf). Consulta en: 29 set. 2013, p.97.

25 TABATA, Santelices; FEDDERSEN, Mayra. Ejecución de Sentencias internacionales sobre Derechos Humanos en Chile. Disponible en: [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07\\_Santelices\\_Feddersen.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07_Santelices_Feddersen.pdf). Consulta en: 29 set. 2013, p.99-100.



decretar una indemnización. En tercer lugar, la Corte debe adoptar medidas de satisfacción en caso que la afectación no pueda ser reparada por las vías anteriores. Estos preceptos perfectamente [...] marcan las reglas generales sin perjuicio de los deberes especiales [...]. El Estado debe respetar y garantizar el cumplimiento de sus deberes y si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches, [...] Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para el cual el Estado debe “adaptar” su actuación a la normativa de protección de la convención.<sup>26</sup>

## 5 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En la Opinión Consultiva OC – 18/03 del 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, entre otros. La Corte establece que: “Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.”<sup>27</sup> Asimismo, agrega en los párrafos siguientes que:

86. “El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales. El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico”.

87. “El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacional (...). No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

88. “El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”<sup>28</sup>

Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

En ese sentido esta Opinión Consultiva en mención ayuda a consolidar el concepto de discriminación, conforme se puede desprender del párrafo 92:

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como: [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el

26 HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales: el que “rompe” (aunque sea el Estado) “paga”. In: *Estudios constitucionales*, año 5, n.1, p.203-222, jun. 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007, p.205-206.

27 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr.85.

28 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 86, 87 y 88.

reconocimiento, goce o ejercicio, Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto.

La CIDH articula en estos párrafos, un carácter fundamental del Principio de igual y no discriminación. Se determina el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación. Determinando en el párrafo 97, que este principio es de jus cogens. Saliendo este término de la esfera del derecho de los tratados<sup>29</sup>. Como podemos evidenciar en el contenido del párrafo 98 y 99 de la siguiente Opinión Consultiva.

98. “El concepto de jus cogens ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el jus cogens en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al jus cogens superviniente, al señalar que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El jus cogens ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales”<sup>44</sup>.

99. “En su evolución y por su propia definición, el jus cogens no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del jus cogens se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El jus cogens se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”.

Entonces, la CIDH cuando se refiere a la obligación de respeto y garantía, la Corte considera que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, estando relacionado al derecho a una protección igualitaria ante la ley<sup>30</sup>. Sigue a este párrafo, uno que contiene la fuerza argumentativa y recoge la esencia de la Opinión Consultiva, como podemos leer al siguiente:

101. “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”<sup>31</sup>

---

29 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 98.

30 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr.100.

31 Ver Corte IDH, Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr.101.

Entonces desde este enfoque los Estados deben de aplicar políticas públicas para ir eliminando brechas o distancias entre aquellos ciudadanos extranjeros en su territorio que se encuentren en condición de ilegalidad y que esta condición no permita gozar de los derechos humanos dentro del territorio de recepción, sin trabajo e ingresos mensuales, no contar con seguro de salud, en medio de la Pandemia. Escondiéndose en estos casos de un enemigo invisible (el Coronavirus) que puede perjudicar aún más su precaria condición de inmigrante ilegal, pudiendo darse un riesgo de perder la vida, al no contar con un seguro de salud, ser deportado, o lo peor enfrentarse a la trata de personas y delitos de explotación, o etc.

Lo dicho puede ayudar a entender la condición de precariedad que vive la población ilegal, ayuda a graficar lo dicho la siguiente cita:

Ante la pregunta de un reportero el pasado 1 de abril sobre si los inmigrantes indocumentados recibirán ayuda del gobierno durante la crisis, Trump dijo lo siguiente: “Cuando dices indocumentados quieres decir que vinieron ilegalmente. Muchas personas dirían que tenemos un montón de ciudadanos que ahora mismo se han quedado sin trabajo. ¿Qué haces entonces? Es difícil, es muy terrible, un asunto muy triste, si le soy honesto. Pero vinieron ilegalmente. Y muchos ciudadanos de nuestro país no pueden trabajar.”<sup>32</sup>

La OIM es la encargada de prestar asistencia a los migrantes y gobiernos, al reconocer el vínculo entre la migración y el desarrollo económico, social y cultural, así como el respeto del derecho a la libertad de movimiento de las personas. Entre las actividades de la OIM que abarcan están la promoción del derecho internacional sobre migración, la protección de los derechos de los migrantes, la migración y salud etc. Esta entidad tiene una agenda propia, que permite dialogar de manera eficaz a nivel de los Estados<sup>33</sup>.

El 19 de septiembre de 2016, los Estados Miembros adoptaron la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, documento A/70/L.61, que en su Anexo II enuncia las modalidades con miras a la aprobación de un pacto mundial para una migración segura, regular y ordenada en 2018. Los Estados Miembros exhortaron a la OIM a que utilizara su principal foro normativo, a saber, el Diálogo Internacional sobre la Migración, para contribuir al proceso preparatorio del pacto mundial.<sup>34</sup>

Entonces existe un “Diálogo Internacional sobre la Migración y el principal foro es la OIM” para propiciar deliberaciones sobre políticas migratorias. Entonces la OIM es el lugar idóneo para analizar cuestiones vigentes y de actualidad en materia de gobernanza migratoria y para intercambiar experiencias, perspectivas normativas y prácticas efectivas.

En el caso venezolano, la emigración ha ido en aumento desde el 2005 hasta la actualidad (con algunos aspectos que se deben observar en plena Pandemia). Según la Organización Mundial de Migraciones (OIM, 2018), en 2015 entraron regularmente a distintos países receptores 697.562 venezolanos; en 2017 1.622.109 venezolanos, cifra que es superior pues no incluye los venezolanos con otra nacionalidad, que han emigrado con pasaporte extranjero.

---

32 Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52333214>.

33 Para un ejemplo: La primera reunión del Diálogo Internacional sobre la Migración 2018, que tuvo lugar en Nueva York los días 26 y 27 de marzo (Asociaciones inclusivas e innovadoras para una gobernanza eficaz de la migración a escala mundial), planteó el tema “El manejo de la migración es una de las pruebas más urgentes y profundas para la cooperación internacional en nuestros tiempos”. Otra reunión. El Diálogo Internacional sobre la Migración 2017: “Fortalecimiento de la cooperación internacional y la gobernanza de la migración con miras a la adopción de un pacto mundial para la migración segura”, ordenada y regular en 2018. Del 8 y 19 de abril de 2017 - Sede de las Naciones Unidas, Sala de conferencias 1, Nueva York. Ver en: <https://www.iom.int/es>.

34 Disponible en: <https://www.iom.int/global-compact-migration>.

La emigración venezolana como en los demás países, ha sido impulsada por los factores determinantes macro de la migración, la situación país promueve en los venezolanos la decisión de emigrar; no obstante el flujo migratorio venezolano difiere a los demás; los venezolanos emigran sin distinción de estado civil, nivel educativo, ocupación y tampoco está condicionado a la ubicación geográfica, es decir se trata de una crisis migratoria generalizada que va a desembocar en un problema demográfico en los próximos años, considerando que la mayor proporción de emigrantes son jóvenes; así como la pérdida de fuerza laboral del país que es necesaria para la recuperación económica del mismo.

En el Perú permanecen unos 865 mil ciudadanos venezolanos, cifra que aumentó frente a la reportada a mediados de agosto [2019], cuando hubo un registro de 859.659. Perú es el segundo país de acogida de migrantes venezolanos después de Colombia. El número total de ingresos reúne a todos los venezolanos que se encuentran en el país y cuentan con diferentes calidades migratorias. Hasta la fecha [agosto 2019], son 404 mil [ciudadanos extranjeros] que ya tienen el carné de Permiso Temporal de Permanencia (PTP) y 16 mil están aprobados y pendientes de ser recogidos. Fue en julio de [2019] cuando la migración venezolana al Perú se redujo en 91% respecto del mes anterior. De acuerdo con datos de Migraciones, en agosto [2019] ingresaron por la vía regular 19.595 y salieron 16.059 ciudadanos venezolanos del país. Mientras que hasta el 13 de setiembre se registró un ingreso de 2.989 y una salida de 3.839 personas. Es decir, se reportaron más salidas que ingresos. Sin embargo, además de los puestos de control migratorio que hay en el país, los venezolanos estarían usando rutas clandestinas para entrar a Perú. Solo esta semana, las autoridades migratorias intervinieron a 250 extranjeros que entraron de manera irregular. De ellos, el 95% son venezolanos.<sup>35</sup>

Siendo esta la realidad [en el caso del Perú], y siendo este Estado parte de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990)<sup>36</sup>. Esta Convención ha creado un Comité de expertos de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (órgano supervisor), quienes supervisaran el cumplimiento por parte de los Estados del tratado en mención. Invoca los principios en materia de derechos humanos (entiéndase Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros), y también inspiran a este tratado, principios y normas establecidos en instrumentos en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, como el Convenio No. 97, 143, 86, 151, 29 y el 105. El artículo 2 y 7 de este tratado señala que: “Se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Agrega que:

Los Estados Partes se comprometerán, (...) a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

---

35 Disponible en: <https://elcomercio.pe/peru/venezolanos-peru-cifras-actualizadas-migracion-venezuela-noticia-ecpm-678511-noticia/>.

36 Tiene como Estados partes en América Latina a: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay, Venezuela y Perú, uno de los últimos países en ratificarla fue Argentina el 23 de febrero de 2017.

En el caso peruano, la Constitución Política del Estado Peruano de 1993, en su artículo 2.2 establece que: “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, este artículo alcanza a nacionales y extranjeros (legales o ilegales en territorio nacional). Proponemos conclusiones sobre la relación entre la migración internacional y el desarrollo de los pueblos, y la necesidad de establecer una comisión normativa sobre la migración. Nuestra ponencia va en esa perspectiva. El objeto y fin de este tratado en términos de la CV1969, es proteger “los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares”.

La emergencia viral que se está viviendo no sólo ha puesto en crisis la capacidad de prevención y atención sanitaria en muchos países del mundo, sino que también ha hecho visible que algunos grupos poblacionales son más frágiles que otros en diferentes regiones. Al respecto, las Naciones Unidas han señalado que “los más vulnerables – las mujeres y los niños, las personas con discapacidad, las personas marginadas y desplazadas- pagan el precio más elevado y, además, son quienes tienen un mayor riesgo de sufrir devastadoras pérdidas por el Covid -19.<sup>37</sup>

Los migrantes venezolanos en el Perú viven en: albergues campamentos, en hacinamiento, precariedad, entonces están doblemente expuestos a las posibilidades de contagios, en un país donde las cifras de COVID -19 *están en aumento constante*. Están expuestos adquirir el virus en la calle. El Perú tiene una infraestructura sanitaria deficiente, y si ya es difícil acceder a una cama uci, que sucede con la población migrante en condición de ilegales, como se garantiza el acceso a servicios de salud, y como se mira el trabajo del Estado cuando se adoptan medidas para prevenir y mitigar la transmisión del virus (¿cómo si en su gran mayoría deben trabajar de manera irregular y son invisibles para el Estado?

Con todo lo dicho los Estados tienen un gran deber moral y jurídico de velar por un trato igualitario a todo migrantes sin discriminación.

## **6 JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN MATERIA DE MIGRACIONES**

A nivel de la CIDH podemos identificar una jurisprudencia orientada desde un enfoque de políticas migratorias, situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, no discriminación e igual protección ante la ley, obligación del Estado de no discriminar y prevenir y reducir la apatridia, igualdad y no discriminación en relación a los derechos laborales de los migrantes indocumentados, condición de refugiado, principio de no devolución de refugiados y aislados y solicitantes de ese Estatuto, garantías mínimas del debido proceso en Procedimientos para determinar la condición de refugiado, entre otros. En los siguientes cuadros podemos clasificarlos y ordenarlos según cada área temática en la que queremos evidenciar el compromiso y responsabilidad de los Estados.

---

37 Naciones Unidas. Departamento de Comunicación global, 2020. Disponible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/un-working-vulnerable-groups-behind-covid-19>.



A) *Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003<sup>38</sup>.</p>	<p>168. “Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos [...]”.</p> <p>169. “[...] Es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores [...]”.</p>
<p>Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010<sup>39</sup>.</p>	<p>97. “Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana [...]”.</p>
<p>Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014<sup>40</sup>.</p>	<p>351. “En este sentido, la Corte ha sostenido que “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio”, [...] “los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.</p> <p>402. “Por otra parte, en relación con los derechos de los migrantes, la Corte ha establecido que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, “siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos”. “[...] Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”.</p>

38 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Se puede ampliar en los Párrs. 170, 171 y 172.

39 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 2182.

40 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

*B) Situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes*

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003<sup>41</sup>.</p>	<p>112. “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales) [...]”.</p> <p>113. “Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”.</p>
<p>Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010<sup>42</sup>.</p>	<p>97. “Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana [...]”.</p> <p>98. “En este sentido, la Corte ha establecido que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues “son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y “diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes] [...]”.</p>

41 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Ver Párrs. 114, 117 y 131.

42 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

C) *No discriminación e igual protección ante la ley*

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.<sup>43</sup></p>	<p>101. “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o desde otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens”.</p>
<p>Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005<sup>44</sup>.</p>	<p>140. “La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados [...]”.</p> <p>141. “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.</p>
<p>Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010<sup>45</sup>.</p>	<p>248. “Este Tribunal ya ha considerado que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, en el dominio del jus cogens. En consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos [...]”.</p>
<p>Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012<sup>46</sup>.</p>	<p>233. “En cuanto a los derechos de los migrantes, el Tribunal recuerda que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos [...]”.</p> <p>234. “En este sentido, la Corte recuerda que el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”.</p>

43 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie C No. 18. Ver Párrs. 100, 118 y 119.

44 Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Ver Párr. 155.

45 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

46 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Ver Párrs. 234, 237 y 238.

*D) Obligación del Estado del Estado de no discriminar y prevenir y reducir la apatridia*

<p>Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005<sup>47</sup>.</p>	<p>139. “La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”.</p>
<p>Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.<sup>48</sup>.</p>	<p>94. “Un apátrida es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales destaca la pérdida de la nacionalidad; la privación de la nacionalidad; la interpretación o aplicación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad, y la sucesión de Estados [...]”.</p> <p>95. “La determinación de la nacionalidad o, en su caso, de la condición de apátrida resulta relevante en situaciones variadas, tales como las siguientes: (i) cuando se cuestiona el derecho de una persona de permanecer en un país en los procedimientos de expulsión; (ii) en la identificación del país o países en relación con los cuales la persona alega poseer un temor fundado de ser perseguida, en el sentido de la definición de refugiado; o (iii) cuando una persona busca la aplicación de las garantías establecidas en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961”.</p>
<p>Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014<sup>49</sup>.</p>	<p>256. “En este sentido, la Corte considera que la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin perjuicio de ello, resulta necesario que dicha atribución estatal se ejerza en concordancia con los parámetros emanados de normas obligatorias del derecho internacional a las que los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, se hayan sometido. Así, de acuerdo al desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, es necesario que los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad, tengan en cuenta: a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación”.</p> <p>257. “En cuanto a su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad”.</p>

47 Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Ver Párrs. 140, 141, 142, 155, y 167.

48 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

49 Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282. Ver Párrs. 257, 259, 260, 261, 262, 263 y 264.

*E) Igualdad y no discriminación en relación a los derechos laborales de los migrantes indocumentados*

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003<sup>50</sup>.</p>	<p>133. “Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición [...] Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”.</p> <p>134. “De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”.</p>
---	--

*F) Derecho de Asilo y Refugio*

**Derecho al Asilo**

<p>Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013<sup>51</sup>.</p>	<p>137. “[...]La adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos conllevó a lo que comúnmente se ha definido como “la tradición latinoamericana del asilo”. En la región, el concepto tradicional del asilo evolucionó con el desarrollo normativo del sistema interamericano de derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (en adelante “Declaración Americana”), incluyó el derecho al asilo en su Artículo XXVII, el cual conllevó al reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo en las Américas. Este desarrollo fue seguido a nivel universal con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, fue explícitamente reconocido en el artículo 14. A partir de ese momento, el asilo se empezó a codificar en instrumentos de derechos humanos y no sólo en tratados de naturaleza netamente interestatal”.</p>
<p>Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014<sup>52</sup>.</p>	<p>81. “Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado [...]; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar [...]”.</p>

50 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie C No. 18. Ver Párrs.135, 136, 148, 149, 151, 152, 153, 157, 159 y 160.

51 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. Ver Párrs. 138, 139, 140,141,142 y 143.

52 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie C No. 21. Ver Párrs. 73, 82, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254 y 255.



<p>La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018<sup>53</sup>.</p>	<p>64. “Como puede advertirse, el derecho humano sobre el cual la Corte va a centrar su labor interpretativa es el “derecho de asilo”, como es posible denominarlo de modo general, y sus diversos componentes normativos de acuerdo a las disposiciones extractadas previamente. Sin embargo, dado que el término asilo constituye un concepto ambiguo tanto en derecho nacional como internacional al manifestar distintos significados, la Corte está llamada a interpretar si el artículo 22.7 de la Convención y el artículo XXVII de la Declaración cobijan como un derecho humano fundamental las diversas modalidades de asilo, esto es el asilo territorial, el estatuto de refugiado, y el asilo diplomático, o si por el contrario, el derecho de asilo en dichos instrumentos interamericanos está circunscripto a una o varias de dichas figuras”.</p>
---	---

### Condición de Refugiado

<p>Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013<sup>54</sup>.</p>	<p>144. “De conformidad con el artículo 1 de la Convención de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que: i) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, ii) o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.</p>
<p>Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014<sup>55</sup>.</p>	<p>75. “Conforme la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, los elementos de inclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado son: a) estar fuera del país de origen, esto es el país de nacionalidad o, en caso de las personas apátridas, de residencia habitual; b) tener un temor fundado; c) de persecución o amenaza de la misma; d) que el motivo de ésta haya sido la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y e) que no se pueda o, a causa de temores, no se quiera acoger a la protección interna del país de origen. La definición de refugiado es integral, lo cual significa que se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos mencionados para obtener el reconocimiento”.</p>

53 Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. Ver Párrs. 65, 66, 67, 68, 91, 92, 93, 99, 101,104, 106,109,110,120,121,122,123, 132, 133, 147, 156, y 163.

54 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. Ver Párrs. 145, 146, 147,148,149, y 150.

55 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. Ver Párrs. 74, 76, 77, 78, 79, 80, 98, 99, 100, 101 y 102.

## Principio de no devolución de refugiados y asilados y solicitantes de ese Estatuto

<p>Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013<sup>56</sup>.</p>	<p>151. “Al recordar que, en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo”.</p> <p>152. “Así, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo artículo 33.1[...]”.</p>
<p>Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015<sup>57</sup>.</p>	<p>125. “[...] La Corte considera que en el presente caso las obligaciones del Estado frente a la solicitud de extradición del señor Wong Ho Wing derivan de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal), en relación con el artículo 1.1 de la Convención, conjuntamente con el principio de no devolución establecido en el artículo 13 (párrafo 4) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante también “CIPST”).”</p> <p>128. “Adicionalmente, el sistema interamericano cuenta con un tratado específico, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual recoge el principio de no devolución, de la siguiente forma: “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente [...]”.</p>
<p>La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018<sup>58</sup>.</p>	<p>167. “Sin perjuicio de ello, la Corte a continuación determinará si, a pesar de que el asilo diplomático no se encuentra protegido en el marco del sistema interamericano (supra párr. 156), subsisten otras obligaciones en materia de derechos humanos para el Estado de acogida y, en su caso, para terceros Estados, en virtud del riesgo que pudieran sufrir las personas que acuden a una legación en búsqueda de protección. [...]”.</p> <p>173. “Por tanto, el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana es amplio, en la medida en que las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción [...]”.</p>

56 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. Ver Párr. 53.

57 Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 29739. Ver Párrs. 127, 129, 130, 134, 142, 155, 156, 163, 169, 173, 177, 178, 180, 184, 187 y 188.

58 Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 29739. Ver Párrs. 127, 129, 130, 134, 142, 155, 156, 163, 169, 173, 177, 178, 180, 184, 187 y 188.

*G) Las Garantías mínimas del Debido Proceso en Procedimientos para determinar la condición de Refugiado.*

<p>Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013<sup>59</sup>.</p>	<p>154. “El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo”.</p> <p>155. “En consecuencia, dada la especial regulación del derecho a buscar y recibir asilo, y en relación con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio [...], en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, en procedimientos que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana deben ser analizados en relación con las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento, según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso”.</p>
---	---

## **7 CONSIDERACIONES FINALES**

### *1 - La Responsabilidad Internacional de los Estados*

Los Estados deben asumir sus compromisos internacionales, cuando estos son firmados y ratificados, conllevan una responsabilidad frente a los tratados, que deben de cumplir de buena fe, conforme a todo el andamiaje que sustenta las normas del derecho internacional de los derechos humanos. En tiempos de Covid es tarea de los Estados implementar y hacer las reformas necesarias para que los migrantes en condición de vulnerabilidad puedan acceder a efectivizar el disfrute de sus derechos fundamentales protegidos en el marco internacional y nacional.

### *2 - Obligación de Respetar y Garantizar los derechos Humanos de los migrantes en condición de ilegalidad y vulneración.*

Los Estados que violen una obligación internacional sea por acción u omisión, que se circunscribe esencialmente al deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los tratados firmados y ratificados en materia de derechos humanos, están obligados a reparar, y honrar sus compromisos internacionales. Lo ideal es que los Estados implementen los tratados en sede nacional y eviten violarlos.

### *3 - Principio de Igualdad y no Discriminación.*

La CIDH ha considerado al principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, que pertenecen al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el

59 Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. Ver Párrs.156, 157, 158, 159 y 160.

andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico, ingresando este principio al dominio del jus cogens, lo que significa que ninguna persona nacional o extranjera cualquiera sea su condición migratoria deba ser discriminada por nacionalidad, edad, color, género, etc.

## REFERENCIAS

ACHOTEGUI, Joseba. Migración y Crisis: el síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (Síndrome de Ulises). *Avances en Salud Mental Relacional*, v.7, n.1, p.1-22, mar. 2008, Bilbao: Instituto de Psicoterapia, 2008.

Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 2182.

Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 2973.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

Corte IDH. La expresión "Leyes" En el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC - 6/86, 9 de mayo de 1986. Serie A N°6.

Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.

HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales: el que "rompe" (aunque sea el Estado) "paga". In: *Estudios constitucionales*, año 5, n.1, p.203-222, jun. 2007, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2007.

MORENO LOPEZ, Angustias. La garantía internacional de los derechos fundamentales en el marco del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Madrid: Servicio Jurídico del Estado, 988, vol. III, p.1727.

NASH, Claudio. *La responsabilidad y obligación de los Estados de reparar violaciones de derechos humanos*. Fundación Gregorio Peces – Barba para el estudio y cooperación en Derechos Humanos. 2015.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas del 28/08/1954.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Departamento de Comunicación global, 2020. Disponible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/un-working-vulnerable-groups-behind-covid-19>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Disponible en: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2018\\_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf). Organización Internacional para las Migraciones, 2018.

TABATA, Santelices y FEDDERSEN, Mayra. Ejecución de Sentencias internacionales sobre Derechos Humanos en Chile. Disponible en: [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07\\_Santelices\\_Feddersen.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07_Santelices_Feddersen.pdf). Consulta en: 29 set. 2013.

---

**Recebido em:** 13.09.2020

**Aprovado em:** 15.12.2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

BOLUARTE, Krúpskaya Ugarte. La responsabilidad internacional de los estados en tiempos de pandemia: una mirada al marco jurídico internacional de los derechos humanos a favor de la población migrante en condiciones de vulnerabilidad. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.39-61, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR42-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# OS REFUGIADOS NA PANDEMIA: UM OLHAR HUMANISTA A PARTIR DO COMUNITARISMO DE AMITAI ETZIONI

## REFUGEES DURING THE PANDEMIC: A HUMANISTIC VIEW THROUGH THE AMITAI ETZIONI'S COMMUNITARIANISM

Stéfani Reimann Patz<sup>1</sup>  
Thami Covatti Piaia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Inicialmente, apresenta-se um breve histórico do desenvolvimento do novo coronavírus e suas repercussões ao redor do mundo. A título de problematização, questiona-se: mediante qual instrumento se possibilitaria aos Estados, empresas, comunidades e seus membros, inculcir internamente o valor intrínseco das regras jurídicas e éticas e o potencial modificador destas em detrimento à segregação absoluta entre direito, condutas regulares e atividades econômicas? Assim, objetiva-se pôr em discussão os efeitos da pandemia da COVID-19 nos grupos de refugiados e o uso da Teoria da Terceira Via de Amitai Etzioni, ou seja, da teoria do comunitarismo, para atenuar os impactos negativos da pandemia da COVID-19 para a humanidade, assim como oferecer maior proteção às pessoas em situação de refúgio. Por fim, conclui-se que o uso da teoria do comunitarismo seria um instrumento adequado à proteção dos refugiados na pandemia da COVID-19 em 2020.

**Palavras-chaves:** pandemia da covid-19; proteção dos refugiados; teoria da terceira via de amitai etzioni.

**ABSTRACT:** Firstly, its presented a brief historic of the development of the new corona virus and its repercussions around the world. Under the problematic, its questioned: through which instrument would be possible to the States, firms, communities and its members, inherit the intrinsic value of legal and ethic rules, and the change catalyzing of these regarding the absolute segregation between law, standard conducts and economic activities? Therefore, our goal is to discuss the effects of the COVID-19 pandemic in refugees groups and the use of the Third Way Theory of Amitai Etzioni, which is the theory of communitarianism, to ameliorate the negative impacts of COVID-19 to humanity, as well as to offer a larger protection to people with refugee status. Finally, it was concluded that the use of communitarianism theory, would be a fitted instrument to protect refugees during the COVID-19 pandemic of 2020.

**Keywords:** covid-19 pandemic; protection of refugees; third way theory by amitai etzioni.

---

1Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI - Campus de Santo Ângelo/RS). Pesquisadora dos projetos de pesquisa "Crisálida: Direito e Arte" e "Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático". Bolsista CAPES/TAXA.

2 Doutora em Direito UFRGS. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI - Campus de Santo Ângelo/RS). Coordenadora do Projeto de Pesquisa "Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático". Membro do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos".

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa dedica-se a estudo do uso da teoria do comunitarismo como um caminho para a proteção dos refugiados dos impactos gerados pela pandemia da COVID-19. A temática tem sido debatida com maior ênfase em razão das preocupações da comunidade internacional com a (in)efetividade de diretrizes e políticas para a proteção das pessoas em situação de refúgio no contexto designado.

As perguntas que norteiam o estudo pretendem investigar os efeitos da pandemia da COVID-19 nos grupos de refugiados e o uso da teoria da Terceira Via de Amitai Etzioni, ou seja, da teoria do comunitarismo para a proteção das pessoas em situação de refúgio. Nesse mote, inicialmente apresenta-se um breve histórico do desenvolvimento da doença e suas repercussões gerais. Na sequência, aborda-se o que é o instituto do refúgio, quem são as pessoas em situação de refúgio e quais são os impactos específicos provocados pela pandemia da COVID-19. Por fim, investiga-se o uso da teoria do comunitarismo como uma resposta adequada à proteção dos refugiados em período pandêmico.

Para isso, utiliza-se o método de abordagem descritivo, com suporte em revisão de literatura e análise dos fenômenos pesquisados. Importante salientar que, não se busca uma análise exaustiva do assunto em comento, o que, pelo pouco espaço, associado à densidade da temática, seria inviável. A proposta do presente estudo é tão somente situar o/a leitor/a acerca da importância do tema.

## 2. COVID-19: O QUE, QUANDO E ONDE?

Por essa ninguém esperava. Quem poderia prever que o ano de 2020 seria assim? Um ano, no mínimo, atípico. Distantes e ao mesmo tempo conectados – graças aos avanços tecnológicos – todos depararam-se com a seguinte notícia: “a pandemia da COVID-19”. O mundo parou e em alguns momentos/locais, o caos foi instaurado. Voos cancelados, corridas por papel higiênico, cantorias e aplausos em varandas italianas e brasileiras. Uma “gripezinha” para alguns e um lembrete que “a vida é um sopro” para outros. Na visão de professor Celso Gabatz, as pandemias “dizem mais sobre nós mesmos do que a doença em si”.<sup>3</sup>

Entretanto, parafraseando o sambista e compositor brasileiro, Zeca Pagodinho, questiona-se: “Você sabe o que é a COVID-19? Nunca vi, nem *contraí*, eu só ouço falar”. Portanto, considerando o contexto da infodemia (pandemia de informações) e da crescente disseminação de *fake news* (notícias falsas e/ou enviesadas), é de extrema importância esclarecer alguns aspectos fundamentais sobre a temática em comento.

De acordo com o relatório “Folha informativa – COVID-19” da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) em parceria com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 31 de dezembro de 2019, a OMS foi alertada sobre diversos casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma “nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos”.<sup>4</sup> Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus. Neste cenário, é preciso lembrar que: “Os coronavírus estão por toda parte. Eles

---

3 GABATZ, Celso. *A reflexão crítica e científica em tempos de pandemia*: Contribuições para ampliar o debate nos dias. Disponível em: <<http://celsogabatz.blogspot.com/2020/>>. Acesso em: 31 jul. 2020, p.1.

4 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/ind ex.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/ind ex.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

são a segunda principal causa de resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum”.<sup>5</sup>

Conforme dados da OPAS e da OMS, ao todo, sete coronavírus humanos (HCoVs) já foram identificados, são eles: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). O novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19. Neste contexto, a OMS tem trabalhado com autoridades chinesas e especialistas globais desde o dia em que foi informada, para “aprender mais sobre o vírus, como ele afeta as pessoas que estão doentes, como podem ser tratadas e o que os países podem fazer para responder”.<sup>6</sup>

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constituía uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional”.<sup>7</sup> Já em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. O termo “pandemia” se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade. A designação reconhece que, no momento, existem surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo.<sup>8</sup>

A partir do exposto, pode-se tentar responder aos três questionamentos do título da sessão. O que? Trata-se de uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus. Quando? Foi identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, em Wuhan, na China. Onde? Desde março de 2020 é considerada uma pandemia, pois atinge diversos países do mundo. Neste cenário, a OPAS e a OMS, afirmam que os sintomas mais comuns da COVID-19 são:

[...] febre, cansaço e tosse seca. Alguns pacientes podem apresentar dores, congestão nasal, dor de cabeça, conjuntivite, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato, erupção cutânea na pele ou descoloração dos dedos das mãos ou dos pés. Esses sintomas geralmente são leves e começam gradualmente. Algumas pessoas são infectadas, mas apresentam apenas sintomas muito leves.<sup>9</sup>

Consoante as organizações internacionais de saúde, deve-se seguir as seguintes medidas de proteção: Praticar a higiene das mãos e respiratória, e sempre que possível, manter uma distância de pelo menos um metro entre as pessoas.<sup>10</sup> Ou seja, higiene e distanciamento social. Nesta senda, a antropóloga Lilia Moritz Schwarcz, professora titular no Departamento de Antropologia da USP e *visiting professor* na *Princeton University*, afirma que é impressionante como uma criatura tão pequena, invisível a olho nu, “tem a capacidade de paralisar o planeta. Algo que só se conhecia do passado ou por meio de fantasias, de

5 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

6 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

7 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

8 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

9 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

10 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

distopias científicas agora faz parte da nossa realidade”.<sup>11</sup>

Neste contexto, é necessário lembrar, que as pandemias não são novas na história. Conforme o historiador israelense, Yuval Noah Harari, autor de *Sapiens* e *Homo Deus*, apesar de episódios terríveis, como o da AIDS e o do Ebola, “no século XXI as epidemias matam uma proporção muito menor de pessoas do que em qualquer outra época desde a Idade da Pedra. Isso porque a melhor defesa que os humanos têm contra os patógenos não é o isolamento, mas a informação”.<sup>12</sup> Para Harari, a história ensina duas lições para lidar com a atual pandemia, são elas: “Primeiro, sugere que é impossível se proteger fechando permanentemente as fronteiras. (...). Em segundo lugar, a história indica que a proteção real vem da troca de informação científica confiável e da solidariedade global”.<sup>13</sup>

Neste cenário, cabe lembrar da teoria da metamorfose do sociólogo alemão, Ulrich Beck. Na obra “A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade”, o autor apresenta a distinção entre mudança e metamorfose. Mudança, na visão de Beck, implica que “algumas coisas mudam, porém outras permanecem iguais – o capitalismo muda, mas alguns aspectos do capitalismo continuam como sempre foram”.<sup>14</sup> Já a metamorfose implica uma transformação “muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge”. Para compreender essa metamorfose do mundo, conforme o autor, é necessário explorar os “novos começos, focalizar o que está emergindo a partir do velho e buscar apreender estruturas e normas futuras na confusão do presente”.<sup>15</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que a pandemia causada pela COVID-19 faz parte de um dos “eventos insanos” que marca a metamorfose do mundo nas últimas décadas. O mundo começa a ser dividido em momentos pré-pandemia e (uma esperada) pós-pandemia. As “velhas certezas” estão desaparecendo e algo inteiramente novo está sendo criado – chamado por alguns otimistas ou oportunistas de o “novo normal”. Uma coisa que todos podem concordar é que, a pandemia provocada pela COVID-19 marcou a história e tem impactos (diferentes) em todos os setores e esferas da sociedade.

Enquanto alguns podem trabalhar na modalidade *Home Office*, outros são obrigados a encarar os riscos de trabalhos, que muitas vezes, não oferecem os Equipamentos de Proteção Individual (EPI's) adequados. De um lado, cursos *online* e *lives* sobre os mais diversos assuntos viralizam pelas redes. De outro, milhares de pessoas não possuem nem acesso à *Internet*. De um lado, muitas pessoas conseguem cumprir o distanciamento social ou isolamento dos infectados em suas casas de uma forma considerada até confortável. Entretanto, essa não é uma medida possível para todos, considerando que em muitas periferias do Brasil e do mundo, as moradias contêm uma “única saída de ar e abrigam 4 ou mais pessoas, em pouco mais de 12m<sup>2</sup>.”<sup>16</sup>

Algumas empresas como a *Netflix*, *Zoom* e *3M* registraram aumentos astronômicos em seus rendimentos e suas ações dispararam no mercado financeiro.<sup>17</sup> Enquanto isso, milhares de

11 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Quando acaba o século XX*. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.3.

12 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.4.

13 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.6.

14 BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.15.

15 BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.16.

16 ABRASCO. *Mistanásia hoje: pensando as desigualdades sociais e a pandemia Covid-19*. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/mistanasia- hoje- pensando- as- desigualdades- sociais- e- a- pandemia- covid- 19- artigo- de- roberta- santos- andreia- gomes- luciana- narciso- fermin- schramm- luciana- brito- marisa- palacios- rodrigo- siqueira- ba/49322/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

17 PORCIDES, Daniel. *Quais as empresas que mais lucraram na pandemia do COVID-19 até o momento?* Disponível em: <<https://blog.aaainovacao.com.br/empresas-mais-lucrativas-pandemia/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

outros empreendimentos fecharam filiais e/ou entraram com pedidos de recuperação judicial/falência, como por exemplo, o caso do Cirque du Soleil e de algumas companhias aéreas, como a Avianca e Aeromexico.<sup>18</sup> Isso, é claro, sem mencionar os pequenos empresários que foram diretamente e indiretamente afetados.

Diante do exposto, pode-se entender um pouco mais do que se trata a COVID-19 e perceber que a pandemia por ele causada é muito mais do que apenas uma crise sanitária. Trata-se de uma crise com repercussões sanitárias, políticas, econômicas e humanitárias. Por fim, é um fato que a pandemia tem afetado a vida de praticamente toda a humanidade. Entretanto, imigrantes e refugiados tendem a ser afetados de diferentes formas por viverem em mobilidade, ou seja, não estarem no país que eles são nacionais. Na sequência, então, aborda-se os impactos específicos da pandemia na população em condição de refúgio.

### 3. OS REFUGIADOS E A PANDEMIA

Inicialmente, é preciso entender quem são os refugiados e para isso, faz-se necessário lembrar que, ao longo da história os povos sempre migraram de um local para outro, seja em busca de alimentos, melhores condições climáticas ou maiores chances de desenvolvimento. Nesta perspectiva, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) define migração como sendo:

[...] o processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos.<sup>19</sup>

É possível afirmar, portanto, que as migrações estão no seio do ser humano e o ato de migrar sempre esteve presente durante a história da humanidade. Consoante a redação do artigo décimo terceiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH): “Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”.<sup>20</sup> Assim sendo, é possível afirmar que migrar é um direito humano, inerente a todo ser humano, onde quer que esteja.

Contudo, quando esse deslocamento é feito de forma forçada, a narrativa adquire uma perspectiva um pouco mais específica. É nesse cenário que surge a figura do refugiado. Etimologicamente, o termo refúgio provem do vocábulo latino *refugium* e é estabelecido como “esconderijo, lugar para esconder-se, abrigo, amparo”, já o termo refugiado refere-se ao “abrigado, fugido, escondido”.<sup>21</sup>

O refúgio é tão antigo quanto a humanidade e acontece em decorrência de motivações políticas, religiosas, sociais, culturais ou de gênero. Consoante Irineu Francisco Barreto Júnior, a movimentação de pessoas forçadas a deixar seus países e procurar proteção internacional, inicialmente era fundamentada por razões religiosas, todavia ao longo dos séculos sofreu

18 GAZZONI, Marina. *Os 'falidos' do coronavírus: veja as empresas que quebraram na pandemia*. Disponível em: <<https://www.seudinheiro.com/2020/empresas/os-falidos-do-coronavirus-veja-as-empresas-que-quebraram-na-pandemia/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

19 OIM. *Glossário sobre Migração*. 2009. Disponível em: <[http://www.participa.br/article\\_s/public/0006/5033/OIM\\_Gloss%C3%A1rio\\_sobre\\_Migra%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.participa.br/article_s/public/0006/5033/OIM_Gloss%C3%A1rio_sobre_Migra%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2020, p.40.

20 ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2020, s.p.

21 SCOTTINI, Alfredo. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Alfredo Scottini (compilado) – Blumenau, SC: Todo livro Editora, 2009, p.463.



alterações para justificativas de motivação política decorrentes de perseguição, flagelo, fome e insegurança de modo geral.<sup>22</sup>

O termo refugiado sobreveio após a Segunda Guerra Mundial, com os primeiros refugiados europeus, paralelo a criação da DUDH, como uma resposta às atrocidades praticadas contra judeus, negros, ciganos, homossexuais e tantos outros grupos minoritários. Neste cenário, o refúgio surgiu oficialmente em 1951, com a Convenção do Estatuto dos Refugiados. Consoante o primeiro artigo da Convenção, refugiado é toda pessoa que:

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.<sup>23</sup>

Tal definição encontrava-se ultrapassada, uma vez que se restringia aos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa. Com efeito, no protocolo de Nova York de 31 de janeiro de 1967, houve uma expansão desse conceito, com a finalidade de incluir refugiados de todas as regiões do mundo. Assim, o ponto 3 do art. 1º afirma que “o presente Protocolo será aplicado para os Estados-Partes sem nenhuma limitação geográfica”.<sup>24</sup>

Essa, seria uma perspectiva mais positiva, convencional, mais descritiva do que são pessoas refugiadas. Em uma outra perspectiva, todavia, como, por exemplo, a da filosofia dos direitos humanos, os refugiados são vistos como nômades, não por escolha, “mas por um veredicto de um destino cruel”, que faz com que a sociedade, de um modo irritante e até aterrador, lembre-se da vulnerabilidade da própria posição, além da endêmica fragilidade do bem-estar humano, arduamente conquistado.<sup>25</sup>

Cabe lembrar que as migrações forçadas afetam de modo desigual e combinado, crianças, jovens, adultos e velhos; homens e mulheres; pessoas documentadas e não documentadas, países desenvolvidos e em desenvolvimento. Neste cenário, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão especializado da Organização das Nações Unidas (ONU), elabora anualmente o relatório Tendências Globais, que acompanha o deslocamento forçado com base em dados coletados pelo próprio órgão, por governos e outros parceiros. De acordo com as informações do relatório divulgado em 18/06/2020, cerca de 79,5 milhões de pessoas estavam deslocadas por guerras e conflitos até o final de 2019. Conforme o documento, os refugiados correspondem a 26 milhões de pessoas do número total de deslocados. As pessoas deslocadas dentro do seu próprio país representaram 45,7 milhões do total.<sup>26</sup>

O deslocamento forçado afeta mais de 1% da humanidade (uma em cada 97 pessoas), sendo que um número cada vez menor de pessoas forçadas a fugir consegue voltar para suas casas. O deslocamento forçado praticamente dobrou na última década. O documento

22 BARRETO JR., Irineu Francisco; PRADO, Verônica Ferreira do; SILVA, Marcos Antonio. Análise da condição jurídica e social dos refugiados no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 34, n.1-24, jan./jun., 2018, p.4.

23 ONU. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiado*. 1951. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dosRefugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dosRefugiados.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2020, s.p.

24 ONU. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <[http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967)>. Acesso em 25 jul. 2020, s.p.

25 BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução por: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2017, p.21.

26 ACNUR. *Relatório global do ACNUR revela deslocamento forçado de 1% da humanidade*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/06/18/relatorio-global-do-acnur-revela-deslocamento-forcado-de-1-da-humanidade/>> Acesso em: 20 jul. 2020b, s.p.



informa que 80% das pessoas deslocadas no mundo estão em países ou territórios afetados por grave insegurança alimentar e desnutrição e que 63% saíram de apenas cinco países, são eles: Síria (6,6 milhões), Venezuela (3,7 milhões), Afeganistão (2,7 milhões), Sudão do Sul (2,2 milhões) e Mianmar (1,1 milhão).<sup>27</sup>

Diante do narrado, nota-se que a temática dos refugiados, atualmente, vivencia seu maior desafio desde a Segunda Guerra Mundial. As últimas estatísticas alertam para dados que não param de crescer. No contexto de migrações, o aumento no número de refugiados representa uma das maiores problemáticas humanitárias do século. Abandonando seus lares, os refugiados buscam em outros países a possibilidade de uma vida mais segura, estável e digna para suas famílias. No destino, eles procuram encontrar o acolhimento na comunidade local, bem como legislações que garantam a sua integração, protegendo seus direitos universais, como a não discriminação, o acesso ao mercado de trabalho e direito a um padrão de vida digno, além do acesso a serviços básicos, como saúde e educação.

Não bastassem todos os problemas acima elencados, em 2020, os refugiados encontraram uma pandemia causada pela COVID-19. Sob esta perspectiva, é imperioso destacar que, conforme Lilia Moritz Schwarcz, “nem todos estão passando por isso da mesma maneira. Há grandes diferenças, a depender de raça, classe, gênero”.<sup>28</sup> Considerando que, os dois pilares básicos de proteção são higiene e isolamento social, é preciso lembrar que nem sempre ‘casa’ quer dizer ‘lar’. Casa sempre foi um local de repouso e abrigo. Já lar é um conceito criado pela burguesia, no século XIX, que tendeu a idealizar esse lugar, sublinhando o modelo de família estruturada e esquecendo dos conflitos por lá inerentes.<sup>29</sup>

Nesta senda, quando se diz “fique em casa, mantenha o isolamento” faz-se necessário refletir, na visão da autora, não só “acerca da nossa ‘bolha’, mas sobre as condições de vida” de outras populações.<sup>30</sup> Neste cenário, Patrícia Nabuco Martuscelli alerta que “muitos imigrantes e refugiados (assim como brasileiros) não têm condições dignas de moradia e ficar em casa não é uma opção”.<sup>31</sup> Conforme a organização Médicos Sem Fronteiras (MSF), muitos refugiados vivem em campos oficiais e informais, em centros de acolhimento ou em centros de detenção. Outros vivem nas ruas, em moradias informais. A maioria não tem acesso a serviços básicos, como alimentos, água potável e saneamento, ou tem acesso inadequado à assistência médica, e muitos não têm status legal.<sup>32</sup>

Nesses contextos, nem sempre é possível seguir as medidas de prevenção contra a COVID-19. Nesta perspectiva, a organização MSF faz os seguintes questionamentos: “Como pedir que refugiados e migrantes lavem as mãos quando não há água e sabão? Como eles poderão se isolar se vivem em uma única tenda com outras 10 pessoas?”<sup>33</sup>

O distanciamento físico é “difícil, senão impossível, em campos superlotados e locais urbanos densamente povoados, onde as pessoas vivem muito próximas ou dividem o mesmo espaço com vários membros da família”.<sup>34</sup> Ter que fazer fila para “obter água e alimentos

27 ACNUR. *Relatório global do ACNUR revela deslocamento forçado de 1% da humanidade*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/06/18/relatorio-global-do-acnur-revela-deslocamento-forcado-de-1-da-humanidade/>> Acesso em: 20 jul. 2020b, s.p.

28 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Quando acaba o século XX*. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.3.

29 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Quando acaba o século XX*. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, pp.4-5.

30 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Quando acaba o século XX*. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.5.

31 MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. *Como o Covid-19 afeta imigrantes e refugiados no Brasil*. Disponível em: <<https://www.migramundo.com/como-o-covid-19-afeta-imigrantes-e-refugiados-no-brasil/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

32 MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

33 MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

34 MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

também aumenta os riscos de transmissão viral”.<sup>35</sup>

Consoante um relatório da ACAPS, organização independente de análises humanitárias internacionais, a densidade populacional dos trinta e quatro campos de refugiados em Bangladesh, por exemplo, é de “40 mil pessoas por quilômetro quadrado. Isso dá mais de seis vezes a concentração existente em Wuhan, na China, onde a pandemia de coronavírus começou”.<sup>36</sup> De acordo com a Oxfam Brasil, uma organização da sociedade civil brasileira, Bangladesh é “o país que abriga um dos maiores campos de refugiados do mundo, Cox’s Bazar. Lá vivem cerca de 855 mil *rohingyas*, uma minoria muçulmana perseguida em Mianmar, país vizinho”.<sup>37</sup>

A organização afirma que os padrões adotados nos “campos de refugiados, acordados pelas agências que respondem às crises humanitárias, simplesmente não foram projetados para lidar com uma pandemia global como a de coronavírus”.<sup>38</sup> Segundo um levantamento da Oxfam: cada torneira é usada, em média, por 250 pessoas nos campos de refugiados em todo o mundo. São 250 pessoas tocando a mesma torneira com alto risco de contaminação. Além disso, muitos têm menos 3,5 metros quadrados de espaço para viver, o que torna o isolamento social quase impossível.<sup>37</sup>

O campo de Moria, na ilha grega de Lesbos, foi construído para 3 mil pessoas. Hoje abriga quase 20 mil pessoas. Com isso, a organização informa que “até 160 pessoas usam o mesmo banheiro e mais de 500 compartilham o mesmo chuveiro. Em algumas partes do campo, 325 pessoas compartilham uma torneira e não há sabão. Abrigos improvisados chegam a ter até 20 pessoas”.<sup>40</sup> Conforme o MSF, o confinamento e as restrições à liberdade de movimento relacionados à COVID-19 também têm um “grande impacto sobre esses grupos, que já estão excluídos da maioria das oportunidades de emprego e têm ainda menos acesso a assistência e proteção”.<sup>41</sup>

A organização destaca que, em muitos contextos, “as pessoas em movimento vivem em um estado de insegurança constante e enfrentam risco de prisão ou abuso”.<sup>42</sup> Os refugiados frequentemente são “estigmatizados como ‘portadoras de doenças’, diante de um cenário de crescente xenofobia e acesso limitado a informações confiáveis. Algumas populações são totalmente dependentes de ajuda humanitária. E, em muitas regiões, essa ajuda é limitada”.<sup>43</sup>

Cabe destacar que, até o momento da escrita deste estudo (agosto de 2020), o Brasil se tornou um dos países mais afetados do mundo pela pandemia da COVID-19, em decorrência,

35 MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

36 OXFAM. *Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do coronavírus?* Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

37 OXFAM. *Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do coronavírus?* Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

38 OXFAM. *Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do coronavírus?* Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

39 OXFAM. *Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do coronavírus?* Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

40 OXFAM. *Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do coronavírus?* Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

41 MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

42 MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

43 MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020, s.p.

o ACNUR alerta que o país é considerado um epicentro da pandemia na América Latina e que a situação brasileira está afetando os mais vulneráveis - incluindo as populações indígenas mais pobres e outros povos originários, além de refugiados.<sup>44</sup>

Conforme dados do órgão especializado da ONU, o Brasil abriga mais de 345.000 refugiados e solicitantes de refúgio, para os quais as consequências da pandemia são especialmente severas. E, embora o número total de refugiados que contraíram o vírus no Brasil seja desconhecido, o ACNUR está ciente de pelo menos 19 mortes relacionadas à COVID-19 entre os refugiados dos quais nove eram refugiados indígenas venezuelanos.<sup>45</sup>

Na visão de Harari, é preciso “proteger todas as pessoas em todos os países”, tendo em vista que há centenas de milhões de pessoas ao redor do mundo:

[...] sem acesso aos serviços mais básicos de saúde. Isso representa um risco para todos nós. Estamos acostumados a pensar nesse tema em termos nacionais, no enquanto oferecer assistência médica a iranianos e chineses também ajuda a proteger israelenses e americanos contra epidemias. Essa simples verdade deveria ser óbvia para todos, mas, infelizmente, ela escapa até mesmo a algumas das pessoas mais influentes do mundo.<sup>46</sup>

Neste sentido, o autor israelense afirma que o “verdadeiro antídoto para epidemias não é a segregação, mas a cooperação”.<sup>47</sup> Entretanto, a xenofobia, isolacionismo e desconfiança “agora caracterizam a maior parte do sistema internacional”.<sup>48</sup> Sem confiança e solidariedade globais, Harari alerta que “não seremos capazes de parar a epidemia de coronavírus, e é provável que enfrentemos mais epidemias desse tipo no futuro”.<sup>49</sup> Todavia, na visão do autor, “toda a crise também é uma oportunidade. Com sorte, a presente epidemia ajudará a humanidade a perceber o grave risco imposto pela desunião global”.<sup>50</sup>

Diante do exposto, cabe lembrar que desde o início da pandemia, o Alto Comissariado tem apoiado as autoridades locais e nacionais nos esforços de prevenção e resposta. A agência está ampliando seu apoio para ajudar a mitigar a ameaça do vírus entre refugiados, migrantes e comunidades locais que os acolhem, fornecendo infraestrutura para fortalecer o sistema nacional de saúde, assistência em dinheiro, itens de higiene e informações para salvar vidas, como sessões sobre medidas preventivas.<sup>51</sup>

Dado o início do inverno, que agrava drasticamente a vulnerabilidade das populações deslocadas, o órgão especializado da ONU está oferecendo “abrigo, assistência domiciliar e de inverno”.<sup>52</sup> Conforme informações, cerca de 15.000 refugiados receberam “colchões,

44 ACNUR. *ACNUR amplia apoio a refugiados e brasileiros para frear consequências devastadoras da COVID-19*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-amplia-apoio-a-refugiados-e-brasileiros-para-frear-consequencias-devastadoras-da-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020a, s.p.

45 ACNUR. *ACNUR amplia apoio a refugiados e brasileiros para frear consequências devastadoras da COVID-19*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-amplia-apoio-a-refugiados-e-brasileiros-para-frear-consequencias-devastadoras-da-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020a, s.p.

46 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, pp.8-9.

47 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.3.

48 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.10.

49 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.10.

50 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.10.

51 ACNUR. *ACNUR amplia apoio a refugiados e brasileiros para frear consequências devastadoras da COVID-19*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-amplia-apoio-a-refugiados-e-brasileiros-para-frear-consequencias-devastadoras-da-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020a, s.p.

52 ACNUR. *ACNUR amplia apoio a refugiados e brasileiros para frear consequências devastadoras da COVID-19*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-amplia-apoio-a-refugiados-e-brasileiros-para-frear-consequencias-devastadoras-da-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020a, s.p.

redes, kits de limpeza e higiene, redes mosqueteiras, baldes, bidão, lâmpadas solares e outras formas de assistência”.<sup>53</sup> Cabe destacar que, entre os beneficiários estão “cerca de 2.300 venezuelanos indígenas, representando quase metade da população indígena venezuelana existente no país”.<sup>54</sup>

Portanto, é preciso manter em mente que, “se cuidarmos melhor das populações vulneráveis [...] cuidaremos melhor de nós mesmos, não só numa dimensão simbólica, como também de maneira prática”.<sup>55</sup> Diante do exposto, é possível afirmar que os refugiados são sim um grupo vulnerável e precisam ser cuidados e protegidos, ainda mais neste período pandêmico. Neste sentido, o próximo tópico aborda o uso da teoria do comunitarismo como uma possível resposta adequada para a proteção dos refugiados.

#### 4. A RESPOSTA DO COMUNITARISMO

Nestes tempos difíceis, não se deve esquecer daqueles que fogem de guerras e perseguições. Mais do que nunca, os refugiados precisam da solidariedade e compaixão das comunidades locais e das organizações estatais. Sob esta perspectiva, o ACNUR lembra que “nenhum país pode resolver sozinho o problema do coronavírus e nenhuma parcela de nossa sociedade pode ser desconsiderada se quisermos efetivamente enfrentar este desafio global”.<sup>56</sup> Todos possuem um papel a desempenhar na prevenção desta pandemia. Neste sentido, investiga-se do que se trata a terceira via, também conhecida como comunitarismo e como ela pode auxiliar na proteção dos refugiados, não apenas no período pandêmico, tudo isso, considerando aspectos que envolvem a promoção da dignidade da pessoa humana em prol da construção de uma boa sociedade.

Em termos gerais, João Pedro Schmidt afirma que o comunitarismo pode ser definido como um ideário que confere centralidade à comunidade (e não ao Estado ou ao mercado) e inclui um leque de formulações filosóficas, sociológicas, políticas e econômicas, cujas raízes estão nas grandes religiões (judaísmo, cristianismo, islamismo e budismo) e na filosofia grega, perpassando todo o pensamento ocidental.<sup>57</sup>

Conforme Schmidt, Alexis de Tocqueville, Charles Fourier, Piotr Kropotkin, Ferdinand Tönnies, Emanuel Mounier, John Dewey, Robert Nisbet, Martin Buber e Amitai Etzioni são alguns dos pensadores dessa corrente de pensamento, que tem diversas matrizes: a tradição aristotélica, a tradição judaico-cristã, a tradição utópica, o liberalismo, o ideário socialista e anarquista, os estudos sociológicos sobre comunidade, o pensamento autoritário, o republicanismo e as teorias do capital social e o comunitarismo responsivo.<sup>58</sup>

No variado leque dessas teorias, Schmidt afirma que um princípio é recorrente: a comunidade é fundamental para a construção da boa sociedade. Além desse princípio, pode-se identificar um núcleo de ideias, noções e temas comuns aos diferentes autores

53 ACNUR. *ACNUR amplia apoio a refugiados e brasileiros para frear consequências devastadoras da COVID-19*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-amplia-apoio-a-refugiados-e-brasileiros-para-frear-consequencias-devastadoras-da-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020a, s.p.

54 ACNUR. *ACNUR amplia apoio a refugiados e brasileiros para frear consequências devastadoras da COVID-19*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-amplia-apoio-a-refugiados-e-brasileiros-para-frear-consequencias-devastadoras-da-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020a, s.p.

55 SCHWARCZ, Lília Moritz. *Quando acaba o século XX*. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, p.9.

56 ACNUR. *Coronavírus (COVID-19): O que saber e como ajudar*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/coronavirus-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020b, s.p.

57 SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. *Ciências Sociais Unisinos*, São Leopoldo, v. 47, n. 3, pp. 300-13, set./dez, 2011, s.p.

58 SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. *Ciências Sociais Unisinos*, São Leopoldo, v. 47, n. 3, pp. 300-13, set./dez, 2011, s.p.



comunitaristas, a saber: a comunidade é condição ontológica do ser humano; oposição ao individualismo e ao coletivismo; oposição ao gigantismo estatal; primazia dos valores pessoais sobre os valores do mercado; subsidiariedade, poder local, associativismo e autogestão; fraternidade, igualdade e liberdade.<sup>59</sup>

Neste contexto, analisa-se os ideais propostos no livro “A Terceira Via para a Boa Sociedade”, do sociólogo germano-estadunidense-israelense Amitai Etzioni<sup>60</sup>. A obra foi publicada originalmente em 2000, com o título “*The third way to a good Society*”. O presente estudo utilizou-se da versão em português, traduzida por João Pedro Schmidt e publicada em 2019 pela editora EDUNISC. A obra é uma espécie de síntese da teoria de Etzioni e diz muito do pensamento comunitarista responsivo do autor. Amitai centrou sua mensagem na necessidade de revalorização da comunidade como a tarefa central à renovação do *Welfare State*.

Em linguagem acessível, o livro apresenta os principais conceitos e postulados que singularizam essa linha de pensamento de Etzioni, ou seja: a boa sociedade, baseada nas relações Eu-Nós; o equilíbrio entre direitos individuais e responsabilidades sociais; a terceira via como o caminho para a boa sociedade; a comunidade, elemento fundamental da boa sociedade, que tem importante papel social e político nas sociedades democráticas; a centralidade da cooperação; a complementaridade entre Estado, comunidade e mercado; os diálogos morais como meios para resolução de conflitos culturais; a perspectiva universalista do comunitarismo.

Nesta senda, o autor entende que uma sociedade é aquela em que as pessoas tratam umas às outras como: fins em si mesmas, e não meramente como instrumentos; como totalidades pessoais, e não como fragmentos; como membros de uma comunidade, unidos por laços de afeto e compromisso, e não apenas como empregados, comerciantes, consumidores ou até como cidadãos.<sup>61</sup>

Para Etzioni, a boa sociedade é um ideal, afirmando que “pode ser que nunca cheguemos a alcançá-lo, mas ele orienta nossos esforços, e medimos nosso progresso com referência a ele.”<sup>62</sup> Quanto à sua origem, Etzioni lembra que a Terceira Via não é “americana, britânica ou propriedade de qualquer nação, região ou cultura”.<sup>63</sup> Entre suas numerosas raízes estão o “Antigo e o Novo Testamento; os ensinamentos dos gregos antigos; as concepções asiáticas, muçulmanas e judaicas de harmonia e responsabilidade pelos outros, e não apenas por si; o pensamento fabiano; o pensamento social católico; e outras mais.”<sup>64</sup> O autor lembra que, em épocas passadas e mesmo em algumas sociedades livres contemporâneas, as comunidades “têm oprimido indivíduos e minorias”.<sup>65</sup> Conforme Etzioni, é papel do Estado proteger os “direitos de todos os membros em todas as comunidades, assim como os das pessoas que, sem pertencer a elas, se encontram em seu âmbito.”<sup>66</sup>

59 SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. *Ciências Sociais Unisinos*, São Leopoldo, v. 47, n. 3, pp. 300-13, set./dez, 2011, s.p.

60 Amitai Etzioni nasceu na Alemanha, em 1929, com o nome de Werner Falk. Em face da ameaça nazista sua família fugiu para a Palestina. Lá, viveu sua adolescência e juventude, parte dela em kibbutz, uma experiência comunitária que o marcou profundamente. Ainda em Israel estudou com o filósofo Martin Buber, optando depois por viver nos Estados Unidos, onde estudou, tornando-se mais tarde professor nas universidades de Colúmbia, Harvard e George Washington. Intelectual público, foi inicialmente uma voz de contestação, assumindo posteriormente posições politicamente moderadas que o levaram a atuar como assessor da Casa Branca no governo de Bill Clinton. (SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: Da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. Lua Nova, São Paulo, n.93, p.93-138, 2014, p.95).

61 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 13.

62 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, pp. 14-5.

63 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 15.

64 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 15.

65 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 30.

66 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 30.

No núcleo da Terceira Via, consoante o autor, deve estar o reconhecimento de que a boa sociedade combina “o respeito pelos direitos individuais e a satisfação das necessidades humanas básicas com a expectativa de que os membros cumpram suas responsabilidades para com eles mesmos, suas famílias e amigos e com a comunidade em geral.”<sup>67</sup> Etzioni segue afirmando que uma boa sociedade não “nega a nenhuma pessoa os seus direitos básicos, mesmo que ela não cumpra suas responsabilidades, assim como não exime de responsabilidade aqueles cujos direitos não foram plenamente honrados.”<sup>68</sup> A responsabilidade de todos deve ser “acompanhada da responsabilidade para com todos.”<sup>69</sup>

Para o autor, as comunidades podem desempenhar um papel especialmente importante para garantir que todos sejam “incluídos e tratados com todo o respeito que lhes é devido em razão de sua humanidade, tratados como um fim em si mesmo”.<sup>70</sup> Ao tratar as pessoas como fins, as sociedades da Terceira Via devem “reconhecer que existem certos bens básicos que são devidos a todos. Esses bens básicos incluem comida, abrigo, roupas e cuidados de saúde.”<sup>71</sup>

Na concepção de Etzioni, a boa sociedade consiste em uma parceria de três setores – governo, setor privado e comunidade, sendo que cada setor reflete e serve uma faceta distinta de nossa condição humana. Somente com a contribuição dos três elementos, ao invés de fragmentá-los ou colocar uns contra os outros, podemos alcançar uma sociedade que considere a pessoa como um todo, essencial para que todos sejam tratados como fins em si.<sup>72</sup>

Nesta senda, cabe destacar que a visão da sociedade como uma comunidade de comunidades alude a comunidades geográficas, raciais e étnicas. Uma boa sociedade, consoante o autor, “prospera a partir de uma diversidade de culturas que enriquece a vida das pessoas através das artes, da música, da dança, do convívio social, da culinária, etc.”<sup>73</sup> Por fim, o autor ainda destaca que a “diversidade não deve se tornar o oposto da unidade, mas deve existir na unidade.”<sup>74</sup>

Diante do exposto, é possível afirmar que a teoria do comunitarismo promovida pelo sociólogo Amitai Etzioni, pode ser utilizada como uma teoria de base na proteção dos refugiados, tanto em tempos pandêmicos, como não, tendo em vista que, conforme leciona o autor, as pessoas devem tratar umas às outras como fins em si mesmas, considerando que todos fazem parte da comunidade humana e devem juntos, buscar a construção de uma boa sociedade.

Por fim, é importante lembrar que a COVID-19 não tem fronteiras e todos os seres humanos estão em risco. Portanto, ninguém deve ser discriminado, negligenciado ou criminalizado. Nacionais, estrangeiros ou refugiados, todos têm direito igualmente à saúde e devem ser incluídos nos esforços de contenção da pandemia provocada pelo novo coronavírus.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste exato momento, milhões de pessoas estão se deslocando de forma forçada pelo mundo. São movidas por conflitos armados, catástrofes ambientais, pobreza e guerras, dentre outros fatores. Em busca de proteção e de um recomeço, elas foram surpreendidas pela pandemia provocada pela COVID-19, uma doença que possui impactos não apenas na área

67 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 31.

68 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 32.

69 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 33.

70 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 33.

71 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 33.

72 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 43.

73 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 53.

74 ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019, p. 53.



da saúde, mas também na economia, política, educação, trabalho, entre tantos outros setores.

Em momentos como esse, a tendência inicial é desesperar-se e isolar-se. Todavia, não se pode esquecer daqueles que acabam sendo mais afetados por esse invasor invisível. Moradores de rua, comunidades indígenas, idosos ou pessoas com alguma comorbidade. Todos precisam ser tratados com respeito e dignidade. Isso inclui os refugiados. Os “Outros” importam.

Neste sentido, a teoria do comunitarismo de Amitai Etzioni apresenta-se como uma resposta adequada na proteção dos grupos de refugiados atingidos na pandemia da COVID-19, tendo em vista que, os indivíduos devem tratar uns aos outros como fins em si mesmos, considerando que todos fazem parte da comunidade humana e devem juntos, buscar a construção de uma boa sociedade. Uma sociedade mais humana e mais fraterna.

Os refugiados são, portanto, titulares de direitos humanos que precisam ser respeitados em todo momento, circunstância e lugar, inclusive durante a pandemia. Desse modo, é preciso considerar, almejar e proteger os direitos humanos das pessoas em condição de refúgio, podendo esta proteção ser alcançada por meio da aplicação da teoria do comunitarismo de Amitai Etzioni.

## REFERÊNCIAS

ABRASCO. *Mistanásia hoje: pensando as desigualdades sociais e a pandemia Covid-19*. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/mistanasia-hoje-pensando-as-desigu-aldades-sociais-e-a-pandemia-covid-19-artigo-de-roberta-santos-andreia-gomes-luciana-narcsi-so-fermin-schramm-luciana-brito-marisa-palacios-rodrigo-siqueira-ba/49322/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

ACNUR. *ACNUR amplia apoio a refugiados e brasileiros para frear consequências devastadoras da COVID-19*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-amplia-apoio-a-refugiados-e-brasileiros-para-frear-consequencias-devastadoras-da-covid-19/>>. Acesso em: 30 jul. 2020a.

ACNUR. *Relatório global do ACNUR revela deslocamento forçado de 1% da humanidade*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/06/18/relatorio-global-do-acnur-revela-deslocamento-forcado-de-1-da-humanidade/>> Acesso em: 20 jul. 2020b.

BARRETO JR., Irineu Francisco; PRADO, Verônica Ferreira do; SILVA, Marcos Antonio. Análise da condição jurídica e social dos refugiados no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 34, n. 1 -24, jan./jun., 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução por: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2017.

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade* [recurso eletrônico]; Tradução: João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019.

GABATZ, Celso. *A reflexão crítica e científica em tempos de pandemia: Contribuições para ampliar o debate nos dias*. Disponível em: <<http://celsogabatz.blogspot.com/2020/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

GAZZONI, Marina. *Os ‘falidos’ do coronavírus: veja as empresas que quebraram na pandemia*. Disponível em: <<https://www.seudinheiro.com/2020/empresas/os-falidos-do-coronavirus-veja-as-empresas-que-quebraram-na-pandemia/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade*. Publicado originalmente no site da revista Time, em 15 de março de 2020. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. *Como o Covid-19 afeta imigrantes e refugiados no Brasil*. Disponível em: <<https://www.migramundo.com/como-o-covid-19-afeta-imigrantes-e-refugiados-no-brasil/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

MSF. *Dia Mundial do Refugiado: pessoas em movimento e COVID-19*. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dia-mundial-do-refugiado-pessoas-em-movimento-e-covid-19>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

OIM. *Glossário sobre Migração*. 2009. Disponível em: <[http://www.participa.br/articles/public/0006/5033/OIM\\_Gloss%C3%A1rio\\_sobre\\_Migra%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0006/5033/OIM_Gloss%C3%A1rio_sobre_Migra%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2020.

ONU. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dosRefugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dosRefugiados.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ONU. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <[http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967)>. Acesso em 25 jul. 2020.

OPAS. *Folha informativa – COVID-19*. Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)>. Acesso em: 30 jul. 2020.

OXFAM. *Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do coronavírus?* Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

PORCIDES, Daniel. *Quais as empresas que mais lucraram na pandemia do COVID-19 até o momento?* Disponível em: <<https://blog.aaainovacao.com.br/empresas-mais-lucrativas-pandemia/>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Quando acaba o século XX*. (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle.

SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: Da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. *Lua Nova*, São Paulo, n.93, p.93-138, 2014.

SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. *Ciências Sociais Unisinos*, São Leopoldo, v. 47, n. 3, pp. 300-13, set./dez, 2011.

SCOTTINI, Alfredo. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Alfredo Scottini (compilado) – Blumenau, SC: Todo livro Editora, 2009.

---

**Recebido em:** 18.09.2020

**Aprovado em:** 16.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

PATZ, Stéfani Reimann; PIAIA, Thami Covatti. Os refugiados na pandemia: um olhar humanista a partir do comunitarismo de Amitai Etzioni. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.62-75, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR42-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# SAÚDE PÚBLICA EM TEMPOS DE COVID-19 E RESPONSABILIDADE POLÍTICA

## PUBLIC HEALTH IN TIMES OF COVID-19 AND POLITICAL RESPONSIBILITY

André Del Negri<sup>1</sup>

**RESUMO:** Elaborado em perspectiva interdisciplinar, o artigo propõe uma reflexão sobre o asseguramento dos direitos fundamentais durante a pandemia de Covid-19 no Brasil. O objetivo deste trabalho é apresentar os resultados de uma investigação sobre o atuar da administração governativa federal para impedir a expansão do coronavírus. Coloca-se em questionamento a atuação do agente do Executivo que, por dever funcional, precisa garantir o binômio vida e saúde da população. A análise foi realizada no período de março a agosto de 2020. Do ponto de vista metodológico, trata-se de um estudo do tipo exploratório e descritivo, com abordagem qualitativa e revisão bibliográfica. Ao final, busca-se concluir que, na base de decisão, o presidente da República não tem liberdade jurídica, muito menos pode agir com a vontade própria (ao gosto), em desprezo às recomendações da ciência e tratados internacionais, porque atos decisórios precisam respeitar a integridade e coerência do Direito como um todo.

**Palavras-chave:** covid-19; direito à saúde; decisão política; direito à vida; discricionariedade.

**ABSTRACT:** Prepared in an interdisciplinary perspective, the article proposes a reflection on the effectiveness of fundamental rights during the Covid-19 pandemic in Brazil. The aim of this paper is to present the results of an investigation into the role of the federal government administration to prevent the expansion of the coronavirus. The performance of the Executive's agent is questioned, which, as a functional duty, needs to guarantee the binomial life and health of the population. The analysis was carried out from March to August 2020. From a methodological point of view, it is an exploratory and descriptive study, with a qualitative approach and bibliographic review. In the end, we seek to conclude that, on the basis of decision, the President of the Republic does not have legal freedom, much less can he act with his own will (at will), in disregard of science recommendations and international treaties, because decision-making acts need respect the integrity and coherence of law as a whole.

**Keywords:** covid-19; right to Health; political decision; straight to life; discretion.

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor pela PUC Minas. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Coordenador do NEP-DC (Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Democracia e Constituição).

## 1 INTRODUÇÃO

Qual o efeito da pandemia de Covid-19 sobre o Direito? Na pior crise sanitária da história brasileira, a influência que o coronavírus teve sobre todos os campos jurídico e político não pode ser minimizada, haja vista que repercussões estalaram aqui e ali, do direito público ao privado, do executivo federal ao municipal, conforme se viu.

No campo do Direito, houve uma profusão de temas de uma ponta a outra, indo desde a revisão do valor do aluguel, aos institutos de guarda e visita diante da pandemia. E não só. A severa dificuldade econômica do país foi posta à prova nos debates sobre orçamentos para enfrentar a crise.

A pandemia de COVID-19 também levantou a questão sobre os tratamentos médicos durante o período de carência de plano de saúde. E, claro!, para desespero geral, abriu-se um imenso problema nas questões trabalhistas. Cabe lembrar, que se viu um impacto também no campo da justiça eleitoral, tendo em conta a alteração do calendário eleitoral, prorrogado pela Emenda Constitucional 107/2020.

Muito bem! O horizonte do tema, como visto, é pesado. Mas atenção! Não será feito um enfrentamento de todos os itens mencionados do parágrafo anterior. Tal bloco temático serviu apenas como exemplo. O texto fará outro percurso. Que se note: o recorte temporal será o período de março a agosto de 2020.

O artigo, com traço crítico-reflexivo quanto aos aspectos constitucionais, compõe-se de quatro seções. A primeira (tópico 1), enfrenta a dúvida se o mundo pós-pandemia será diferente. A segunda seção (tópicos 2, 3 e 4), é então direcionada, especificamente, para as decisões políticas em menosprezo pela quarentena, o que propicia analisar o papel da Administração Pública no cumprimento dos direitos fundamentais de saúde e vida, eixo temático da investigação, que expõe o arbítrio dos agentes do Executivo. Para tal, foram necessárias incursões em questões urbanas, estas a partir da obra do geógrafo Milton Santos. Também o texto faz uma análise sobre biopolítica em tempos de Covid-19, passando por Michel Foucault e Giorgio Agamben.

O resultado buscado pelo escrito é o de contribuir para a reflexão acadêmica acerca dos problemas que foram encontrados no país, na pior crise sanitária da história brasileira.

## 2 MUNDO PÓS-PANDEMIA – O QUE ACONTECERÁ?

Em dezembro de 2019, na província chinesa de Wuhan, registraram-se os primeiros sintomas de uma doença infecciosa cuja denominação – Covid-19 – logo viria a ser a palavra mais pronunciada em todo o planeta, porque em pouco mais de três mês a enfermidade viral se estendeu por todos os continentes.

E aqui no Brasil? O coronavírus entrou no país por voos internacionais a partir do mês de fevereiro de 2020. Em cinco meses, o Brasil atingiu a marca de 100 mil mortos pelo vírus.<sup>2</sup> Até o encerramento deste escrito, no mês de agosto (31), o Brasil tinha registrado 121.515 vítimas da Covid-19, num universo em que a doença já tinha infectado 3.910.901 pessoas. O mundo somava mais de 17 milhões de pessoas infectadas e mais de 844.312 óbito confirmadas por Covid-19.<sup>3</sup> Nesse interregno de tempo, os países com mais contaminados foram EUA, Brasil, Índia e África do Sul.

---

2 Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/> Acesso em: 31 jul. 2020.

3 Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/coronavirus/numeros/>. Acesso em: 01. ago. 2020.

Há quem diga que quando tudo passar, o mundo não será o mesmo. Os dias de dificuldades passarão. Como passarão também os dias de solidão. Os mais otimistas esperam um mundo mais propenso à solidariedade, olhar que aguarda também o surgimento de boas surpresas na literatura, na música...

Paremos um instante. Fazer um comentário a respeito do mundo pós-Covid-19, será em tom de dúvida. Não quero dizer que mudanças não serão possíveis. Longe disso. É claro que ocorrerão mudanças. Quero avisar que talvez a correção de erros demore um pouco mais.

Afinal, o Estado de bem-estar social, na Europa, nasceu no pós-Segunda Guerra, mas depois de exaustivas lutas políticas para estimular o desenvolvimento nas áreas da saúde, educação e previdência social, melhoria do padrão de vida que ocorreu entre 1945-1975.

Numa visão global, a “gripe espanhola”, em fins de 1918, matou cerca de 50 milhões de pessoas. Dos que caíram mortos, alguns famosos, como Sophie, filha do Dr. Freud, tal como o sociólogo alemão Max Weber. O quadro horrendo de óbitos, a rigor, deveria ter desencadeado uma educação humanitária. Não foi o que aconteceu. Andamos em círculos e veio a Segunda Guerra com seus 45 milhões de mortos.

Passemos ao Brasil. Aqui, de entrada, já cabe dizer que falar numa volta à “normalidade”, é falar numa uma volta à livre exploração do meio ambiente e das pessoas. É que se a “normalidade” é marcada por individualismos e atropelos às reservas nacionais, indígenas, igualdade de gênero, de raça, voltar a esse “normal” já é um retrocesso.

E as dificuldades são imensas. Pense nos que, por pedantismo, desprezaram o confinamento, como foi o caso dos que participaram das carreatas pró-Bolsonaro e contra quarentena. O que se viu foram empresários reunidos em grupos de encontro pelas avenidas das mais diversas cidades brasileiras. De seus carros eles regiam a malta contra as medidas de isolamento social. A cena foi uma paulada nos intrépidos profissionais da saúde que arriscaram suas vidas cotidianamente no combate ao coronavírus.

Perguntar por que os empresários não saíam de seus carros, é tocar na “ferida narcísica”. A causa pode ser reveladora. Olhemos de mais perto a sintomatologia. Para eles, se os funcionários ficarem com o vírus dentro de um ônibus lotado, é algo indiferente. O fato de que o vírus pode levar a milhares de mortes pelo país não lhes diz nada. O principal exemplo disso foi a fala do empresário Junior Durski, da rede Madero, que “o Brasil não pode parar por conta de 5.000 pessoas ou 7.000 pessoas que vão morrer”.<sup>4</sup>

O que “não pode parar” são os lucros, ou a ideia de que não se pode levar à falência a economia deles, os patrimonializados. Esse é o ponto. Para eles a preocupação com o bem-estar e a saúde dos trabalhadores das camadas mais pobres da sociedade é algo desimportante.

A quarentena foi um meio de salvar vidas e preservar a infraestrutura de um sistema público de saúde instável. É por isso que acompanhamos com muita preocupação o caso de São Paulo, que começou o trabalho de isolamento social próximo dos 70%, mas depois diminuiu para 47%,<sup>5</sup> queda que aconteceu no exato momento em que a capital concentrava 75% dos óbitos, com o país rumo ao ápice da disseminação do vírus.

Para se ter ideia da hecatombe, imaginemos o seguinte cenário: se o vírus provoca sintomas leves em 80% a 90% das pessoas, e 4% dos contaminados terminam precisando de cuidados intensos, ocorre que esses 4% numa cidade de 10 milhões de habitantes,

---

4 Informação coletada no site de notícias Uol, com o seguinte título: “Empresários criticam medidas de combate à pandemia”. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/24/empresarios-coronavirus-o-que-dizem-criticas.htm?cmpid>. Acesso em 24 mar. 2020.

5 Jornal O Sul. “Isolamento social cai para 47% em São Paulo; ideal é 70%”. Disponível em: <https://www.osul.com.br/isolamento-social-cai-para-47-em-sao-paulo-ideal-e-70/>. Acesso em: 10 abr. 2020.



transformam-se em 400 mil pessoas que teriam que imediatamente entrar na UTI, sendo que não há leitos disponíveis.

Enquanto isso, o presidente Jair Bolsonaro desprezou as orientações da OMS, agência especializada em saúde, com sede em Genebra, na Suíça, que consegue reunir os principais pesquisadores do mundo. O mandatário insistiu em retomar a atividade econômica no soco!

Em julho, quando os casos de mortes batiam o patamar de cerca de mil mortes por dia, o presidente Jair Bolsonaro, acreditem!, chegou a vetar parte de lei aprovada pelo Congresso Nacional (Lei n. 14.019/2020), legislação que impunha o uso de máscaras em todo o país durante a pandemia.

Muitos perguntaram: “Mas que fundamento o presidente apresentou? Como explicar?”. Bem, é difícil explicar um veto como esse, em que máscaras para proteger a população do novo coronavírus ficariam dispensáveis em área de acesso público.

As justificativas na mensagem de veto são dispersas, desconjuntadas. O chefe de Estado justificou que o texto aprovado pelo Congresso poderia ensejar violação de domicílio. É impressionante! Para o presidente da República o uso de máscaras não deveria ser obrigatório em alguns locais fechados com reunião de pessoas, igrejas e comércios *e.g.*, pois isso incorreria em possível violação de domicílio por envolver conceito abrangente de locais não abertos ao público. Aliás, nas razões de veto, nem mesmo nas superlotadas prisões brasileiras as máscaras seriam obrigatórias.

O veto – no ponto de vista desta pesquisa – foi descarado e vergonhoso. Mas uma vez, o presidente primeiro decidiu, e, depois, apenas arrumou um jeito de motivar aquilo que já escolheu, fazendo parecer legalidade, a julgar das amarrações de argumentos frouxos e uma revisão da “violação de domicílio” – ao sabor –, que ignora o tempo, os fatos e a história.

Se se levar em consideração um pronunciamento presidencial anterior, de 3 meses antes do comentado veto, vê-se que Bolsonaro dizia que o vírus estava “começando a ir embora”.<sup>6</sup> Que se note: em abril o país apresentava a maior curva ascendente no mundo. Desta forma, a fala presidencial apoiava-se em mero palpite, achismo ou intuição, nada de argumento científico.

Note-se, que o presidente assim agindo, demonstrou ser prisioneiro das suas “achações” ou opiniões no formato “creio que...”. O epistemólogo austríaco Karl Popper chamaria isso de “O mito do contexto”.<sup>7</sup> Ou seja: há pessoas que vivem no cativeiro de seus próprios “contextos” ou credos.

Acontece que o mandatário praticou na pandemia um presidencialismo de convicções. Ciência? Ora, não! Trata-se de um anti-intelectual criticado mundo afora por jornais, a exemplo do “New York Times”.<sup>8</sup>

No período de pandemia foi nítido o desprezo de Bolsonaro por orientações científicas. Suas falas foram de sensos (verdades), sempre com uma carga de trivialidade alienante.

Foi mesmo lamentável ver autoridades condutoras do Estado atuando de forma irresponsável, levando o país à decadência do debate público, com estultices e gritarias políticas.

As falas que saíram do Alvorada foram de “desintegração social”, pois totalmente desprovidas de conteúdo. Os discursos do presidente da República desinformaram multidões,

6 Cf. Jornal *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/em-live-com-religiosos-bolsonaro-vai-na-contramao-de-especialistas-e-diz-que-virus-esta-indo-embora.shtml>. Acesso em: 03 jul. 2020.

7 POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Lisboa: Edições 70, 1986.

8 Disponível em: <https://www.brasil247.com/midia/ny-times-jair-bolsonaro-coloca-a-saude-dos-brasileiros-e-a-democracia-em-risco>. Acesso em 30 jun. 2020.

sob cumplicidade da equipe ministerial, que faz render os degraus dessa escadaria sem fim para as zonas de trevas, cena que se desenrolou diante dos braços cruzados do procurador-geral da República, que pareceu ter os olhos de estátua: cegos.

### 3 GEOGRAFIA HUMANA EM TEMPOS DE COVID-19

Ano de 1994, França. Época em que o geógrafo Milton Santos foi laureado com o Prêmio Internacional de Geografia Vautrin Lud – espécie de Nobel dessa ciência. Milton foi professor emérito da Universidade de São Paulo, USP, e se dedicou aos estudos de urbanização do Terceiro Mundo. Sua produção acadêmica não permitia modéstia, pois chegou a marca de 40 livros, com 13 títulos de doutor *honoris causa*, mundo afora. No período da ditadura brasileira, pagou o preço pela inteligência rara, pela originalidade de seu pensamento e independência intelectual.

Quem transita pelo centro de uma metrópole brasileira entende porque o geógrafo é uma sólida referência no (re)pensar o conceito de território e espaço. Milton Santos introduziu importantes discussões na geografia, voltadas ao aspecto humano e a questões urbanas.

Alertou-nos, em sua teoria espacial, sobre a tecnificação do território e a organização do espaço.<sup>9</sup> Se em geografia o conceito de território leva em conta seu uso, para além da base física, também existem expedientes impostos pelo homem (modernização tecnológica), o que permite analisar a cidade não como um todo maciço, mas sim um organismo cindido em dois circuitos econômicos. Esses ângulos, conjecturados por Milton Santos, possibilita analisar dois mundos em um só, sendo que o território que é desprovido do peso da tecnologia, serve principalmente à população pobre.<sup>10</sup>

Passamos ao contexto da pandemia de Covid-19, que agudizou contradições no Brasil. O coronavírus pesou em dobro sobre os brasileiros mais pobres, não só pela desaceleração da economia, mas também porque a população de baixa renda ficou mais exposta ao vírus no transporte público e em casas com muitos moradores, o que dificultou a prevenção da Covi-19. E aí as cogitações de “lockdown” voltadas a cercar bairros periféricos ou favelas com alto índice de transmissão do vírus,

Em texto intitulado “Nada disso é normal”, publicado pelo TAB – projeto editorial interativo do UOL<sup>11</sup> –, que reuniu pessoas muito variadas dentro das ciências humanas para refletir a crise da Covid-19, o cientista político Luis Felipe Miguel, da Universidade de Brasília (UnB), destacou que a pandemia agudizou as contradições do capitalismo e tornou “mais difícil ignorá-las”.

Outro escritor, o sociólogo Jessé Souza, autor de “A classe média no espelho”, apontou que “no Brasil, o grande problema é que nossa sociedade ‘naturalizou’ a desigualdade”.

Nesse deslinde, para o sociólogo Ricardo Antunes, professor titular de sociologia do trabalho da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), a questão é que a pandemia refletiu “como as classes trabalhadoras são historicamente afetadas nas periferias, nas favelas e nos bolsões de pobreza”.<sup>12</sup>

9 SANTOS, Milton. *O espaço dividido*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 20.

10 SANTOS, Milton. *Pobreza urbana*. São Paulo: Edusp, 2009, p. 45.

11 Site de notícias e mídia Uol. “O impacto do coronavírus na política”. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/04/02/o-impacto-do-coronavirus-na-politica.htm>. Acesso em: 01 jul. 2020.

12 Site de notícias e mídia Uol. “Nada disso é ‘normal’: como a Covid-19 escancara velhas anomalias do Brasil”. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/05/nada-disso-e-normal-como-a-covid-19-escancara-velhas-anomalias-do-brasil.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

Enquanto a pandemia se espalhava a passo rápido numa realidade de abissal desigualdade das condições de vida de tantos brasileiros, celebridades tentavam mostrar que eram gente comum nas redes sociais, mas só escancaravam ainda mais o contraste entre a abundância e a miséria ao redor, como mostrou artigo da *Folha de S. Paulo* – Caderno Ilustríssima.<sup>13</sup>

E como quarentena é basicamente “coisa de rico”, como se diz na linguagem comum, o que se viu foram algumas celebridades correndo para o perfil do Instagram a fim de dar dicas para sair do tédio, ora fazendo máscaras faciais, ora fazendo pipocas fitness ou ensinando a organizar o closet em um único dia (!).

E nesse cenário de contrastes entre classes altas, médias e baixas, enquanto uns cuidavam da pele e reclamavam do tédio durante a quarentena, outros milhares de trabalhadores informais angustiavam-se em busca de sobrevivência, esperando o auxílio emergencial de R\$600 do governo.

Se o mundo a que voltaremos, depois de superado o coronavírus, será o de antes, não dá para saber, muito menos se vai ser melhor. Arrisco dizer que vai piorar, infelizmente. É preciso muita luta para projetar avanços. O coronavírus no Brasil escancarou diversos problemas sociais e déficits de infraestrutura, a exemplo das condições de precariedade de espaços e territórios, fato que a geografia de Milton Santos – ainda hoje – pode nos ajudar a refletir um possível planejamento territorial no que diz respeito ao sistema de saúde.<sup>14</sup>

É que, no pós-pandemia, teremos que enfrentar a dura discussão da importância de políticas públicas e o respeito que se deve ter ao Sistema Único de Saúde (SUS), ambicioso projeto criado pela Constituição de 1988, e que dependem dele 75% dos brasileiros, aproximadamente três quartos da população, cerca de 150 milhões de pessoas, e que teve a responsabilidade de atender à imensa maioria das vítimas do vírus.

Vê-se, pois, que a necessidade de haver sociedades mais igualitárias como forma de que todos tenham comida, proteção social e saúde como direitos da população, ainda é um tema que não mais está à beira do lugar-comum.

#### **4 DECISÕES POLÍTICAS E MENOSPREZO PELA QUARENTENA**

A presente seção é dedicada a testar a resistência da hipótese de que o país teve uma política sólida no enfrentamento ao coronavírus. Essa aferição é promovida no nível federal, estadual e municipal.

A turma que pensou que os governos seriam capazes de conduzir uma agenda sólida de enfrentamento às medidas para combater o contágio de coronavírus, decepcionou-se. Para efeito de comparação, o Brasil perdeu mais profissionais de enfermagem para o coronavírus do que Itália e Espanha juntas. E a falta de equipamentos de proteção contribuíram para a alta mortalidade.<sup>15</sup>

Ao invés de reagir ao avanço da infecção, alguns governos reagiram foi contra o

13 Jornal *Folha de S. Paulo*. Caderno Ilustríssima. “Famosos querem ser gente comum na quarentena, mas só enfatizam desigualdade”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/04/famosos-querem-ser-gente-comum-na-quarentena-mas-so-enfatizam-desigualdade.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2020.

14 FARIA, Rivaldo Mauro. Território e Saúde na geografia de Milton Santos: teoria e método para o planejamento territorial do sistema único de saúde no Brasil. *Revista do Departamento de Geografia e programa de Pós-Graduação em Geografia* – UFPR, v. 38, p. 291 – 320, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/raega/article/view/43912/29757>. Acesso em: 09 abr. 2020.

15 Jornal *El País*. “Brasil já perdeu mais profissionais de enfermagem para o coronavírus do que Itália e Espanha juntas”. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-06/brasil-.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

isolamento social linear. No mês de julho, quando mortos passavam de 60 mil, algumas cidades decretavam a reabertura total do comércio, fato que congestionou UTIs.<sup>16</sup>

Ressalte-se que o STF decidiu que prefeitos e governadores teriam autonomia para lidar com a pandemia. A tanto, porém, problemas existiram. Enquanto um único cemitério de Manaus enterrava uma média de 100 mortos por dia pela Covid-19, um shopping de Blumenau, a 91 km de Florianópolis, reabria as portas.<sup>17</sup> Pois é. O episódio grotesco expôs pessoas entrando no estabelecimento ao som de um saxofonista, impulso dado pelo governador de Santa Catarina, Carlos Moisés (PSL), que permitiu a reabertura.

Todavia, dois meses depois de liberar shoppings, Blumenau pediu socorro contra Covid-19. Eis o apelo do prefeito, Mario Hildebrandt, em vídeo publicado nas redes sociais: “Por favor, nos ajudem. Cada cidadão tem uma parte importante nessa caminhada. Nos ajudem a vencer o coronavírus [...]”.<sup>18</sup> Isso porque o número de infectados cresceu 12 vezes em cerca de dois meses, passando de 81 casos para 951, conforme os dados epidemiológicos da época.

Pois bem! Algumas cidades adiantaram a reabertura do comércio, como já dito. Não deram a devida atenção para impor medidas restritivas de circulação de pessoas para conter o vírus. Embora digam – até hoje – que as decisões eram tomadas com base na ciência, na prática o achismo engolia os critérios técnico-científicos. A questão foi que as decisões eram políticas, tomadas por representantes eleitos, não por epidemiologistas.<sup>19</sup>

Se as decisões são políticas, o ponto é saber quais são os critérios. É bom notar que é fundamental conhecer o limite do poder de discricionariedade de um governante.<sup>20</sup> A propósito: existe uma carta em branco para o Executivo fazer política?

As perguntas são colocadas para debate, até mesmo em razão de afastar o mal-entendido de que o Direito vale menos do que o argumento dos políticos. É que o relaxamento da quarentena feito de forma irresponsável, sem planejamento, certamente suscitou o aumento do número de mortes.<sup>21</sup>

Para refletir sobre o assunto, cabe partir de um ponto: não dá para um governante abandonar o Direito e colocar a política acima dele. Lenio Streck já escreveu excelentes textos a respeito, sempre colocando um questionamento: “se a política corrige o Direito, o que e quem vai corrigir a política?”.<sup>22</sup>

Nunca as lentes da lei foram tão necessárias como no período da pandemia de Covid-19. Na luta estúpida no combate às medidas de restrição de circulação de pessoas, o presidente Jair Bolsonaro moveu-se para emplacar uma campanha intitulada “O Brasil não pode parar”. Mas esperem: essa campanha foi objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre que o STF acolheu o pedido de uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que tinha a pretensão jurídica de barrar a veiculação da campanha “O Brasil não pode parar”. E o fez porque entendeu que a Constituição do Brasil diz nos seus

16 Jornal *Folha de S. Paulo*. “Mortos passam de 60 mil, e reabertura congestionou UTIs”. Quinta-feira, 02 jul. 2020.

17 Disponível em: <https://phuketnews.easybranches.com/shopping/5918978>. Acesso em: 29 jun. 2020.

18 Ver vídeo intitulado “Prefeito de Blumenau, primeira cidade a reabrir shoppings, pede socorro!”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ciH023HUjtM>. Acesso em: 24 jun. 2020.

19 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

20 DEL NEGRI, André. *Discricionariedade e Autoritarismo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

21 Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>.

22 STRECK, Lenio. Professor de Harvard lança “constitucionalismo Deus acima de todos”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>. Acesso em: 23 abr. 2020.

artigos 6º e 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, eixos que devem ser garantidos mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos.

A decisão judicial alicerçou-se no entendimento de que a campanha publicitária caminhava na direção contrária às declarações da Organização Mundial de Saúde (OMS), que orientava para a importância de se manter as pessoas distantes uma das outras porque isto é tido como a maneira mais eficaz para evitar a disseminação do vírus.

Ao suspender a campanha, o ato decisório do Estado-Judiciário registrou que não era uma opção política do presidente da República deixar de seguir a orientação do distanciamento social, visto que essa opção não existe, porquanto ofenderia a Constituição.

Mas qual é, afinal, o ponto? Existe um poder totalmente discricionário? Eis a questão! A resposta é esta: não há! Como fazê-lo é questão que exige critérios objetivos. Não é uma questão de gosto. Não se pode ter qualquer opinião. No caso comentado na ADPF, o presidente da República não tinha opção. Ele precisava seguir o distanciamento social. O ato é vinculado a diretrizes constitucionais e ancorado em posturas técnicas orientadas pela OMS.

A questão primeira que precisa ser respondida, é esta: quais os porquês do isolamento social? Quais os êxitos alcançados em outros países? O que salva mais vidas? Ao fim das perguntas, fica a prognose de que não dá para enfrentar uma pandemia com base em achismos presidenciais, porque aí seria como passear sobre cadáveres empilhados.

Mais: o pronunciamento decisório administrativo só existe de forma legítima na medida em que respeite a integridade e coerência do Direito como um todo. Daí a necessidade de demarcar os limites da discricionariedade administrativa, uma vez que a decisão não pode localizar-se apenas na subjetividade individual do intérprete-administrativo (decisão *secundum conscientiam*).

Se não houver critérios objetivos, técnicos e teóricos, abertos à fiscalidade ampla, o retrocesso acontece porque o método de escolha é guiado por níveis subjetivos, com base na particular visão de mundo de um agente público, emboscada herdeira da tradição arbitrária.

Nomear o mal-estar é fundamental para o debate. À época da pandemia, fizemos votos de que nenhum governante pudesse fazer parte das estatísticas estaremcedoras de Covid-19, mas se um deles fosse infectado pelo vírus, que conseguisse ser bem atendido por um hospital público.

Para encerrar esta seção, cabe lembrar que o governo federal editou, no mês de maio, a Medida Provisória nº 966/2020 para isentar servidores de ações civis e administrativas, nos âmbitos da economia e da saúde, ligadas à Covid-19. A punição, desta forma, só era possível em caso de “erro grosseiro ou dolo”.

Pois bem! Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF), que, por nove votos a um, deu ao texto da Medida Provisória nº 966/2020 uma interpretação conforme a Constituição. Com o ato decisório, o STF definiu o que é um “erro grosseiro ou dolo”. Ou seja: é aquele ato que viola o direito da população à vida e à saúde. Mais: os ministros do STF interpretaram que a inobservância de critérios científicos e técnicos na tomada de uma decisão, ignorando-se normas das autoridades nacionais e de organismos internacionais, constituía “erro grosseiro” e “elevado grau” de negligência.

No mês de julho, o TCU (Tribunal de Contas da União) apontou que a pasta da Saúde gastou apenas 29% da verba emergencial disponibilizada para o combate ao coronavírus. Detalhe: à época, o Brasil tinha mais de 2,3 milhões de infectados e 85 mil mortos pela covid-19.

Diante de tudo, também no mês de julho, o presidente Jair Bolsonaro foi denunciado por crimes contra a humanidade e genocídio no tribunal em Haia (Holanda), iniciativa tomada por



uma coalizão de trabalhadores da saúde e entidades internacionais. Na denúncia, registrou-se que houve intenção deliberada do presidente da República em não adotar medidas que viesse impedir a expansão do coronavírus.

Outra denúncia contra o presidente Bolsonaro, também no Tribunal Penal Internacional, problematizou a política genocida do governo devido a situação dos indígenas. A pretensão jurídica foi apresentada pela Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD).

Há ainda críticas de que a política do governo federal foi corresponsável pelas mais de 100 mil mortes, pelo fato de o governo não ter mandado para os Estados os kits de UTI e os respiradores prometidos.<sup>23</sup>

## 5 BIOPOLÍTICA E PANDEMIA DE COVID-19

A ciência, por se ocupar com problemas, tem interesse em conhecer determinada realidade para fazer descrições e, no limite, formular hipóteses. Como a peste bateu à porta de todos nós em 2020, a epidemiologia ao buscar esclarecimentos rápidos sobre reações de vírus novos e sintomas em populações vulneráveis, nos deu, na medida do possível, algumas informações. O que fizemos com essas informações, porém, já é outro assunto.

À esta abertura de reflexão, as informações fornecidas pela ciência abastecem os motivos públicos, ponto que se liga aos deveres do Estado relacionados à higiene pública e prevenção de doenças, como também acode às nossas decisões, assunto que só interessa a quem, juridicamente capaz, escolhe cuidar de si e decidir a sua existência.

Ocorre que todas essas coisas juntas podem se complicar bastante quando os temas “saúde” e “vida” são capturados pelo Estado, porque aí há riscos de manipulações políticas dos corpos e das mentes, assunto que Foucault apresentou à comunidade acadêmica em meados dos anos 1970, contexto em que ele demarcou a *biopolítica* a partir de questionamentos da política em âmbito estatal e técnicas de controle sobre a vida de uma população.<sup>24</sup>

E, se já não é tão simples falar de *biopolítica*, a dificuldade aumentou em tempos de Covid-19, porque existiam paisagens políticas envenenadas por medidas de exceção na manutenção da vida e da saúde. Exemplo disso foi o monitoramento do deslocamento de cidadãos a partir de dados de seus celulares por parte de governos estaduais e o consequente aumento de decisões discricionárias.

É claro que as coisas têm de ser postas num contexto, não é mesmo? Observem que o monitoramento de deslocamento de cidadãos pelo celular levantou várias dúvidas ao longo da pandemia. Vamos convir: quais informações as companhias telefônicas repassaram aos Estados? Ou por outra: esses dados poderão ser usados em futuras campanhas eleitorais, para fins de manipulação das mentes dos governados? Quais os riscos?

É por isso que é de grande importância inteirar-se da *biopolítica*. Afinal, técnicas de controle sobre a vida de uma população é algo que levanta vários questionamentos. No que diz respeito ao assunto, Giorgio Agamben, filósofo italiano, procurou ampliar o debate a partir do conceito de “vida nua”, ou seja, uma vida desnudada de direitos, uma vida matável.<sup>25</sup> Esses eixos temáticos, em cenários de pandemia e medidas de exceção, geraram efeitos no debate.

23 Ver, para tanto, coluna no site de notícias e mídia Uol – “Assumiram risco de matar em massa por ação e omissão. E mataram. Genocídio”. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/08/10/assumiram-risco-de-matar-em-massa-por-acao-e-omissao-e-mataram-genocidio.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

24 O pensamento sobre “biopolítica” aparece no último Capítulo do tomo I de *História da Sexualidade*, cujo título é “Direito de morte e Poder sobre a vida”. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2014, p.145-174.

25 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2014.

E isso tem relação com o contexto em que os EUA também passaram, país que apresentou assombroso número de mortes no ranking mundial, fato que nos interessou como objeto de pesquisa, porque algumas notícias chegadas de lá, apontaram para instrumentalismos. Aqui, a ênfase deve pôr-se na matéria feita pelo jornal *O Estado de S. Paulo*. A reportagem destacou uma série de inquéritos que foram abertos após denúncias apontarem um suposto procedimento seletivo a respeito de como decidem quem vive e quem morre.

Por outras palavras, o modo de seleção no ápice do colapso hospitalar norte-americano, converteu-se em prioridade para pacientes sem deficiência, e, lado outro, em “abandono de pessoas com síndrome de Down, paralisia cerebral e autismo que contraíram a Covid-19”, porque, supostamente, “têm recuperação mais lenta”.<sup>26</sup>

Pausa para respirar. Isso nos dá o que pensar. E pensar o quê? Ora, uma situação em que a morte de uma pessoa seria preferível à morte de outra, é uma ocorrência de suprema brutalidade, não é mesmo? Lenio Streck já escreveu importantes textos a respeito.<sup>27</sup>

É que o Direito democrático se desgarrar do “gosto pessoal” e o que vale é a vida humana, espaço onde todas as vidas valem o mesmo, ainda que num quadro pandêmico. Se numa pandemia há distinções de “vidas”, seja pela situação econômica, seja pela “condição intelectual” (se o sujeito é deficiente ou não), essa contabilidade sinistra e definidora de quem tem ou não direito à vida, nos levaria para um eugenismo execrável.<sup>28</sup>

A história é conhecida. O nazismo eliminou idosos e deficientes. Uma volta a esse horror é seria algo vergonhoso. Para quem acha clichê a comparação, penso que tirar lições de um passado sombrio nunca é demais. Uma discussão crítica acerca desses assuntos tão importantes é absolutamente necessária para o momento pelo qual passamos, assolados pela pior ameaça de saúde pública dos últimos cem anos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O impacto da pandemia de coronavírus sobre o Brasil revelou dificuldades imensas no campo do Direito, em especial com foco no direito à vida e à saúde das pessoas. E não só. Em plena pandemia de coronavírus, viu-se inconsistências políticas. É que, no Estado Democrático de Direito, chefes do Executivo (federal, estadual e municipal), falharam no dever funcional de não colocar vidas em risco.

Nesse cenário, os resultados obtidos pela pesquisa são os seguintes:

1. O artigo refletiu a interrelação de problemas diversos, a começar pelos agentes políticos e públicos do Estado brasileiro, via discursos e atos decisórios (in)coerentes com a crise vigente;
2. A enfermidade viral – Covid-19 – acelerou processos que já estavam em curso,

26 Cf. Jornal *O Estado de São Paulo*. “Coronavírus: EUA investigam recusa de respiradores a pessoas com deficiência”. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/coronavirus-eua-investigam-recusa-de-respiradores-a-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

27 STRECK, Lenio. “Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum>. Acesso em: 02 abr. 2020. Ver ainda: STRECK, Lenio. “O segredo do (dilema) de Fátima Bernardes aplicado ao Direito”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-01/senso-incomum>. Acesso em: 02 abr. 2020.

28 Cf. Lenio Streck e Pedro Serrano. “STR Talks #01 - Lenio Streck e Pedro Serrano”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XPK1czNCNnw&feature=youtu.be&fbclid=IwAR12K9399j6h3eI-dzJSpJEbaFvKw4tw4tje8pDKughWbIAcFQ-Lx4SAMtg>. Acesso em: 16 abr. 2020.

como, por exemplo, o aumento da desigualdade social;

3. Na largada da pandemia, governos estaduais e municipais falharam em medidas restritivas de circulação de pessoas para conter o vírus;

4. O relaxamento de medidas restritivas de circulação de pessoas para conter o vírus fez o quadro se deteriorar. As edições de decretos, em alguns estados e municípios, para a reabertura total do comércio foi um gatilho político que suscitou críticas;

5. O Brasil perdeu mais profissionais de enfermagem para o coronavírus do que Itália e Espanha juntas. A falta de equipamentos de proteção contribuíram para a alta mortalidade desses profissionais da saúde;

6. O presidente da República Jair Bolsonaro minimizou os riscos da doença, e, em certa medida, incentivou um boicote ao isolamento, deixando o país sem ministro da Saúde nos meses de quarentena (mais de 87 dias, até o encerramento desta pesquisa);

7. O Brasil foi atropelado pela doença infecciosa – Covid 19 – num contexto em que a extrema-direita estava em ascensão na função do Executivo federal;

8. O presidente Bolsonaro apostou na flexibilidade num momento que nem ao menos o país tinha chegado a ver uma queda, seja de casos, seja de óbito. Seguiu indiferente à tragédia e sempre quis convencer seus seguidores que os mortos pela Covid-19, que se contam à centena de milhares, era culpa de todos, menos de seu governo;

9. Discricionariedade política não é sinônimo de agir com a vontade do administrador público. O ato decisório de Estado deve existir na medida em que respeite a integridade e coerência do Direito como um todo;

10. Tem-se o resultado de um país que conseguiu apresentar uma das piores conduções mundiais do combate à pandemia de Covid-19.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2014.

DEL NEGRI, André. *Discricionariedade e Autoritarismo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FARIA, Rivaldo Mauro. Território e Saúde na geografia de Milton Santos: teoria e método para o planejamento territorial do sistema único de saúde no Brasil. *Revista do Departamento de Geografia e programa de Pós-Graduação em Geografia – UFPR*, v.38, p.291-320, dez.2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/raega/article/view/43912/29757>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2014.

POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Lisboa: Edições 70, 1986.

SANTOS, Milton. *O espaço dividido*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

SANTOS, Milton. *Pobreza urbana*. São Paulo: Edusp, 2009.

STRECK, Lenio. “Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum>. Acesso 02 abr. 2020. Ver ainda: STRECK, Lenio. “O segredo do (dilema) de Fátima Bernardes aplicado ao Direito”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-01/senso-incomum>. Acesso em: 02 abr. 2020.

STRECK, Lenio. Professor de Harvard lança “constitucionalismo Deus acima de todos”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>. Acesso em: 23 abr. 2020.

---

**Recebido em:** 10/09/2020

**Aprovado em:** 10/12/2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

NEGRI, André Del. Saúde pública em tempos de covid-19 e responsabilidade política. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.76-87, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR42-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NO DIREITO E NO ESTADO

## THE IMPACT OF CORONAVIRUS ON THE LAW AND THE STATE

José Luiz Quadros de Magalhães<sup>1</sup>

**RESUMO:** Vivemos um momento de transformações radicais. O mundo que conhecemos não tem como permanecer. O aquecimento global fruto das mudanças climáticas não permite que continuemos com o ritmo de crescimento econômico e exploração de recursos naturais. A pandemia é decorrente da destruição da natureza, com a destruição de habitats de diversos animais selvagens e os vírus que este podem carregar. O uso da Inteligência artificial dentro da racionalidade moderna ainda vigente só fará agravar a crise. Os estados modernos, nos seus formatos liberal, socialista e social, não foram capazes de responder aos desafios contemporâneos. A aposta neoliberal provou-se incapaz de construir um sistema social, político e econômico que incluísse a todos e resolvesse o problema da miséria e da destruição do meio-ambiente. Ao contrário, agravou os problemas. Logo é necessário construir, imediatamente um outro mundo, plural, democrático e em integração com a natureza.

**Palavras-chave:** crise ambiental; pluralismo; modernidade.

**ABSTRACT:** We are living in a moment of radical transformations. The world we know has no way of staying. Global warming as a result of climate change does not allow us to continue with the pace of economic growth and the exploitation of natural resources. The pandemic is due to the destruction of nature, with the destruction of habitats of several wild animals and the viruses that it can carry. The use of artificial intelligence within modern rationality still in force will only aggravate the crisis. Modern states, in their liberal, socialist and social formats, have not been able to respond to contemporary challenges. The neoliberal bet proved to be incapable of building a social, political and economic system that would include everyone and solve the problem of misery and destruction of the environment. On the contrary, it aggravated the problems. Soon it is necessary to build, immediately, another world, plural, democratic and in integration with nature.

**Keywords:** environmental crisis; pluralism; modernity.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Minas Gerais. Presidente Internacional da Rede para um constitucionalismo democrático latino-americano.



## 1 INTRODUÇÃO

Vivemos um momento de transição de extrema radicalidade. O sistema mundo moderno chega ao seu fim. Não por causa de uma revolução, uma ruptura política, mas pelo seu esgotamento e pelas consequências destrutivas de seu projeto desenvolvimentista, competitivo e individualista. A modernidade construiu uma racionalidade própria, fundada em determinadas compreensões, crenças e justificativas. Podemos ressaltar como característica desta sistema mundo, construído a partir de uma referência histórica simbólica, o ano de 1492<sup>2</sup>, as seguintes ideias: a) uma lógica binária subalterna, um mundo simplificado, hegemônico, branco e masculino, onde tudo que não se enquadra no masculino branco e europeu é considerado inferior; b) um processo de uniformização dos nacionais, como pressuposto necessário para viabilizar o poder do estado moderno centralizado, altamente hierarquizado, territorial e soberano; c) a imposição de uma visão da história linear, sustentada por filósofos modernos da importância de Hegel, defendendo que as diversas civilizações estariam em graus distintos de evolução, transformando assim, o outro, não branco e europeu em inferior, que logo, deve ser civilizado e padronizado seguindo o modelo do colonizador; d) a transformação da filosofia e do direito europeu em padrão universal, o falso universalismo europeu; e) a invenção do indivíduo, racional (inicialmente o homem branco europeu) separado da natureza: Descartes sustentou que corpo e razão (espírito, alma) são separados, abrindo espaço para todas as violências contra o outro inferior, aquele selvagem, que não tem alma, não tem razão, os corpos sem alma, das mulheres, dos não brancos, dos não masculinos; f) e, finalmente, a transformação da natureza em recurso a ser permanente explorado pelo homem.

Esse sistema mundo criou todas as condições para o seu fim, gerando um processo acelerado de expansão econômica capitalista, fundada na competição, no mito do trabalho como esforço que levará ao sucesso e acesso aos bens materiais que permitem conforto e felicidade. O crescimento rápido da produção de bens, com a revolução industrial, acelerou o crescimento das cidades, da população, das fábricas, dos conflitos sociais, das guerras, da exploração da natureza, entre outros fatores, resultando no impasse agora vivido: a pandemia em 2020 é apenas mais um efeito da exploração e destruição sistemática da natureza. O aquecimento global é um “xeque-mate” no sistema mundo colonial moderno. Entretanto, muitos ainda não perceberam que o jogo não pode continuar e continuarão insistindo em reproduzir seu mecanismo, o que irá acelerar a inviabilização de nosso modo de viver.

Acrescentamos ainda um outro fator importante que modificará completamente nossa relação com o tempo: os gigantescos e rápidos avanços na tecnologia de produção e informação, e o uso da “Inteligência Artificial”. O uso da I.A. dentro da lógica ainda fortemente hegemônica, individualista e competitiva (comportamentos sustentados na crença no desenvolvimento, crescimento e progresso como ideias e valores positivos que devem e podem ser permanente buscados), levará ao fim da sociedade como conhecemos, e logo na obsolescência do ser humano para desempenhar os trabalhos e tarefas diversas, que preenchem a vida das pessoas durante a modernidade. Miologias serão abandonas e

---

<sup>2</sup> O ano de 1492 é utilizado por Enrique Dussel, e seguido por outros autores decoloniais, como referência simbólica para o início da construção do primeiro sistema mundo, o sistema mundo colonial moderno, pois neste ano ocorreram três eventos (acontecimentos) importantes para explicar a nova era: a) o início da invasão da América (nome dado pelo invasor a essas terras); b) a expulsão dos “outros” considerados mais diferentes, árabes muçulmanos e judeus, da península ibérica; c) a primeira gramática normativa do castelhano, quando então o nascente Estado Moderno toma para seu controle a língua, a gramática, iniciando um sofisticado processo de controle de produção do saber, de controle do pensar e do comportamento de seus súditos, mais adiante transformados em cidadãos, cada vez mais controlados e formatados.

sistemas serão desmontados. Entre várias, acaba a sociedade do trabalho. O trabalho humano é cada vez menos necessário e centenas de milhões de pessoas tornaram-se absolutamente desimportantes. Seus corpos não são mais necessários nem para serem explorados. O fim do capitalismo enquanto sistema econômico, fundado na ideia construída por Marx de mais valia, vai chegando ao final, entretanto, não da maneira pela qual muitos lutaram, trabalharam e sonharam. O capitalismo enquanto um sistema fundado na “mais-valia”, chega ao final, pelo motivo de que não é mais necessária a “mais-valia” (não é mais necessária a exploração do trabalhador) para a manutenção e expansão do poder e riqueza daqueles que detêm os meios de produção, dos que detêm o poder, e agora detêm a tecnologia para satisfazer e proporcionar tudo. Em outras palavras, o que se anuncia pode ser pior, pois a desnecessidade da exploração do trabalhador não significa, na racionalidade vigente de competição e egoísmos, a sua libertação, mas sim a descartabilidade das pessoas.

É obvio que a tecnologia e a I.A. não são um mal em si. O problema é como, dentro da racionalidade individualista, egoísta e competitiva, atualmente hegemônica, serão usados esses recursos tecnológicos poderosos.

O momento de ruptura é agora, os desafios estão postos, o esgotamento do sistema mundo moderno é um fato e nossas vidas mudaram, de repente, de forma radical. A pergunta é: o que fazer?

Para pensarmos o que fazer com o que somos, sujeitos modernos, precisamos entender o que está posto. As peças e regras do antigo jogo moderno já não respondem aos desafios e necessidades. Para tudo que vamos pensar, fazer, criar e transformar, a partir de agora, precisamos levar em consideração o que está acontecendo. O que chamávamos de normalidade, antes da reclusão imposta pela pandemia global, desapareceu. Mais do que isso: foi aquela normalidade que nos trouxe até aqui e, portanto, o seu retorno não é possível, como não seria desejável.

Alguns desafios, portanto, devem ser, sempre, levados em consideração.

Primeiro, o sistema mundo moderno, suas engrenagens e sua racionalidade não mais continuarão. As palavras, os conceitos construídos, não mais dão conta de descrever o que vivemos, e logo, são insuficientes para construir soluções. É necessário desapegar das ideias e teorias daquele sistema que desaparece diante dos nossos olhos.

Segundo, da mesma forma, o que somos, como sujeitos modernos trabalhadores, com nossos hábitos e valores, está sendo radicalmente desafiado: a obrigação de nos isolarmos, nos distanciarmos, o medo crescente do contato, o trabalho doméstico, as tecnologias de controle, a perda da privacidade e intimidade, curiosamente no momento em que muitos estão trancados em casa, nos afeta de maneira que não podíamos imaginar. Em que pessoas estamos nos tornando, mergulhados no isolamento e no medo e sem possibilidade de escolha, ou mesmo, sem sequer, a possibilidade de nos enganarmos de que escolhemos algo.

Mas mergulhados na crise, o mal funcionamento do sistema mundo, ao lado das possibilidades de comunicação global em tempo real, nos revelou possibilidades infinitas. As fissuras no sistema, nos permitiu enxergar uma imensa diversidade de maneiras de viver, sentir, perceber, amar e experimentar o mundo. Do mundo monocromático moderno, uniformizador, descobrimos que somos diversos, de infinitas cores. A descoberta desses outros e outras, de outras epistemologias, outras gramáticas, outras filosofias, outras organizações sociais, econômicas e políticas, outras histórias, nos mostra que não estamos condenados a continuar vivendo da maneira como sempre pensamos, e que existem outros saberes e outras cosmologias que podem nos resgatar do “pântano” moderno. Uma imagem interessante pode os ajudar a enxergar nossas múltiplas possibilidades. No livro “As aventuras do Barão

de Munchausen” há uma cena interessante. O barão, atolado em um pântano, puxa seus próprios cabelos para sair do atoleiro. O sistema mundo moderno colonial encobriu as outras formas de ser e viver. Essas outras formas hoje se revelam, mostram-se com toda diversidade diante de nossos sentidos e se infiltram nas fissuras do sistema. São esses outros saberes, essas outras pessoas, sistemas, cosmovisões e cosmosentimentos, que representam a mão das(os) outras(os) estendida para nós, que nos tirará do pântano em que o sistema mundo colonial moderno nos jogou. Enquanto insistirmos em sair puxando o nosso próprio cabelo, mais afundamos e inviabilizamos um outro futuro.

No campo do conhecimento jurídico, percebemos agora, com clareza a completa inadequação de um sistema já há muito superado, mas que insistentemente nos é imposto como solução. Vamos neste artigo, fazer uma breve viagem pelo direito constitucional do século XX, desde a superação histórica do estado liberal, até o seu retorno enquanto farsa na década de 1980, como um mero discurso que encobre as práticas neoconservadoras das quais a humanidade é vítima hoje. A pandemia revelou se forma clara a inaptidão do neoliberalismo para enfrentar os novos desafios representados pela gravidade da crise ambiental, com o aquecimento global e a pandemia, assim como o uso de novas tecnologias. Pretendemos demonstrar, a seguir como historicamente o constitucionalismo liberal foi superado pelo constitucionalismo social, que ofereceu uma estrutura de bem-estar social que, entretanto, também encontra barreiras insuperáveis, como a impossibilidade de sustentar um modelo de crescimento quantitativo da exploração da natureza que corresponda às necessidades de uma sociedade de consumo. Assim, concluiremos com a urgência na construção de um outro direito, de uma outra sociedade e economia, para muito além das formulas modernas, agora superadas. É absolutamente absurdo continuar fazendo o mesmo, ignorando a radicalidade do momento presente, que exige de nós coragem, desapego e criatividade.

## **2 UM BREVE PASSEIO PELO SÉCULO XX**

A Constituição de Weimar de 1919 marcou o início do Estado Social alemão, servindo de modelo para diversos outros Estados europeus. A Primeira Guerra Mundial, reflexo de todas as tensões sociais internas causadas pela incontrolável miséria em vários países europeus, foi decisiva para a Revolução Russa em 1917 e, quase um ano depois, para o movimento popular de marinheiros, soldados e operários que proclamou a república na Alemanha.

Percebe-se nesse momento que o Estado deveria deixar sua conduta abstencionista consagrada pelas constituições liberais e garantir os direitos sociais mínimos da população. Para que realmente os direitos individuais pudessem ser usufruídos, deveriam ser garantidos os meios para que isso fosse possível. Dessa forma, se o liberalismo proclama a liberdade de expressão e de consciência, deve toda população ter acesso ao direito social à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa, e ter meios ou capacidade de expressar essa consciência, superando assim a perspectiva individualista passiva de declaração de direitos fundamentais contida no pensamento liberal clássico. Portanto, os direitos sociais e econômicos aparecem como mecanismos de realização dos direitos individuais de toda população. Não há liberdade sem meios materiais para exercê-la. Percebe-se desde o início que, embora os direitos individuais, sociais e econômicos sejam grupos de direitos com características próprias, não podem ser tratados de forma estanque. Quando no pós-Primeira Guerra Mundial, as novas constituições sociais trazem os direitos fundamentais, não se referem somente dos direitos individuais, mas também aos direitos sociais, econômicos e políticos. Daí a

estranheza de hoje, depois de tanto tempo, ainda existirem “juristas” que não reconhecem direitos sociais e econômicos como direitos fundamentais. Estes novos componentes dos direitos fundamentais passam, a partir desse momento, a formar um novo todo indivisível dos Direitos Humanos. Note-se que a ideia do Estado Social também contém outro direito fundamental, que vem se afirmando lentamente no século XIX: os direitos políticos, entendidos principalmente como direito do povo de participar do poder do Estado, votando ou sendo votado. É a democracia social.

Os direitos sociais e econômicos, com a Constituição do México de 1917 e a de Weimar (Alemanha) de 1919, passam a ser considerados direitos fundamentais dos seres humanos, integrando os novos textos constitucionais. Na mesma época começa também a internacionalização dos Direitos Humanos. É criada a Sociedade das Nações e, especificamente no campo dos direitos sociais, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Direito do Trabalho é o direito social por excelência, sendo que os precursores da ideia de uma legislação internacional são dois industriais, o inglês Robert Owen e o francês Daniel Le Grand, no começo do século XIX.

Explica Amauri Mascaro do Nascimento:

Para o direito do trabalho, o Tratado de Versalhes (1919) assumiu especial importância, pois dele surgiu o projeto de organização internacional do trabalho. A Parte XIII desse tratado é considerada a Constituição Jurídica da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e foi complementada pela Declaração de Filadélfia (1944) e pelas reformas da Reunião de Paris (1945) da OIT. A atividade normativa da OIT consta das Convenções, Recomendações e Resoluções que podem depender ou não de ratificação dos Estados Soberanos: ‘As Convenções Internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais’.<sup>3</sup>

Durante a Primeira Grande Guerra também percebem os que estão no poder, a necessidade de se criar um mecanismo encarregado de fazer valer um certo ideal de relações internacionais que, conforme Stanley Hoffmann, pode se chamar de um ideal de submissão dos Estados a grandes princípios jurídicos definidos na Carta da Sociedade das Nações.<sup>4</sup>

A Sociedade das Nações foi criada em Versalhes sob a influência do Presidente norte-americano Wilson, trazendo uma esperança de paz, obviamente naquele momento, claramente, a paz para os Estados colonizadores. Logo após, outros textos se sucedem: a conferência de Washington sobre desarmamento em 1921, e o Pacto *Briand-Kellog* de 1928, condenando a guerra, são exemplos dessas etapas em direção à paz entre as potências, que, entretanto, muito brevemente se transformaria em grande decepção. Embora houvesse uma certa unificação do progresso social graças à criação do OIT, muitos governantes europeus hesitavam entre uma política social e uma atitude conservadora que facilitasse os empreendimentos capitalistas.<sup>5</sup>

A grande crise econômica de 1928-1929, especialmente brutal nos Estados Unidos, consequência direta da relação entre a produção e a repartição, mostra a fragilidade de mundo liberal, introduzindo a questão do direito econômico como outro elemento essencial

---

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed, São Paulo: Saraiva, 1989, p.63.

4 HOFFMANN, Stanley. *Organisation internationales et pouvoirs politiques des états*. Paris: Armand Colin, 1954, p. 119.

5 THORAVALL, Jean. *Les grandes étapes de la civilisation française*. Paris: Bordas, 1978, p. 404-405.

dos Direitos Humanos. Essa crise aumentou a influência da ideia fascista do Estado Totalitário, já introduzido na Itália da década de 20 e nascente na Alemanha e outros Estados na década de 30. O Estado Social (social liberal) mal nascera e já cede lugar a um outro tipo de Estado Social (o social fascismo): opressor e violento, onde os direitos individuais e políticos são ignorados. Vamos pensando no que acontece hoje.

Leandro Konder, em estudo sobre o fascismo, escreve:

O fascismo italiano de Mussolini extraiu de Sorel muitos aspectos de sua concepção de violência, muito do seu entusiasmo pelos 'remédios heróicos'; extraiu de Nietzsche sua ética aristocrática, seu culto do 'super-homem'. O fascismo alemão de Hitler também aproveitou algo de Nietzsche e se apoiou decisivamente nas ideias racistas de Eugen Dühring (aquele professor cego de Berlim contra quem Friedrich Engels polemizou), de Paul Botiches e sobretudo de Houston Stuart Chamberlain. Na França, o fascismo de Charles Maurras e Leon Daudet foi precedido pelo racismo de Arthur de Gobineau (o amigo do Imperador Pedro II), de Vacher de Lapouze e de Gustave Le Bon, além de ter encontrado importantes pontos de apoio nos escritos de Joseph de Maistre, de René de La Tour du Pin e de Maurice Barrès. De maneira geral, todo pensamento de direita que, ao longo do século XIX, se empenhou na 'demonização' da esquerda, desempenhou um papel significativo na preparação das condições em que o fascismo pôde, mais tarde, irromper.<sup>6</sup>

Segundo Leandro Konder, o fascismo e o nazismo, financiados pelo grande capital, na época nacional (o mesmo que hoje é globalizado e neoliberal), é ultranacionalista, antiliberal, antidemocrático, antissocialista (embora assuma o discurso social e o nome de nacional socialismo), anticomunista, anti-operariado, resolvendo o problema do grande capital nacional da Alemanha, da Itália, do Japão que, à época, excluídos da repartição do mundo que representou o Tratado de Versalhes, queriam a força para reivindicar espaço, a economia dirigida voltada para a guerra para organizar a economia caótica e a promessa social para afastar o socialismo, teoria internacionalista, combatida com o discurso social ultranacionalista do fascismo e do nazismo.

A falta de coordenação entre países-chave da Sociedade das Nações pôs em xeque a organização. O desemprego generalizado na Alemanha (cerca de 5 milhões e meio de desempregados em 1933) explica o sucesso crescente do Partido Nacional Socialista de Hitler, que se tornou o único representante do poder Alemão em 1934. Pouco tempo, depois o mundo se encontrava no mais violento conflito armado, que levou à morte milhões de pessoas. Marcou a Segunda Guerra Mundial o sacrifício da população soviética, país-chave na vitória aliada; a perseguição violenta e genocida dos judeus em toda a Europa; e o crime inesquecível das bombas nucleares norte-americanas sobre Hiroshima e Nagasaki, no Japão, cujos efeitos, após a explosão conduziram à morte lentamente aqueles que foram expostos à radiação da Bomba Atômica durante décadas.

Após a Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade da criação de mecanismos eficazes para proteger os Direitos Humanos nos diversos Estados. Já não se podia mais admitir o Estado nos moldes liberais clássicos de não-intervenção. O Estado está definitivamente consagrado como administrador da sociedade e convém, então, aproveitar naquele momento, os laços internacionais criados no pós-guerra para que se estabeleça um núcleo fundamental

---

6 KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 28.



de Direitos Humanos Internacionais.<sup>7</sup>

Dentro desta perspectiva temos a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, dentre outras declarações, convenções e pactos, além de organizações não-estatais, das quais atuam hoje com maior destaque a Anistia Internacional, a Comissão Internacional dos Juristas, o Instituto Interamericano dos Direitos Humanos (este último com sede em Costa Rica), tendo como finalidade a divulgação de ideias e a educação e proteção dos Direitos Humanos.

Mas finda a Segunda Guerra, após um curto período de calma, ocorre a novidade da divisão do mundo em duas áreas de influência: uma norte-americana e a outra soviética. Assiste-se nesse momento à violência norte-americana contra o Vietnã, Cuba, Granada, Nicarágua e quase todos os países latino-americanos, que receberam regimes autoritários impostos e financiados pelos Estados Unidos. O que se repete até os dias de hoje. Tudo de novo com a Venezuela. A tortura, as perseguições e assassinatos praticados pelo Estado e por grupos paramilitares foram comuns no Chile, na Argentina, no Uruguai, no Brasil, em Honduras, em El Salvador e muitos outros países pela América e pelo mundo.

Do outro lado, o exército russo impõe, à força, a política soviética na Hungria, na Tchecoslováquia e no Afeganistão.

O processo de libertação das colônias africanas foi doloroso e cruel: mesmos países que se comprometeram a respeitar os Direitos Humanos de 1948, os violaram de forma agressiva. Foi o caso da França na Argélia. As colônias portuguesas, após uma longa guerra de libertação, receberam seus países arrasados, com o difícil processo de reconstrução impedido por movimentos guerrilheiros em Moçambique e Angola, financiados pelos governos sul-africano e norte-americano.

A ordem econômica mundial, que favorece os países do Norte, se tornou responsável pela morte de pessoas diariamente em todo o chamado Terceiro Mundo, pela fome e violência geradas pela injustiça social. O neoliberalismo hoje continua causando desemprego, colocando o mundo diante de questões ainda não equacionadas. A resposta para a construção de uma nova economia, uma nova sociedade com novos valores, está hoje em nossas mãos. Por enquanto, uma grande indagação e várias tentativas de respostas ainda não seguras, se é que ainda pode haver segurança neste mundo de comunicações instantâneas e de mudanças constantes e fora de controle. E de novo, com as misérias geradas pelo liberalismo econômico, agora na forma neoliberal, ressurgem os movimentos fascistas, populistas, autoritários e violência. Ressurge com força o racismo, a intolerância nas suas mais variadas formas. Estamos condenados a essa eterna repetição? Enquanto insistirmos em reformar um estado moderno e o direito moderno, esperando que estes funcionem para algo para o que não foram criados, sim. Mas lembremos que não é uma simples repetição. As formas violentas e excludentes ressurgem de maneira diferente, adaptadas ao tempo, e as consequências de nosso atuar desmedido sobre a natureza neste delírio de uma sociedade egoísta e vaidosa de ultra consumo, e cada vez mais ameaçador a vida humana no planeta.

Esta realidade é o desafio para os teóricos do Direito Constitucional, do Estado,

---

<sup>7</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 14.

da sociedade, do ser humano e dos Direitos Humanos, responsáveis pela construção de pensamentos no campo do Direito, responsáveis pela divulgação das ideias, pela provocação das consciências que devem se fazer críticas. A realidade está a exigir uma resposta que passa necessariamente por uma nova visão transdisciplinar. Várias respostas procuradas em uma área do conhecimento humano já foram encontradas por outra área. O conhecimento evoluiu e se especializou; o ser humano não tem sido capaz de juntar todas as peças deste enorme quebra-cabeça em que se tornou o conhecimento científico, ainda estanque, fechado em compartimentos que se comunicam com dificuldade. A comunicação é o desafio para a superação das barreiras que impedem o ser humano de compreender tudo o que ele mesmo descobriu até agora. O outro aspecto é o retorno do ser humano para o seu próprio desenvolvimento enquanto ser. Não existem mais soluções mágicas e modelos milagrosos. Nenhum líder pode solucionar o problema, mas apenas agravá-lo. Será apenas com a sociedade civil se organizando e assumindo o controle de um Estado poroso, permeável e altamente descentralizado que poderemos transformar esta sociedade global. A solução passa necessariamente pela movimentação social. Pela organização social e popular.

### **3 MUDAR TUDO**

Quem são os humanos para o constitucionalismo moderno liberal? Quais pessoas são protegidas pelo Estado de direito? Para melhor entender o processo de transformação dos Direitos Humanos podemos construir uma imagem a partir do direito à igualdade perante a lei, o direito à diferença e o direito à diversidade.

As constituições liberais garantiam direitos apenas para os homens brancos e proprietários. Somente os homens brancos, proprietários e ricos podiam votar. A meritocracia liberal repudiava a democracia: para que se pudesse votar e ser votado era necessário cumprir requisitos estabelecidos pela lei. Era o voto censitário: para votar era necessário ter uma idade mínima, a nacionalidade, uma escolaridade mínima, ser do sexo masculino e ter uma renda mínima anual. Uma pequena parcela da população cumpria esses requisitos e podia participar. O critério de riqueza representava a adoção da lógica meritocrática liberal, onde os ricos detinham essa riqueza devido ao seu trabalho e esforço e logo, apenas esses tinham direito de participar da construção da vontade do Estado por meio da política.

Imaginemos um grande círculo que representa o sistema de proteção constitucional de direitos, ou seja, os direitos fundamentais, ou direitos humanos em uma perspectiva constitucional. Dentro deste círculo apenas poucas pessoas, brancas e homens, enquanto fora encontram-se grupos excluídos lutando por direitos, lutando para entrar no círculo de proteção oferecido pela Constituição face ao Estado. A maioria está de fora: mulheres; negros; indígenas; pobres; operários; LGBTQI+; estrangeiros; todos os não brancos.

A única maneira de transformar o mundo e conquistar direitos é por meio da organização, da luta diária e da movimentação social. Estes grupos excluídos foram conquistando direitos, passando gradualmente a serem incluídos no sistema de proteção constitucional. Entretanto, à medida que estes grupos são incluídos, diluem-se dentro de uma lógica individualista liberal de proteção de direitos. Mulheres, negros, operários, pobres, LGBTQI+A, passam a ter direitos individuais frente ao Estado, em medidas e momentos diferentes.

Entretanto muitos grupos étnicos, indígenas originários, quilombolas, não queriam e não querem se diluir, entrar no sistema constitucional criado pelos homens brancos proprietário

liberais, uma vez que isto representava sua extinção, sua destruição. Durante quinhentos anos os estados modernos, inicialmente absolutistas, e depois constitucionais, estados de direito, que garantiam direitos humanos, perseguiram, mataram e excluíram milhares de povos. As políticas uniformizadoras, padronizadoras de valores, espiritualidades, comportamentos, destruíram e extinguíram civilizações, levando ao desespero os povos indígenas, as diversas etnias, os povos quilombolas, negando a estes grupos o direito de existir segundo seus valores e percepções, segundo suas tradições e formas de organização política social e econômica e seu próprio direito. Para ser “humano” era necessário negar sua história, seus antepassados. Para ter direitos era necessário ser “humano” e para serem “humanos” os outros deveriam ceder sua alma.

Apenas ao final do século XX, os estados constitucionais garantidores de direitos para os considerados humanos, começaram lentamente a admitir a inclusão em seus sistemas de proteção de direitos os diversos grupos étnicos, os grupos indígenas, os quilombolas, com o direito de viver segundo seu próprio direito, história, valores e espiritualidade. A este processo chamamos de proteção aos direitos de ser diferente. O direito à diferença. Entretanto, estes grupos, aceitos como pequenos círculos dentro do grande círculo de proteção do constitucionalismo de origem europeia, branco, masculino e moderno, eram os diferentes, obedientes ao grande círculo. Em outras palavras, estes grupos eram diferentes por quê? Diferentes do que? Diferentes do grande padrão do evoluído, avançado, tão bom que era capaz de dizer quem poderia entrar no círculo ou não. Quem poderia usufruir do sistema e em que medida?

Neste movimento de luta e resistência contra a ocupação colonial, desde a ocupação de territórios e retirada de riquezas até a ocupação do corpo colonizado (da colonialidade do ser) começam a ser construídas alternativas reais. A grande novidade é construída pelos movimentos sociais e indígenas no Equador (2008) e na Bolívia (2009): um Estado Plurinacional, diverso, pluriepistemológico, plurijurídico, ecocêntrico e decolonial. O novo constitucionalismo latino americano, decolonial, representa uma revolução no direito, uma transformação profunda com o sistema mundo colonial e com o direito moderno.

Esse Estado Plurinacional, embora mantendo instituições jurídicas de origem europeia, procura romper com as bases coloniais modernas, como a lógica binária de subalternidade, a uniformização, a linearidade história, o individualismo, o falso universalismo europeu e a utilização da natureza enquanto objeto de exploração.

A ideia é que aquele grande círculo padronizador, que decide quem entra, quem é humano, meio humano ou não humano, deixe de existir. O círculo de proteção constitucional moderno passa a ser mais um círculo em meio a vários outros círculos tão importantes quanto aquele. Estes círculos que representam formas diversas de organização social, familiar, política, cultural, econômica devem conviver de forma harmônica horizontal, não competitiva, não hierárquica, não hegemônica.

As Constituições da Bolívia e do Equador representam apenas o começo da construção de outras sociedades efetivamente diversas. Muitos estudiosos do Estado Plurinacional, especialmente indígenas, acreditam que o caminho deve ser a superação do estado. Lembremos que neste momento, os Estados Plurinacionais enfrentam uma tentativa de destruição, com o golpe de estado na Bolívia e com o desgoverno neoliberal no Equador. Mas, resistindo há quinhentos anos, os povos originários conseguirão superar mais este desafio.

Nessas constituições já é possível encontrar, convivendo com instituições jurídicas

modernas, a ideia de complementariedade entre sistemas e culturas. Encontramos princípios de origem andina e amazônica como o “Bem viver”, “Sumak Kawsay”, “Suma Kamaña”, “Nhanderekô”, princípios que representam o humano como integrante da natureza, inseparável desta, em perfeita harmonia com a natureza. A perigosa e sofrida separação do indivíduo da natureza (explicação do grave momento que vivemos), assim como a fragmentação do ser humano entre corpo e razão também é superada em uma perspectiva do novo constitucionalismo democrático latino-americano. A ideia do melhor, da competição, é superada pela ideia da harmonia em paz, equilíbrio, pelo princípio do bem viver.

Este humano agora não é um ser cindido, partido, mas integrado na natureza. Este é o conceito que foi maravilhosamente incorporado pelo pensamento do Papa Francisco e da Igreja Católica no Sínodo da Amazônia. O humano é natureza, está na natureza e vive em harmonia na natureza, e só na natureza pode viver. O direito no novo constitucionalismo passa a ser um direito ecocêntrico. Decisões recentes na Colômbia, Bolívia e Equador, incorporam esta compreensão. O Rio Atrato, com suas plantas, águas, animais, que vivem com e no rio, inclusive as populações ribeirinhas, integram um ecossistema que foi reconhecido como sujeito de direito.

Isto é uma revolução para os direitos humanos e para a humanidade. Saímos do individualismo antropocêntrico que cindiu o ser humano e o jogou em um pântano de egoísmo e vaidade, para um ser humano liberto, vivo, integrado. O ecocentrismo vai além de outras ideias. Não apenas, muito além do antropocentrismo, mais além das perspectivas animalocentricas e biocentricas, passos importantes rumo a percepção da vida para além do individualismo. O animalocentrismo reconhece a igualdade de direito entre todos os animais, mas mantém uma perspectiva individualista ao perceber a vida ainda individualizada de cada animal. O biocentrismo avançou ao reconhecer a vida de todos os seres vivos, mas manteve ainda a armadilha moderna do individualismo ao perceber ainda a vida de forma individualizada. O ecocentrismo finalmente rompe com isto. Compreende que tudo está necessariamente integrado. Existem singularidades como o ser humano nomeado, mas cada um de nós, enquanto singularidade, somos um ecossistema, formado por milhões de vidas singulares em nosso corpo, e do equilíbrio nas relações dessas vidas depende nossa vida enquanto um ecossistema. Esta percepção então se reproduz em escala talvez infinita. Nós somos um ecossistema que integramos outro ecossistema, que por sua vez integra outro ecossistema e assim por diante. Tudo depende do equilíbrio de tudo para a vida.

O reconhecimento e incorporação dessas ideias pelo Papa Francisco e pelo Sínodo da Amazônia compreende o mistério da fé numa infinita proporção. Não falamos de um deus barbudo de um pequeno sistema solar. Compreendemos esse Deus da vida em harmonia, infinita, de bilhões de planetas e galáxias e de multiversos e mistérios inesgotáveis de um Deus sem começo nem fim, sem tempo, sem tamanho, um Deus que é o próprio tempo e espaço, que é o próprio infindável mistério.

Os tempos sombrios atuais, onde o mal está solto em meio a nós humanos é apenas um momento de desespero, daqueles que tomados pelo egoísmo e o ódio, se assustam diante das incontáveis revelações, dos enormes desocultamentos das últimas décadas: enxergamos as múltiplas diversidades humanas e a infindável possibilidade do conhecimento. Esta visão não tem volta, por maior que seja a violência da ignorância e do medo, que gera ódio, que, em fim, será superado pelo amor, pela vida, pela harmonia e pela compreensão do todo numa unidade harmônica pautada pela vida e pelo amor; esse sim, a essência de tudo.

## 4 CONCLUSÃO

Aqui uma parada para reflexão: é possível que instituições criadas para viabilizar interesses de um grupo de pessoas e construir o seu sistema econômico possa servir a outros interesses. Ou melhor formulando: é possível que as instituições modernas, criadas para viabilizar o capitalismo e os interesses da nobreza e da burguesia, possam servir à dignidade e liberdade de todos, todas e todos? Ou ainda melhor: é possível que racionalidades, instituições e sistemas criados para servir aos homens brancos, proprietários e ricos, europeus, sirvam à toda forma de vida?

Estamos falando de um momento de esgotamento que jamais ocorreu. Uma velocidade que jamais foi por nós experimentada.

Claro, portanto, que as soluções construídas dentro do paradigma moderno não servem para o desafio do momento. Repetir discursos e formulas modernas são de uma inutilidade assustadora. Para compreendermos a dimensão dos desafios presentes devemos compreender as grandes revoluções modernas como apenas modernas. A revolução francesa e a revolução russa foram apenas modernas. Embora em alguns momentos de seus processos elas possam ter anunciado uma ruptura com a racionalidade moderna, foram absorvidas pelas armadilhas modernas. Portanto, o momento “presente contínuo” representa uma ruptura maior, que não depende de revolução, e mesmo assim será maior que qualquer revolução conhecida. O momento presente se caracteriza pelo esgotamento, pela impossibilidade de continuidade dos projetos humanos modernos. Por esse motivo, a única salvação é a coragem da transformação profunda. Só a radicalidade pode nos salvar.

É fundamental que tenhamos coragem de nos unirmos na radicalidade dos princípios. São os princípios que nos unem. Os detalhes, as regras, os pontos e virgulas, as vaidades, os personalismos nos jogam uns contra os outros. Só o radicalismo dos princípios pode nos unir. Quais são os princípios que são capazes de unir todas as pessoas? O amor; a vida; a diversidade; a rejeição intransigente da violência, a rejeição intransigente do egoísmo, da vaidade, da opressão, da tortura, do fundamentalismo, do ódio. Muita coisa é capaz de gerar união. O que realmente importa pode nos unir. O resto é vaidade.

Precisamos surpreender. Atacar. Atacar em outro flanco. Parar de tentar salvar um mundo que já foi e atacar na construção de algo radicalmente diferente. Agir, construir, surpreender, com leveza.....fazer diferente. Fazer diferente é urgente: falar, pensar, agir, construir outra coisa. Surpreender a todos que esperam algum acontecimento capaz de mobilizar a todos nós, para além das mentiras; Fakes News; algoritmos; para além da insuportável mesmice dos discursos repetidos à exaustão. É necessário ter coragem para amar. O ódio é fruto do medo e gera violência e covardia.

A contemporaneidade nos revelou e expôs uma maravilhosa diversidade de desejos; percepções; espiritualidades; idiomas; povos; epistemologias; culturas; e é no diálogo com esta imensa diversidade desocultada que podemos e iremos, e estamos, construindo o radicalmente novo. Com coragem e amor.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.

KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

HOFFMANN, Stanley. *Organisation internationales et pouvoirs politiques des états*. Paris: Armand Colin, 1954.

THORAVAL, Jean. *Les grandes étapes de la civilisation française*. Paris: Bordas, 1978.

---

**Recebido em:** 05.07.2020

**Aprovado em:** 09.12.2020

### Como citar este artigo (ABNT):

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O impacto do coronavírus no Direito e no Estado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.88-99, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR42-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O VÍRUS DO NEOLIBERALISMO: O CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL COMO ALTERNATIVA À CRISE INDIVIDUALISTA

## THE VIRUS OF NEOLIBERALISM: MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM AS AN ALTERNATIVE TO THE INDIVIDUALIST CRISIS

Melina Girardi Fachin<sup>1</sup>  
Catarina M. V. Ramos<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar em que o neoliberalismo, como sistema político e econômico predominante no cenário global, influencia na proteção dos direitos humanos contemporânea, e quais as reverberações dele em situações emergenciais como a provocada pelo COVID-19. Traça-se um panorama de como conceitos primordiais neoliberais, com foco no lucro e individualismo, prejudicam a sociedade no enfrentamento de um vírus que não respeita fronteiras. Fica claro, ainda, a falta de cooperação internacional para adotar medidas preventivas e combativas de modo uníssono, mesmo com a existência de mecanismos que detenham como diretriz esse objetivo comum, principalmente a Organização Mundial de Saúde. São trazidos exemplos concretos em que diversos países não apenas desrespeitam recomendações explícitas da organização, como se sobrepõem a questões básicas de diplomacia e respeito mútuo, enquanto paradigmas de direitos humanos são colocados em xeque, frente à falsa dicotomia com a economia. Neste cenário, o constitucionalismo multinível se mostra como alternativa frente à crise instaurada pelo neoliberalismo e agravada pela pandemia. Assim, partindo da revisão bibliográfica, tendo como marco teórico os estudos de Herrera Flores e Avelãs Nunes, e com uma análise qualitativa de notícias e questões atuais, busca-se realizar propostas adequadas de como lidar com a crise pandêmica e social. Soluções pensadas dialogicamente de modo global são imprescindíveis para reverter conceitos há muito enraizados, tendo como objeto central a proteção da dignidade das pessoas e coletividades, por meio da solidariedade.

**Palavras-chave:** covid-19; crítica neoliberal; direito internacional dos direitos humanos; solidariedade internacional.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze how neoliberalism, as the predominant political and economic system on the global stage, influences the contemporary protection of human rights, and what its repercussions in emergency situations such as that caused by COVID-19. It provides an overview of how the primordial neoliberal concepts, with a focus on profit and individualism, harm society in facing a virus that does not respect borders. It is also clear that there is a lack of international cooperation to adopt preventive and combative measures in unison, even with the existence of mechanisms that hold this common objective, mainly the World Health Organization. Concrete examples are presented in which several countries not only disregard the organization's explicit recommendations, but also overcome basic issues of diplomacy and mutual respect, while human rights paradigms are put in check, in the face of a false dichotomy with the economy. In this scenario, multilevel constitutionalism is an alternative to the crisis brought about by neoliberalism and aggravated by the pandemic. Thus, starting from a bibliographic review, having as theoretical framework the studies of Herrera Flores and Avelãs Nunes, and with a qualitative analysis of news and current issues, we seek to make appropriate proposals on how to deal with the pandemic and social crisis. Globally thought-out solutions are essential to reverse long-established concepts, with the central objective of protecting the dignity of people and communities through solidarity.

**Keywords:** international human rights law; covid-19; neoliberal critic; international solidarity;

1 Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH) e do Centro de Estudos da Constituição (CCONS) da UFPR.

2 Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

## 1 INTRODUÇÃO

Ao dizer que o homem é um produto do meio, Rousseau busca dizer que este nasce bom, mas a sociedade o (de)forma. Retirando o teor axiológico e maniqueísta do bem e do mal, pode-se utilizar esta frase para pressupor outras premissas: que o ser humano, muitas vezes, toma os contornos sociais em que é inserido não apenas como imutáveis, mas também como o ponto de partida para quaisquer mudanças pretendidas. Basta analisar aquilo que hoje é tido como imprescindível, como necessário e como conquistado; o modo de vida, os bens e os direitos. A presença diária de elementos torna a tarefa de contextualizá-los, questioná-los e pensar em alternativas cabíveis um processo muito difícil.

Entretanto, há momentos em que os alicerces sociais se mostram balançados, tornando-se muito mais claro que o questionamento de certezas é possível. Um exemplo deste questionamento forçado é a situação de emergência pandêmica e sanitária que o COVID-19 gerou para o mundo. Assim, barreiras são ignoradas pelo contágio, situações de extrema vulnerabilidade e negação de direitos são expostas diariamente e a falta de coordenação mundial a respeito da crise saltam aos olhos nos planos locais e internacional.

Neste sentido, o presente artigo, tem como objetivo apresentar alguns questionamentos acerca da estrutura política neoliberal que tem se instaurado como certeza nas últimas décadas, e suas repercussões quando analisadas no contexto da crise pandêmica do COVID-19.

O recorte do marco teórico realizado é justamente o de crítica ao neoliberalismo a partir da ótica crítica dos direitos humanos, revisitando a teoria crítica de Herrera Flores e de Avelãs Nunes. Um sistema pautado majoritariamente no lucro e individualismo faz questionar os direitos positivados interna e internacionalmente, bem como se mostra de certa maneira incondizente com a solidariedade e cooperação que diversos mecanismos intergovernamentais buscam implementar.

Ao mesmo tempo, deve-se questionar a certeza de que todos os seres humanos detêm direitos apenas por existirem, ou que o fato de estarem positivados confere alguma eficácia imediata. Ao considerar a globalização de uma ideologia como o natural, há o duplo perigo de imaginar os direitos humanos apenas em abstrato, e de que não é necessário luta para reivindicá-los.

Com exemplos reais, como a batalha por insumos e a volta de atos há muito abolidos – como a pirataria institucionalizada – busca-se entender as reverberações concretas que a pandemia de COVID-19 traz a questões diplomáticas, com o foco autocentrado em cada país. Ainda que haja diversas recomendações da Organização Mundial de Saúde – OMS acerca de como enfrentar a crise com base na ação integrada, muitos, em nome da suposta defesa da economia, preferem descredibilizar o órgão e tomar atitudes até mesmo contrárias a ele.

Deste modo, considerando a revisão bibliográfica com o marco teórico já delineado, e analisando qualitativamente notícias acerca dos posicionamentos tomados pelos Estados no contexto de crise pandêmica, sanitária, econômica e social, buscou-se identificar possíveis soluções para os problemas descritos. Com isso, o estudo do constitucionalismo multinível, bem como suas reverberações, se mostra como uma lente interpretativa importante para os obstáculos durante e após o COVID-19.

Neste sentido, buscar-se-á demonstrar a importância do constitucionalismo multinível na percepção de problemas e situações em comum, como alternativa para que soluções sejam pensadas de modo conjunto e coordenado. Não apenas de modo regional, em que as similaridades muitas vezes possam se sobressair com clareza, mas mesmo em cenário global, uma vez que o vírus e seus danos não respeitarão fronteiras.

## 2 COVID-19 E A FRAGILIDADE DO NEOLIBERALISMO

Uma das maiores marcas das sociedades contemporâneas é o modelo neoliberal adotado por grande parte das potências mundiais. Este sistema preza pela liberdade econômica e tem como foco objetivos individualistas, sendo contrários à intervenção do Estado em seus setores econômicos. Com a ampliação de mercados de consumo e internacionalização das empresas privadas, também é marcado pela globalização da economia.

No presente artigo, o foco dado será principalmente a relação entre liberalismo e direitos humanos, tendo como marco teórico principal a escola crítica, em matéria de direitos humanos, de Herrera Flores e, na análise econômica, de Avelãs Nunes acerca do tema.

Isso pois, mais do que apenas um sistema econômico e político, o neoliberalismo, para os fins da presente reflexão, é entendido como o núcleo da matriz ideológica da política de globalização, presente no capitalismo hegemônico atual. Este modo de (re)produção econômica incita desejos, necessidade de consumo, e traça os contornos do que pensar e como agir na sociedade.

Max Weber<sup>3</sup>, ao teorizar acerca do espírito do capitalismo e a influência do protestantismo, é claro ao dizer que o modelo de capitalismo vivido nos tempos pós-modernos não é o único, mas sim influenciado pela ideia de devoção, que perde seu sentido religioso ao longo dos anos e se molda na ideia de produtividade e lucro desmedidos. Por sua vez, Antônio José Avelãs Nunes nos alerta que é preciso justamente rejeitar a lógica neoliberal que deixa fora da análise econômica e social as relações e estruturas de poder<sup>4</sup>. Muito monetaristas, em contraposição aos neokeynesianos, entendem que o excesso de carga do governo poderia gerar uma crise da democracia<sup>5</sup>. Não se deve ignorar, no entanto, o tipo de mercado que se pretende criar e que tipo de Estado se pretende desenvolver, uma vez que ambos são instituições políticas e perpetuam estruturas de poder.

Entretanto, a proteção dos direitos humanos como indivisíveis e a garantias econômicas e sociais, como auxílios e previdência, são essenciais para que não se vislumbre, como já salientou Amartya Sen<sup>6</sup>, em uma falsa dicotomia entre liberdades civis e políticas e direitos sociais. Muitas vezes se apresenta a questão de “passar fome ou ter uma democracia”, e isso constrói-se a mentalidade de que tais ideias seriam excludentes, quando são interdependentes.

Deve-se superar a ideia do mercado como um mecanismo puro, natural e neutro, que regula automaticamente a economia e se encaminha à situação de pleno emprego. Ao confirmar cegamente a teoria dos preços, ou uma falsa soberania do consumidor – que muito mais é a soberania do produtor –, e a culpabilização de sindicatos pelo desemprego voluntário, confere-se apenas um papel negativista do Estado para a garantia de direitos fundamentais, bem como coloca os princípios da economia sempre como sinônimo do interesse público.

Ao negar direitos trabalhistas, previdenciários, ou de auxílio à população, monetaristas como Milton Friedman colocam deliberadamente a liberdade acima da igualdade, em uma crença de a primeira seria a percussora da segunda. Conforme afirma Amartya Sen, trata-se de questão de falta e direitos, e não escassez de bens, o que é corroborado pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura<sup>7</sup>, ao afirmar que o problema da fome

3 WEBER, Max. *A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo*. São Paulo. Companhia das Letras, 2004.

4 NUNES, A. J. A. Neoliberalismo e direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 98, p. 423-462, 1 jan. 2003, p. 455.

5 NUNES, A. J. A. Neoliberalismo e direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 98, p. 423-462, 1 jan. 2003, p. 449.

6 SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Alfred A. Knopf: New York, 2000, p. 152.

7 FAO. Keynote Paper: *FAO methodology for estimating the prevalence of undernourishment*. Disponível em: <http://www.fao.org/3/y4249e/y4249e06.htm>. Último acesso: 28 abr. 2020.

mundial não é uma questão de produção, mas sim de distribuição.

Neste sentido, afirma Avelãs Nunes acerca de como atualmente não há somente o conceito de explorados, mas também dos excluídos, que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade e esquecidos:

As desigualdades entre ricos e pobres à escala mundial têm vindo a agravar-se acentuadamente, aumentando sem cessar o número de excluídos. E a verdade é que a exclusão social como que significa a eliminação dos excluídos. Os explorados, apesar de o serem, estão dentro do “sistema”, porque, por definição, sem explorados não podem viver os exploradores. Por isso mesmo, em alguma medida, estes não podem ignorar em absoluto a necessidade de sobrevivência daqueles. Ao invés, os excluídos não contam para o “sistema”. De facto, é como se não existissem. A globalização neoliberal tem vindo a acentuar a natureza do capitalismo como “civilização das desigualdades” ao mesmo tempo que os centros de produção ideológica ao serviço dos interesses dominantes e do ‘império’ totalitário vêm propagando a ideia de que a globalização e a concorrência de todos contra todos, como resultado dos desenvolvimentos tecnológicos no domínio das comunicações, da informática e dos transportes, torna inevitável, mesmo nos países desenvolvidos, o nivelamento por baixo dos salários e dos direitos históricos dos trabalhadores, o aumento das desigualdades sociais e o abandono do Estado-providência<sup>8</sup>.

Exemplos não faltam. Pessoas em situação de rua, indígenas, imigrantes, pessoas idosas, com deficiência, todos aqueles que, de alguma maneira ou por alguma barreira cultural ou social não se enquadram nos padrões estabelecidos de pessoa produtiva, inserida na pirâmide social.

Apesar de não se compreender no Estado o resultado de todas as garantias de direitos humanos, entende-se que, pela vontade do povo, este é uma instituição na qual deve oferecer proteção negativa e positiva, como pode ser exigido de diversos modos em caso contrário. No mesmo sentido, não se questiona a importância da globalização, apenas daquela que se dá em um modelo neoliberal, que não é suficiente para que a cooperação entre os Estados seja alcançada de modo uníssono, sendo apenas uma projeção das desigualdades existentes a nível interno. Afirma:

Esta ‘globalização’ [neoliberal] não é um “produto técnico” deterministicamente resultante da evolução tecnológica, é antes um projecto político levado a cabo de forma consciente e sistemática pelos poderes dominantes, enquadrado e dominado pela ideologia dominante. Correspondentemente, a luta por uma sociedade alternativa pressupõe um espírito de resistência e um projecto político inspirado em valores e empenhado em objectivos que o “mercado” não reconhece nem é capaz de prosseguir. Só assim, fazendo prevalecer a política sobre as pretensas ‘leis naturais’ do mercado, é possível impedir que a globalização neoliberal, de uma armadilha para a democracia (H.-P. Martin e H. Schuman) que já é, se transforme em instrumento de morte da democracia<sup>9</sup>.

A globalização, então, pode ser considerada um projeto político, que reflete uma produção local – qual seja, conceitos e modos de produção ocidentais, em especial

---

8 NUNES, A. J. A. Neoliberalismo e direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 98, p. 423-462, 1 jan. 2003, p. 456-457.

9 NUNES, A. J. A. Neoliberalismo e direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 98, p. 423-462, 1 jan. 2003, p. 457-458.



estadunidenses, por se tratar da maior potência economia mundial -que se apresenta como global para todos. Seria, do ponto de vista cultural, o que Boaventura de Sousa Santos conceituou como localismo globalizado.

Este define globalização como “processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.” Em contrapartida ao localismo globalizado, estaria o cosmopolitismo, ou seja, a defesa de interesses percebidos como comuns por Estados, regiões, classes ou grupos<sup>10</sup>.

Já quanto a relação mercado e Estado, esta não deve ser entendida como uma dicotomia excludente, e sim como a cooperação, assim como Keynes demonstrou como o Welfare State é necessária, principalmente em momentos de crise. O cenário pós Segunda Guerra Mundial veio a corroborar isso. E, atualmente, essa necessidade é revisitada, e parâmetros de trabalho e de modo de vida são colocados em posição de questionamento. Liberdade e igualdade, conquanto sejam direitos fundamentais interdependentes e indivisíveis, não são causa e efeito entre si. Em momentos de crise, principalmente, as desigualdades tendem a se acentuar, o que evidencia ainda mais a inexistência da relação defendida por muitos economistas. Há diversos exemplos em que desastres locais levaram a preços extorsivos, mesmo àqueles que se encontram em extrema vulnerabilidade.

Michael Sandel traz, como exemplo, o debate acerca de preço excessivos no contexto do furacão Charles, em 2004, na Flórida. À época, o preço de bens e serviços essenciais, como gelo, concerto de telhados devastados pelo furacão, geradores de energia e estadias em hotéis se elevaram drasticamente, gerando debate acerca da aplicação da lei de preços extorsivos<sup>11</sup>. A epidemia e suas consequência não instauram, portanto, problemas inéditos ao cenário mundial, mas tornam mais visíveis desigualdades e questões estruturais que se mostram presentes durante décadas. Além do tópico seguinte, em que serão abordadas disputas internacionais que vão de encontro aos ideais comuns de cooperação, há reverberações na esfera privada do mesmo modo.

Esse modo de pensar individualista e competitivo, fomentado pela ideologia neoliberal, impede inclusive o estrito seguimento das medidas de prevenção internacionalmente estabelecidas, instaurando a falsa dicotomia entre direito à saúde e a economia. Diversos estudiosos se colocaram sobre a questão e, além de ser consensual de que a crise afetará o mundo como um todo, também se tem produzido muito a respeito de como o isolamento social e medidas de distanciamento poderão, a longo prazo, ser a melhor opção econômica<sup>12</sup>.

Mesmo que a política de isolamento não siga as diretrizes corretas de modo institucionalizado pelo Estado, a resposta de grande parte da população será a mudança do padrão comportamental justamente para evitar o contato e reduzir o consumo, por medo de infecção<sup>13</sup>. A maior diferença é que, com políticas de isolamento, o achatamento da curva de infectados é muito maior. Conquanto seja difícil mensurar quantitativamente a elasticidade do comportamento, e considerar todas as externalidades além do medo de se contaminar – como a falência, desemprego, pode-se considerar como tais medidas são necessárias

---

10 SANTOS, Boaventura Souza de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, 1997, p.14.

11 SANDEL, Michael J. *Justiça*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p.11.

12 SUNSTEIN, Cass R.. *This Time the Numbers Show We Can't Be Too Careful*. 26 de março de 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-26/coronavirus-lockdowns-look-smart-under-costbenefit-scrutiny>. Último acesso: 21 abr. 2020.

13 EICHENBAUM, Martin S; REBELO, Sergio; TRABANDT, Mathias. *The Macroeconomics of Epidemics*, NBER Working Papers, National Bureau of Economic Research, Inc: 2020.

quando observadas os setores exclusivamente econômicos.

Entretanto, é necessário analisar outros fatores. Quanto mais o isolamento social funciona, mais pessoas tendem a achá-lo desnecessário. Além disso, para a quarentena ser eficaz, precisa ser “inteligente e descentralizada”<sup>14</sup>, de modo que as medidas de isolamento devem ser planejadas de acordo com a situação de cada cidade, levando em conta uma rede complexa de dados. Um exemplo é a cidade de São Paulo, no Brasil, que conta com o maior número de casos no país. Nele, a quarentena foi, concomitantemente, branda e abrangente demais, pois não isolou suficientemente o epicentro da pandemia, ao passo que paralisou a vida em municípios menores.

Há, portanto, o enfretamento de diversas epidemias concomitantemente: do vírus, a disseminação de desinformações e *fake news*, e a narrativa de que a economia não pode parar, o que dificulta coesão e cooperação social. No mesmo sentido é a teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores, que os pensa do ponto de partida de que a “globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração”<sup>15</sup>, sendo necessário que os direitos humanos consigam se converter em pauta jurídica, ética e social para a construção de uma nova racionalidade.

Assim como a globalização é baseada em um ideal neoliberal, a universalidade dos direitos somente pode ser definida em função do fortalecimento de pessoas e organizações ao construir um marco de ação que permita criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida. Para o autor espanhol, os direitos humanos são complexos e com diversas facetas, surgindo no Ocidente como resposta às reações sociais e filosóficas de uma consciência da expansão global de um novo modo de relação social, baseada na constante acumulação de capital. Neste sentido, afirma:

O sistema de valores hegemônico em nossos dias é majoritariamente neoliberal e, por conseguinte, coloca por cima as liberdades funcionais ao mercado e por baixo as políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural. Desse modo, a aplicação efetiva das normas reconhecidas nas constituições ou nos diferentes ordenamentos jurídicos não serão aplicadas em benefício de um acesso igualitário aos bens, mas em função dos “valores” que afirmam tal sistema econômico, que tanta influência teve no desmantelamento do que nossa constituição denomina Estado Social<sup>16</sup>.

Isso pois os direitos humanos devem sempre ser interpretados de acordo com seu contexto econômico, histórico, social, científico, político, e atualmente o mundo tem sofrido um processo de mercantilização único na história da humanidade. Da economia de mercado, passou-se à sociedade de mercado<sup>17</sup>, ainda fruto de colonialismos e imperialismos funcionais. Isso pois toda tentativa de neutralidade valorativa se aproxima da aceitação acrítica das injustiças e opressões impostas pela globalização neoliberal. Explica:

Isso significa, de um ponto de vista interno em relação à racionalidade do capital, a generalização, primeiro, de uma forma injusta e desigual de

---

14 PIAUÍ. Uma pandemia, muitas quarentenas, 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/uma-pandemia-muitas-quarentenas/>. Último acesso: 07 maio 2020.

15 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 17.

16 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 41.

17 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 51.

ordenar as atividades econômicas (os processos globais de divisão do fazer humano); segundo, de uma forma desumana de controle das próprias ações (a mão invisível do mercado); e, terceiro, do predomínio de valores competitivos e absolutamente egoístas na hora de construir a estrutura social (os valores impulsionados pela ideologia liberal e neoliberal do mercado autorregulado).<sup>18</sup>

No mesmo sentido, a estabilidade macroeconômica deve ser considerada juntamente com a geração e garantia de capacidades básicas, na nomenclatura de Amartya Sen<sup>19</sup>. A ideia de capacidades centra-se na pessoa humana como ativa participante – e não apenas beneficiária – deste processo, dotando-a de capacidades materiais para, na construção dessa novel universalidade, ressignificar o conteúdo da sua própria existência digna, emancipando-se, destarte, dos modelos – sejam nacionais ou internacionais – preconcebidos e irrefletidamente reproduzidos. Repetir um modelo de desenvolvimento que ignora as particularidades locais e a diversidade das culturas “contribui para a destruição das instituições existentes na periferia do capitalismo, o que pode vir a comprometer a coesão social e a organização das sociedades em questão”, alerta José Rodrigo Rodriguez<sup>20</sup>.

Inclusive, o modelo de desenvolvimento atual é exclusivamente pautado em lucro, produtividade, e estar visceralmente relacionado ao PIB. Esta ideia desenvolvimentista unidimensional ignora aspectos importantes, como o bem estar dos cidadãos – que podem ser mais afetados pelo IDH, por exemplo -, disponibilidade de serviços públicos e garantia de direitos fundamentais. Mas questionar a perspectiva neoliberal como um modo de organização sociopolítica, e não como uma verdade incontestável auxilia, ao mesmo tempo, o reconhecimento de que a reivindicação dos direitos humanos também está sujeita ao contexto político, científico, social, e não é garantida sem luta.

Neste sentido, resta claro que, embora mercado e Estado sejam ambas instituições políticas, o último tem como objetivo precípua proteger e representar o povo, que se manifesta principalmente por meio da democracia. Entretanto, apenas a proteção nacional não se mostra suficiente para a proteção dos direitos humanos e da humanidade como um todo, principalmente com o advento de obstáculo de escala global.

### 3 TENTATIVAS FALHAS DE SOLUÇÕES LOCAIS PARA PROBLEMAS GLOBAIS

No influxo da globalização econômica, a necessidade de pensar em soluções a nível global é essencial no contexto da pandemia, tendo em vista as previsões da queda do PIB latino americano<sup>21</sup> em 5,3%, e de 8% no PIB mundial<sup>22</sup>. No entanto, diversas políticas individualistas e limitadas ao local estão sendo tomadas para lidar com problemas que influenciam a economia e saúde de modo global.

Dois exemplos práticos podem ser suscitados: a Itália, que nos primeiros meses da

18 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.51-52.

19 SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Alfred A. Knopf: New York, 2000, p.140.

20 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Apresentação: desenvolvimento sem retórica. In: *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro* – textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XI.

21 BBC. *Coronavírus: crise causada pela pandemia levará 30 milhões de latino-americanos à pobreza*, afirma Cepal, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52378936>. Último acesso: 24 jun. 2020.

22 WORLD BANK GROUP. Maliszewska, Maryla; Mattoo, Aaditya; van der Mensbrugge, Dominique. *The Potential Impact of COVID-19 on GDP and Trade: A Preliminary Assessment*. Policy Research Working Paper; No. 9211. World Bank, Washington, DC, 2020. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/>. Último acesso: 24 jun. 2020.

epidemia fora o epicentro da mesma, lançou em Milão a campanha #milannonsiferma (Milão não para), buscando movimentar a economia e turismo. Após um mês e mais de 4,4 mil mortos<sup>23</sup>, o prefeito milanês se retratou e declarou *lockdown* na cidade. Um caso mais recente é o da Índia, que estabeleceu um *lockdown* precário, que resultou na morte de mais de 300 trabalhadores migrantes não por COVID, mas de fome e inanição. Mais de 100 milhões de trabalhadores informais estão em situação de pobreza extrema e muitos perderam seus empregos do dia para a noite, sem que houvesse planejamento estratégico. Por este motivo, Índia se prepara para relaxar o confinamento do mesmo modo que o decretou, apressada e despreparadamente, o que já está gerando como consequência o aumento agudo de mortes desde então<sup>24</sup>.

Ademais, durante os meses de pandemia e isolamento, em que ocorreu – e ocorre – a corrida por insumos de saúde, como máscaras, respiradores e outros objetos direcionados à prevenção e ao tratamento da doença, diversos países disputaram entre si para obtê-los. Um exemplo claro é a postura dos Estados Unidos da América, país que, naquela altura, era o epicentro da pandemia, com mais de dois milhões e meio de infectados. Diversas denúncias de países demonstram suas práticas agressivas diante da escassez de alguns insumos essenciais. De acordo com autoridades francesas, para obter máscaras fabricadas na China, os estadunidenses as compram diretamente nas pistas dos aeroportos chineses logo antes de iniciarem sua viagem à França<sup>25</sup>, muitas vezes pagando até o quádruplo do preço.

Para tornar ainda mais grave a situação, o presidente Donald Trump anunciou a suspensão da contribuição financeira para a OMS, utilizando como justificativa a alegada má gestão e o suposto favorecimento da China e da disseminação do vírus<sup>26</sup>. Conforme a prestação de contas da organização<sup>27</sup>, os Estados Unidos eram seu maior contribuinte, tinha como avaliados a pagar no biênio 2020-2021 um total de quase 60 milhões de dólares. Há, neste aspecto, condução pela ideologia neoliberal de necropolítica estruturada para descartar as vidas que, segundo esta óptica, menos importam.

Os exemplos, no entanto, não cessam aí<sup>28</sup>. O clima beligerante foi instaurado no enquadramento político, econômico e mesmo diplomático entre os mencionados países, que integram a União Europeia<sup>29 30</sup>. Além das políticas públicas e dos insumos, há de mencionar

23 TELEGRAPH. Italy desperate for tourists to return as Milan 'brought to its knees' over virus fear, 2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/02/29/italy-desperate-tourists-return-milan-brought-knees-virus-fear/>. Último acesso: 21 jun. 2020.

24 BBC. *Lockdown na Índia*: como a quarentena matou mais de 300 pessoas que não tinham o coronavírus, 2020c. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52921925>. Último acesso: 24 jun. 2020.

25 G1. Covid-19: EUA pagam mais caro e ficam com remessa de máscaras chinesas destinadas à França. Abril, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/04/02/covid-19-eua-pagam-mais-carro-e-ficam-com-remessa-de-mascaras-chinesas-destinadas-a-franca.ghtml>. Último acesso: 24 abr. 2020.

26 BBC. *Coronavirus: US to halt funding to WHO, says Trump*. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52289056>. Último acesso: 24 abr. 2020.

27 WHO. *Assessed contributions payable by Member States and Associate Members 2020-2021*. Disponível em: [https://www.who.int/about/finances-accountability/funding/2020-21\\_AC\\_Summary.pdf?ua=1](https://www.who.int/about/finances-accountability/funding/2020-21_AC_Summary.pdf?ua=1). Último acesso: 24 abr. 2020.

28 O próprio governo francês realizou o que um jornal local denominou de “guerra das máscaras” com a Suécia, em que a França confiscou quatro milhões de máscaras da empresa sueca, que deveriam ser enviadas à Espanha e à Itália. (L'EXPRESS. *Guerre des masques entre la Suède et la France*. Abril, 2020. Disponível em: [https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/requisition-et-indignation-partagee-la-guerre-des-masques-entre-la-suede-et-la-france\\_2122374.html](https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/requisition-et-indignation-partagee-la-guerre-des-masques-entre-la-suede-et-la-france_2122374.html). Último acesso: 24 abr. 2020).

29 Conforme jornal italiano um carregamento da Cruz Vermelha de 680 mil máscaras e respiradores enviado como ajuda humanitária chinesa para a Itália foram confiscados pela aduana da República Tcheca. (LA REPUBBLICA. *Coronavirus, mascherine per l'Italia sequestrate dalla Repubblica Ceca. L'ambasciata italiana: "Praga si è impegnata a inviarti un numero uguale"*. Março, 2020. Disponível em: [https://www.repubblica.it/esteri/2020/03/21/news/coronavirus\\_cosi\\_la\\_repubblica\\_ceca\\_ha\\_sequestrato\\_680\\_mila\\_mascherine\\_inviata\\_dalla\\_cina\\_all\\_italia-251883320/](https://www.repubblica.it/esteri/2020/03/21/news/coronavirus_cosi_la_repubblica_ceca_ha_sequestrato_680_mila_mascherine_inviata_dalla_cina_all_italia-251883320/). Último acesso: 24 abr. 2020).

30 A Alemanha proibiu a exportação de equipamento médico e reteve carregamentos com destino a países vizinhos, como Suíça e Áustria. No mesmo sentido, autoridades alemãs denunciaram que 200 mil máscaras de proteção, que já haviam sido pagas ao fornecedor estadunidense e que seriam utilizadas pela polícia de Berlim, foram confiscadas em Bangkok, na Tailândia. O ato, chamado de “pirataria moderna”, foi ligado à proibição de exportação de máscaras pelo governo dos Estados Unidos – baseada em lei aprovada em 1950 no contexto de Guerra na Coreia –, o que foi mal visto pela comunidade política da Alemanha. A proibição de exportação decretada por vários países foi reconhecida como potencial propulsora de graves implicações humanitárias nos sistemas de saúde do Canadá e da América Latina, que importam seu equipamento de lá e, consequentemente, geram retalições por outros países de modo geral que interagem economicamente com EUA. (DER TAGESSPIEGEL. *Berlins Innensenator spricht von „moderner Piraterie“*. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.tagesspiegel.de/wissen/usa-haben-wohl-200-000-schutzmasken-abgefangen-berlins-innensenator-spricht-von-moderner-piraterie/25712976.html>. Último acesso: 24 abr. 2020).

a questão da informação e de sua manipulação. Herrera Flores também menciona como “a era da informação” tem consequências políticas claras que, derivado de um processo de descolonização nacional, configura outras formas de dominações imperiais, em uma constelação transnacional de grandes empresas e de interesses difusos no mundo virtual da globalização<sup>31</sup>.

Isso pois o direito do acesso à informação, além de resguardar o direito de imprensa, possibilita que se identifique injustiças, especialmente com grupos mais vulneráveis. No Brasil, a questão foi analisada, realizando controle da constitucionalidade de norma que restringia o acesso à informação em decorrência da pandemia. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6351 entendeu que as contratações de saúde devem ser publicizadas, de modo que informações sobre repasses e aplicação de verbas para combate da doença, leitos disponíveis, contratação de pessoal e medidas de prevenção e tratamento das e dos profissionais de saúde, dentre outras, não devem ser tratadas como questões meramente técnico-administrativas<sup>32</sup>.

Inclusive, um dos modos de ocupação dos espaços políticos, sociais, econômicos, pessoais e culturais negados pela globalização hegemônica, segundo o autor espanhol, é reconhecendo que a ineficácia das leis do mercado baseia-se na imperfeição da informação e na desigualdade de sua distribuição. Continua dizendo:

A utopia econômica do mercado autorregulado e a utopia política de uma democracia de baixa intensidade – utopias próprias do liberalismo – constituem o marco causal dos riscos que uma modernidade reflexiva preocupada unicamente com os efeitos quer – talvez ingenuamente – justificar<sup>33</sup>.

No mesmo sentido é a declaração realizada pelo Secretário Geral da ONU, António Guterres, acerca de uma “epidemia” paralela, referindo-se à desinformação que acompanha e ameaça o enfrentamento do COVID-19. Alertou que o ódio está se tornando “viral”<sup>34</sup>, com “pessoas e grupos específicos sendo estigmatizados e difamados”. Reiterou a importância da credibilidade da ciência e dos fatos, bem como da confiança ao próximo e da solidariedade, de modo que o “respeito mútuo e a proteção dos direitos humanos devem ser a nossa bússola para enfrentar esta crise”, classificada como a pior desde a Segunda Guerra Mundial.

O negacionismo da pesquisa científica frente à maior pandemia vista em 100 anos, bem como o descrédito sistemático que a imprensa vem enfrentado em muitos países corroboram para a situação acima descrita. Além de *fake news* prometendo remédios milagrosos, redução da gravidade da doença ou a implementação no imaginário coletivo de uma falsa dicotomia entre saúde e economia – com a paralela polarização política dos pontos de vista – têm prejudicado de modo global o enfrentamento do vírus.

Novamente, é possível identificar como o neoliberalismo, pautado em individualismo e rivalidade, influencia nos acontecimentos contemporâneos. A distribuição desigual de poder, de capacidades e de informação perpetua relações pré-existentes que se agravam pela situação de risco que o mundo se encontra, além de incitar e desmascarar atitudes discriminatórias enraizadas.

31 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.133.

32 JOTA. SOARES, Inês Virginia Prado; FACHIN, Melina Girardi. (2020). *Covid-19, direito à saúde e os 3Ds: diálogo, deferência e desastres*. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/covid-19-direito-a-saude-e-os-3ds-dialogo-deferencia-e-desastres-28042020>. Último acesso: 07 maio 2020.

33 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.205-206.

34 ONU. *COVID-19: chefe da ONU alerta para 'epidemia de desinformação'*. Abril, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/covid-19-chefe-da-onu-alerta-para-epidemia-de-desinformacao/>. Último acesso: 25 abr. 2020.



Um exemplo claro é o uso do termo “vírus chinês” por diversas pessoas, inclusive líderes políticos, claramente em cunho pejorativo e xenofóbico, tendo em vista que o COVID-19 fora descoberto primeiramente na China em dezembro de 2019. Muitos boatos inverossímeis acerca da higiene da população chinesa foram disseminados, bem como muitos turistas sofreram atos sérios de discriminação em outros países.

No Brasil, o então Ministro da Educação, Abraham Weintraub, publicou em seu perfil pessoal no Twitter uma insinuação de que a China poderia ser beneficiada com a crise mundial, com alto grau discriminatório, inclusive pela forma de escrita. Como resposta, a Embaixada da China emitiu uma nota acerca do “cunho fortemente racista” da declaração, bem como fora aberto inquérito pelo crime de racismo contra Weintraub<sup>35</sup>.

Todavia, tal panorama não se dá pela inexistência de normas uníssonas, mas sim pelo seu descumprimento. A Organização Mundial da Saúde tem, nos últimos meses, publicizado diversas recomendações acerca de medidas preventivas individuais, bem como de ações para as autoridades públicas, como cuidados com a higiene, isolamento e distanciamento social, fechamento ou redução de atividade comercial não essencial e auxílio às pessoas autônomas ou mais necessitadas.

Há, inclusive, uma seção em seu site institucional apenas para desmitificar algumas informações mundialmente vinculadas, como o uso de bebidas alcólicas, água fria, temperaturas altas ou desinfetantes químicos no corpo para combater o vírus, que mais prejudica do que auxilia o combate à epidemia. Cumpre-se lembrar que hospitais estadunidenses registraram número alto de ingresso de pessoas na emergência que haviam ingerido desinfetante<sup>36</sup> após o Presidente Trump tê-lo mencionado como potencial cura.

Entretanto, muitos líderes têm deliberadamente descumprido com as recomendações supramencionadas, como China, Itália, e inclusive Brasil. O desrespeito pelas recomendações da OMS “põe em xeque, objetivamente, a autoridade dos organismos de monitoramento e controle para a proteção da população mundial de pandemias como a que está em curso”<sup>37</sup>.

Tendo em vista ser uma crise complexa e multisetorial, mas principalmente sanitária, deve-se atentar para a não supressão de garantias básicas de direitos econômicos, sociais e culturais, sob o pretexto de estado de emergência. No sistema global, as obrigações transversais de não discriminação, não retrocesso e obrigações básicas continuam sendo a “estrutura normativa”<sup>38</sup> crítica para os Estados partes no PIDESC, por exemplo, mesmo em tempos de emergência.

Não apenas o sistema global, mas os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos estão em acordo com as recomendações de saúde da OMS. A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos emitiu diversas notas de imprensa quanto ao COVID-19: acerca da liberdade de expressão e acesso à informação na África em resposta à pandemia<sup>39</sup>; dos povos e

35 CONJUR. Celso determina inquérito contra Weintraub por racismo. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/celso-determina-inquerito-weintraub-racismo>. Último acesso: 06/05/2020.

36 BBC. *Coronavirus: Outcry after Trump suggests injecting disinfectant as treatment*. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52407177>. Último acesso: 24 abr. 2020.

37 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?*. OAB Nacional, março de 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-aobrasil-por-valerio-de-oliveira-mazzuoli>. Último acesso: 24 abr. 2020.

38 EJIL: *TALK!, Calibrating Human Rights and Necessity in a Global Public Health Emergency: Revive the UN OHCHR's ICESCR Compliance Criteria*. Março, 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/calibrating-human-rights-and-necessity-in-a-global-public-health-emergency-revive-the-un-ohchrs-icescr-compliance-criteria/>. Último acesso: 30 abr. 2020.

39 ACHPR. *Press Release by the Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information in Africa on the Importance of Access to the Internet in Responding to the COVID-19 Pandemic*. Disponível em: <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=487>. Último acesso: 24 abr. 2020.

comunidades indígenas na África<sup>40</sup>; das pessoas privadas de liberdade<sup>41</sup>, dentre outros.

Outro informe de extrema importância é o Comunicado de imprensa sobre uma resposta eficaz baseada nos direitos humanos ao novo vírus COVID-19 na África, que deve se dar com base no princípio da legalidade, igualdade, não discriminação, acesso à informação, primazia de medidas de prevenção e contenção tempestivas, enfrentando os desafios da não implementação e conformidade. Deve-se observar a proteção de grupos vulneráveis, em privação de liberdade, garantindo o direito à saúde de todos.

Este objetivo deve se dar em solidariedade social e intergeracional e como dever de indivíduos, setor privado, líderes da comunidade, mídia e instituições religiosas, respeitando os direitos humanos, e com medidas de mitigação, monitoramento, investigação e correção tanto em relação à pandemia quanto à violação dos referidos direitos<sup>42</sup>.

Por outro lado, a Corte Europeia de Direitos Humanos emitiu uma Unidade de Imprensa versando acerca dos requisitos para a derrogação da Convenção Europeia de Direitos Humanos em tempos de emergência, frente a diversos requerimentos tendo como base o art. 15 da referida convenção. A crise sanitária se encaixaria no artigo que prevê que “em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional”<sup>43</sup>.

Por fim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de emitir comunicados de imprensa sobre a proteção de grupos vulneráveis específicos, como crianças<sup>44</sup>, pessoas idosas<sup>45</sup>, pessoas LGBTI<sup>46</sup> e da garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais das pessoas que sofrem discriminação racial<sup>47</sup> no contexto do COVID-19, também formulou a Resolução 01/20 - Pandemia e Direitos Humanos nas Américas<sup>48</sup>. Nele, ressaltou o direito à saúde e dos DESCA no contexto de pandemia, demonstrou preocupação quanto à decretação de estados de exceção, uma vez que as liberdades fundamentais e os Estados de Direitos devem ser resguardados, além dos grupos em situação de vulnerabilidade. Reiterou a importância da “coordenação regional e global para enfrentar a crise da pandemia do COVID-19, a fim de alcançar eficácia de maneira regional, global e sustentável nas políticas públicas e medidas de distinta natureza que se adotem”<sup>49</sup>.

40 ACHPR. Press Release on the Impact of the COVID-19 Virus on Indigenous Populations/Communities in Africa. Disponível em <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=493>. Último acesso: 24 abr. 2020.

41 ACHPR. Press Release of the Special Rapporteur on Prisons, Conditions of Detention and Policing in Africa on Reports of Excessive use of Force by the Police during the COVID-19 Pandemic. Disponível em <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=491>. Último acesso: 24 abr. 2020.

42 ACHPR. Press Statement on human rights based effective response to the novel COVID-19 virus in Africa. Disponível em: <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=483>. Último acesso: 24 abr. 2020.

43 Dentre os países requerentes: Latvia, România, Armênia, República de Moldova, Estônia, Georgia, Albânia, North Macedônia, Sérvia e San Marino.

44 CIDH. CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/090.asp>. Último acesso: 28 abr. 2020.

45 CIDH. La CIDH urge a los Estados a garantizar los derechos de las personas mayores frente a la pandemia del COVID-19. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/088.asp>. Último acesso: 24 abr. 2020.

46 CIDH. La CIDH llama a los Estados a garantizar los derechos de las personas LGBTI en la respuesta a la pandemia del COVID-19. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/081.asp>. Último acesso: 24 abr. 2020.

47 CIDH. La CIDH y su REDESCA hacen un llamado a los Estados de la región a garantizar los derechos de las Personas Afrodescendientes y prevenir la discriminación racial en el contexto de la pandemia del COVID-19. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/092.asp>. Último acesso: 28 abr. 2020.

48 CIDH. Resolución no. 1/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Último acesso: 28 abr. 2020.

49 CIDH. Resolución no. 1/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Último acesso: 28 abr. 2020, p.7.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também emitiu a Declaração 10, de 9 de abril de 2020, na qual aborda os problemas e desafios da pandemia, e como estes devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais. Assim, além do direito à saúde, deve-se observar o direito ao trabalho, a proporcionalidade no uso da força, o acesso a informação, acesso à justiça e especial proteção dos grupos vulneráveis, como mulheres, indígenas, pessoas privadas de liberdade, dentre outros<sup>50</sup>. Diante do exposto, sobrepõem-se a necessidade de repensar a competitividade internacional e desenvolver ainda mais o diálogo por meio de um constitucionalismo multinível.

#### 4 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL COMO PERSPECTIVA

Resta claro, portanto, que o panorama atual, já não comporta certezas e concepções enraizadas. A pandemia trouxe a questão a uma reflexão global que, ainda que forçada por uma realidade extremamente delicada, demonstrou de modo concreto como a cooperação e diálogo internacionais são imprescindíveis.

Além de encarar o neoliberalismo como modo de organização sociopolítica fundado em termos como soberania, e baseado em competitividade nacionalista, é preciso superar a ideia de que direitos humanos não são interdependentes e que podem ser escolhidos em detrimento de outros. Ademais, abandonar a ideia de mercado como neutro, e de que liberdades relacionadas a ele se complementam às liberdades provenientes de outras instituições, pois muitas vezes as motivações do lucro privado podem ser contrárias aos interesses sociais<sup>51</sup>.

Isso pois os elementos clássicos basilares da Teoria do Estado se encontram abalados pela estrutura globalizante atual pautada nos elementos citados. Desse modo, a soberania não comporta mais a ideia clássica, frente a criação e desenvolvimento de sistemas regionais e globais, uma vez que se modifica a definição teórica de poder. Antes conceituada como externa ao direito, foi paulatinamente sendo inserida na teorização normativa quando à sua regulamentação e teorização, relativizando o conceito absoluto anteriormente adotado. A isso é somado aspectos concretos, como relativização de fronteiras e dinamicidade dos meios de comunicação<sup>52</sup>.

Herrera Flores também menciona “a perda de soberanias nacionais em favor de poderes privados e corporativos de tanta envergadura que nem mesmo a ficção científica pôde prever”<sup>53</sup>, principalmente com a proeminência que empresas multinacionais tomam no cenário político atual.

Quanto ao elemento povo, Wendy Brown discorre em como a fase atual do neoliberalismo incorre na ideia de cidadania. O Estado, que hoje pensa como uma grande empresa, busca lucro acima de tudo, e o papel de cidadania - antes ativa e passiva, participar ativamente do processo deliberativo - foi reduzido à participação no crescimento nacional, retirando o espaço de diálogo<sup>54</sup>. Também teoriza acerca do paradoxo da liberdade neoliberal e a inversão

50 CORTE IDH. Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1/20, abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direitos-humanos.pdf>. Último acesso: 07/05/2020.

51 SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. Alfred A. Knopf: New York, 2000, p. 124.

52 VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p.39-40.

53 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.20.

54 Nas palavras de Wendy: Assim, enquanto a cidadania neoliberal deixa o indivíduo livre para cuidar de si mesmo, ela também o compromete, discursivamente, com o bem-estar geral – demandando sua fidelidade e potencial sacrifício em nome da saúde nacional ou do crescimento econômico (BROWN, Wendy. *Cidadania Sacrifical: Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Pequena biblioteca de ensaios. Zazie Edições, 2018, p. 10).

do contato social: o indivíduo, que abdicava de certa liberdade para o Estado, para que este cuidasse dos indivíduos, se torna aquele que tem que cuidar de si mesmo e do Estado, criando a ideia de sacrifício cidadão e compartilhado.

Conforme Brown, além do processo de responsabilização, há o de delegação, em que não apenas o indivíduo é sobrecarregado, como há dificuldade de responsabilizar e até mesmo identificar a instituição mandante, de modo que o que pesa é o ponto mais fraco. Por fim, apresenta o conceito de governança que, embora com muitas vantagens no plano empresarial e até internacional, é fator de enfraquecimento da cidadania quando posta como governo. O ideal sempre de consenso e boas práticas, invisibiliza e apaga movimentos truculentos que buscam modificações do status quo, codificados como socialismo e apontados como a antítese de uma democracia de mercado.

Herrera Flores corrobora essa ideia, ao afirmar a tentativa de institucionalização de um sistema único de valores, em que o mercado é autorregulado e a democracia é reduzida a seus aspectos puramente eleitorais<sup>55</sup>. Pois ao considerar o político como algo alheio às lutas pela dignidade humana, deixa-se paralisado tudo o que depende da política na sua dimensão de relações de força, de austeridade, de adversário e de antagonismo, com a instauração de uma “epidemia de centrismo” que se assemelha ao apagamento das reivindicações populares pela governança mencionado por Brown.

De um ponto de vista individual, a cidadania nesta ótica deve formar uma imagem múltipla que permita visualizar a pluralidade de suas causas, seus processos e seu resultado, não restringindo a dignidade a abstrações, mas sim a bens materiais e imateriais, aos indivíduos, suas mentes e corpos. Entretanto, de um modo de vista coletivo, deve ser uma ferramenta essencial para denunciar violações ou omissões de um Estado, bem como um meio de reivindicações e identificação de problemas estruturais.

Por fim, o elemento do território, conquanto conservado sob uma ótica literal, já enfrentava diversas mudanças devido à grande volatilidade das relações econômicas, do capital privado e das medidas protetivas do meio ambiente. Atualmente, encara a realidade de que a pandemia não respeita limites territoriais. Como afirma Aziz Ab’Saber<sup>56</sup>, nunca foi tão necessário e urgente trabalhar no campo das ideias, sobretudo tendo como objeto da pesquisa a situação dos excluídos -aqueles que, conforme Avelãs Nunes, sequer são visíveis. Diante da desigualdade legitimada pelo neoliberalismo, o conhecimento deve ter presente a pirâmide social, bem como denunciar a negação de responsabilidade dos privilegiados, mitigada por uma pretensa falta de vontade dos afetados para saírem de sua posição subordinada.

Com o agravamento das desigualdades pela pandemia global, torna-se ainda mais necessário o debate acerca do constitucionalismo multinível frente aos ideais descritos, fundados em conceitos ultrapassados e princípios que não comportam a dimensão e profundidade das relações entre governos, organizações e indivíduos. Isto pois na situação atual, em que o vírus afeta a todos de modo geral, há total interdependência dos Estado e a necessidade urgente de realização de um constitucionalismo global e esfera pública planetária. Torna-se imprescindível a adoção de medidas homogêneas eficazes no combate ao vírus, em detrimento dos procedimentos inadequados e descoordenados.

Conquanto propulsora de uma grande tragédia, a pandemia enseja “nascer finalmente uma consciência geral voltada ao nosso destino comum, que, por isso, requer um sistema

---

55 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.74.

56 AB’SABER, A. The Essence of the Earth Charter in GOLDEWIJK, Berna Klein. BASPINEIRO, Adalid Contreras. CARBONARI, Pablo César (eds.) *Dignity and human rights. The implementation of economic and cultural rights*, Oxford-New York: Intersentia, 2002, p. 181.

comum de garantia dos nossos direitos e da nossa convivência pacífica e solidária<sup>57</sup>. Embora o sentimento de “meu país primeiro” seja evidente, há também o sentir de “estamos nisso juntos”, uma vez que poucas questões são tão globais quanto pandemias. A OMS tem apresentado expertise técnica valiosa no combate ao vírus, bem como apresenta estrutura institucional para se estabelecer como organização internacional, o ponto primordial é a postura dos Estados para o cumprimento das recomendações<sup>58</sup>.

Em questão de sistemas regionais, há diversos exemplos promissores de como a premissa nacional pode ser ultrapassada objetivando um fim comum. O mais assentado é a União Europeia que conta com diversos tratados, acordos, princípios gerais e legislação secundária, com forte consolidação no tráfego de mercadoria, fluxo humano, proteção de direitos humanos e transações econômicas. Entretanto, uma crítica à União Europeia é a dificuldade de instauração de um espaço democrático de progresso social desassociado do “credo neoliberal e monetarista e dos dogmas da ‘teologia da concorrência’”<sup>59</sup>. Assim, outros exemplos podem ser apresentados, como a integração latino-americana.

A América Latina é, atualmente, a região mais desigual do planeta - associada à cultura de privilégio com raízes da época colonial<sup>60</sup>, e também a mais violenta, contando com um padrão histórico de discriminação e um legado conjunto de regimes ditatoriais. Conforme Flávia Piovesan<sup>61</sup>, o crescente empoderamento do sistema interamericano e sua força catalizadora na região é fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema multinível – com abertura e permeabilidade mútuas-, emergindo com os sistemas nacionais e a sociedade civil.

Dentro desse novo modelo, a ação do Estado assume destaque na promoção da igualdade e justiça sociais com ação contrabalaneada dos desequilíbrios instituídos pelo modelo econômico liberal-globalizante que passa, sobretudo, pela afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais. “Há que se demandar uma globalização mais ética e solidária<sup>62</sup>, e preleciona Flávia Piovesan, complementando:

Se, tradicionalmente, a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos, sob o forte impacto da “voz do Norte”, testemunhasse, atualmente, a ampliação desta agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, no direito ao desenvolvimento, no direito à inclusão social e na pobreza como violação de direitos. Este processo permite ecoar a “voz própria do Sul”, capaz de revelar as preocupações, demandas e prioridades desta<sup>63</sup>.

Esse processo de afirmação coloca-se como contraponto: “A abertura dos mercados, por sua vez, deixou os Estados vulneráveis à especulação, hoje turbinada pela

57 FERRAJOLI, Luigi. *O vírus põe a globalização de joelhos*. Instituto Humanitas Unisinos. Março de 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-deluigi-ferrajoli>. Último acesso: 30 abr. 2020.

58 VON BOGDANDY, Armin; VILLARREAL, Pedro. International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis (March 26, 2020), p.25. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561650>. Último acesso: 30 abr. 2020.

59 NUNES, A. J. A. Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Boletim de Ciências Econômicas XLVIII*, 2005, p. 410.

60 PNUD. *Relatório de desenvolvimento humano de 2019*, p.54. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf). Último acesso em: 30 abr. 2020.

61 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, n. 36. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p.13.

62 FREEMAN, Michael. *Human Rights: Key Concepts*. 3rd edition. Cambridge: Polity Press, 2010, p. 159.

63 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.54.



instantaneidade das telecomunicações. Nesse aspecto, a globalização econômica, além de aumentar a fragilidade de certas economias, tem ampliado a desigualdade entre as nações, especialmente no que se refere à distribuição de recursos entre as diversas sociedades que habitam o globo”<sup>64</sup>.

Conforme Freeman, os direitos humanos e o processo de globalização estão profundamente imbricados, portanto, não se pode partir do pressuposto de que a globalização é ruim para os direitos humanos, até porque “*the human-rights regime and the human-rights movement are, however, parts of cultural, legal, and political globalization*”<sup>65</sup>. Eis a razão pela qual se pugna por outra globalização, a “*globalización por abajo*” ou ainda “*globalización de la sociedad civil*” para usar expressões de Bengoa.<sup>66</sup>

É necessário portanto, uma cultura jurídica inspirada em novos paradigmas jurídicos e na emergência de um novo Direito Público, como a estatalidade aberta<sup>67</sup>, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana em um sistema multinível<sup>68</sup>, conjuntamente com uma visão cosmopolita da coordenação internacional. Torna-se ainda mais importante o desenvolvimento desse sistema quando se percebe a vocação prática da constituição de um *Ius Constitutionale Commune* na defesa dos direitos humanos e da democracia.

Os princípios fundamentais que orientam o *Ius Constitutionale Commune* são universais. Trata-se sobretudo de respeito pelos direitos humanos, democracia e Estado de Direito. Contudo, o objetivo principal não é participar de um discurso global sobre princípios abstratos. Pelo contrário, o enfoque é nutrido por experiências concretas, por situações humanas inaceitáveis como resultado de déficits sistêmicos. O *Ius Constitutionale Commune* tem vocação altamente prática: tornar realidade as promessas e garantias constitucionais latino-americanas novas ou reformadas após a era de governos autoritários. Os textos produzidos sob a bandeira do *Ius Constitutionale Commune* respiram um ar idealista: apesar dos problemas já conhecidos com o constitucionalismo na América Latina, ainda se atribui ao direito constitucional um potencial emancipatório<sup>69</sup>.

Neste sentido, o direito internacional regional e constitucionalismos nacionais atuam em conjunto para ampliar o rol de proteção de direitos humanos, bem como restringir poderes abusivos. Em diversos países em que a hierarquia normativa é a mesma, o bloco

64 VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e constituição republicana. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 576.

65 FREEMAN, Michael. *Human Rights: Key Concepts*. 3rd edition. Cambridge: Polity Press, 2010, p. 159-160.

66 BENGOA, Juan. Prologo. In: TERRE DES HOMMES. *El Derecho a la Equidad: ética y mundialización social*. Barcelona: Icaria Editorial, 1997, p. 22.

67 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, n. 36. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 17.

68 O Constitucionalismo Multinível busca analisar, no contexto de emergência de um novo espaço jurídico, esta espacialidade pública que se articula em torno do princípio *pro persona*, tendo como premissa o pluralismo e integração entre os sistemas jurídico nacional e internacional. Assim, não há hierarquia, mas sim a formação de “uma rede, de vários planos, localizados em diversos níveis, que se alimentam e limitam reciprocamente”. (FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. *Revista Ibérica do Direito*, Ano I, Vol. I, N. 1, jan./abr. 2020, pp. 66–82, p.71).

69 Tradução livre: Los principios fundamentales que orientan al *Ius Constitutionale Commune* son universales. Se trata sobre todo del respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. No obstante, el objetivo principal no es participar en un discurso global sobre principios abstractos. Más bien, el enfoque se nutre de experiencias concretas, de situaciones humanas inaceptables a raíz de déficits sistémicos. El *Ius Constitutionale Commune* tiene una vocación sumamente práctica: hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latinoamericanas nuevas o reformadas después de la era de los gobiernos autoritarios. Los textos que se producen bajo la bandera del *Ius Constitutionale Commune* respiran un aire idealista: a pesar de los ya conocidos problemas que padece el constitucionalismo en Latinoamérica, aún se le atribuye al derecho constitucional un potencial emancipador. (VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, enero-junio de 2015, p. 16-17.)

de convencionalidade se resume ao bloco de constitucionalidade e vice versa e, com a interpretação constitucional do direito internacional<sup>70</sup>, a ideia de democracia e de proteção de direitos individuais e coletivos se fortalece com a extensão dos mecanismos de proteção por meio de diálogo vertical e horizontal.

Os efeitos concretos são facilmente identificados, como a produção já mencionada de normas, recomendações e princípios a serem seguidos para a proteção de direitos durante a pandemia realizada pelos sistemas regionais e pelo sistema internacional (em especial a OMS).

Em relação ao povo, além de reverter a ideia de cidadania passiva que contribui para a gradativa deslegitimação dos movimentos sociais, é imprescindível entender a humanidade como sujeito de direito, abarcando os integrantes do gênero humano como um todo, compreendendo gerações presentes e futuras<sup>71</sup>. Exemplos de direitos em que o princípio da humanidade prevalece podem ser citados, como o direito ao meio ambiente, erradicação da pobreza, direitos humanos e, considerando a situação atual, especificamente o direito à saúde.

A ideia de humanidade como sujeito de direito, está presente na Carta da Terra, ao afirmar que “a humanidade é parte de um vasto universo em evolução” e que a “Terra, nosso lar, está viva como uma comunidade”. Com vistas à situação global, desafios ao futuro e responsabilidade universal, estabelece como princípios o respeito e cuidado com a comunidade da vida, com integração ecológica, justiça social e econômica, e democracia, não violência e paz<sup>72</sup>.

Outro ponto de extrema importância é retirar do mercado sua aura de neutralidade e desassocia-lo à ideia de desenvolvimento. Desenvolvimento não é sinônimo de PIB, tampouco de distância da proteção dos direitos humanos. Ao separar estas duas últimas ideias - posicionando-as em momentos temporais distintos, não se respeitam os direitos, tampouco existe desenvolvimento, já que uma coisa leva necessariamente a outra. Não existe desenvolvimento se não se respeitam os direitos humanos no mesmo processo<sup>73</sup>. Neste sentido, um grupo de 170 acadêmicos holandeses realizaram um manifesto com 5 princípios para a mudança e reestruturação econômica após a crise causada pelo COVID-19, os quais são:

1. Mudança de uma economia focada no crescimento do PIB, diferenciando setores que podem crescer e exigir investimentos (setores públicos críticos, energia limpa, educação, saúde) e setores que devem diminuir radicalmente (petróleo, gás, mineração, publicidade, etc);
2. Construção de uma estrutura econômica baseada na redistribuição, como renda básica universal, sistema universal de serviços públicos, forte imposto sobre renda, lucro e riqueza, redução de horas de trabalho e empregos compartilhados, com destaque para o trabalho assistencial;
3. transformação da agricultura em regenerativa. Com base na conservação da biodiversidade, sustentável e baseada na produção local e vegetariana, além de condições justas de emprego e salários agrícolas;
4. redução do consumo ao viajar, com uma mudança drástica de viagens luxuosas e inúteis para consumo e viagens básicas, necessárias, sustentáveis e satisfatórias;
5. cancelamento da dívida, especialmente de trabalhadores e proprietários de pequenas empresas, bem como de países do hemisfério-sul (dívida com países e instituições financeiras internacionais)<sup>75</sup>.

70 ALVARADO. Paola Andrea Acosta. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p.93.

71 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. L'Humanité comme Sujet du Droit International – Nouvelles Réflexions. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 61, jul./dez. 2012, p.71.

72 EARTH CHARTER INTERNATIONAL. *Carta da Terra*. Disponível em: [https://earthcharter.org/wp-content/uploads/2020/03/echarter\\_portuguese.pdf?x25683](https://earthcharter.org/wp-content/uploads/2020/03/echarter_portuguese.pdf?x25683). Último acesso: 30 abr. 2020.

73 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 71.

74 CLARIN. *Holandeses avanzan en el escenario pospandemia y proponen un modelo económico basado en el decrecimiento*. Abril, 2020. Fonte original em holandês disponível em: [https://drive.google.com/file/d/18lgH20CnBwhNQWziHdHLJA78cSz7Lx\\_w/view](https://drive.google.com/file/d/18lgH20CnBwhNQWziHdHLJA78cSz7Lx_w/view). Último acesso em 30 abr. 2020.

Diante de todo o exposto, o constitucionalismo multinível se mostra como uma importante ferramenta alternativa no enfrentamento da ideia nacionalista, competitiva e desenvolvimentista ligada ao neoliberalismo. O foco, principalmente no momento delicado relacionado à pandemia, deve ser a proteção dos direitos humanos, e a retomada da economia após a crise subjacente também deve ter como premissa a perspectiva multinível, sem estar apenas relacionada ao lucro.

## 5 CONCLUSÃO

Por meio da análise bibliográfica de Herrera Flores, buscou-se ressignificar a ideia de universalidade formal dos direitos humanos, posicionando-os em seu tempo e espaço. Além disso, partindo do marco teórico de Avelãs Nunes quanto ao liberalismo, demonstrou-se a fragilidade deste quando se enfrenta obstáculos que superam barreiras individualistas e questionam a lógica de lucro. Deste modo, e frente uma análise qualitativa de exemplos práticos em que ocorreu batalha de insumos por objetos de profilaxia e tratamento de COVID-19, conclui-se que o liberalismo não se mostra como uma alternativa viável de manutenção frente à proteção dos direitos humanos, principalmente em um contexto em que as desigualdades sociais se agravam.

O que torna os direitos humanos universais não é a pretensa imposição de direitos ocidentais sob uma ótica neoliberal, mas sim a luta. Retornando a Herrera, “nada é mais universal que garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana”<sup>75</sup>. A crise do COVID-19 não é, também, um legitimador de perpetração de violações de direitos humanos, de modo que reivindicações coletivas e populares têm um papel importante na luta constante pela proteção dessas garantias.

Nesse sentido, é necessário suprimir falsas dicotomias, como mercado e Estado; saúde e economia, para pensar soluções comuns, respeitando as nuances de cada país. O ideal competitivo deve ser superado em prol do cooperativo coordenado. No momento pandêmico, em que o vírus não respeita limites territoriais, o constitucionalismo multinível deve ganhar ainda mais força.

Deve haver, portanto, cumprimento das recomendações da OMS, organização mundial com expertise técnica em questões de saúde, bem como ação conjunta dos sistemas regionais para lidar com situações específicas de cada região, atuando como um mecanismo transformador, e tornando normas gerais em concretas tendo em vista a realidade dos países por eles contemplados. O diálogo com os sistemas nacionais deve ser não apenas de cumprimento das normas do modo mais uníssono possível, como também para trocar experiências acerca do enfrentamento da pandemia e tornar os debates sempre mais plurais.

A tragédia pode ter agravado problemas sistemáticos já muito presentes em um panorama socioeconômico que sobrepõe lucro a direitos, nacionalismo a diálogo, e competitividade a cooperação. Para a reestruturação econômica e social após COVID-19, em compromisso com os direitos humanos, há alternativas pautadas no desenvolvimento humano, sustentabilidade, redistribuição e, mais importante, a efetividade dos direitos humanos como foco central, de modo a romper com outras “pandemias” há muito instauradas.

---

75 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.113.

## REFERÊNCIAS

AB'SABER, A. The Essence of the Earth Charter. In: GOLDEWIJK, Berna Klein. BASPINEIRO, Adalid Contreras. CARBONARI, Pablo César (Eds.) *Dignity and human rights*. The implementation of economic and cultural rights, Oxford-New York: Intersentia, 2002.

ACHPR. *Press Release by the Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information in Africa on the Importance of Access to the Internet in Responding to the COVID-19 Pandemic*, 2020. Disponível em: <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=487>. Último acesso: 24 abr. 2020.

ACHPR. *Press Release on the Impact of the COVID-19 Virus on Indigenous Populations/Communities in Africa*, 2020. Disponível em <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=493>. Último acesso: 24 abr. 2020.

ACHPR. *Press Release of the Special Rapporteur on Prisons, Conditions of Detention and Policing in Africa on Reports of Excessive use of Force by the Police during the COVID-19 Pandemic*, 2020. Disponível em <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=491>. Último acesso: 24 abr. 2020.

ACHPR. *Press Statement on human rights based effective response to the novel COVID-19 virus in Africa*, 2020. Disponível em: <https://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=483>. Último acesso: 24 abr. 2020.

ALVARADO. Paola Andrea Acosta. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BBC. *Coronavírus: crise causada pela pandemia levará 30 milhões de latino-americanos à pobreza, afirma Cepal*, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52378936>. Último acesso: 24 jun. 2020.

BBC. *Coronavirus: US to halt funding to WHO, says Trump*, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52289056>. Último acesso: 24 abr. 2020.

BBC. *Lockdown na Índia: como a quarentena matou mais de 300 pessoas que não tinham o coronavírus*, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52921925>. Último acesso: 24 jun. 2020.

BBC. *Coronavirus: Outcry after Trump suggests injecting disinfectant as treatment*, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52407177>. Último acesso: 24 abr. 2020.

BENGOA, Juan. Prologo. In: TERRE DES HOMMES. *El Derecho a la Equidad: ética y mundialización social*. Barcelona: Icaria Editorial, 1997.

BROWN. Wendy. *Cidadania Sacrificial: Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Pequena biblioteca de ensaios. Zazie Edições, 2018.

CIDH. *CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes*, 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/090.asp>. Último acesso: 28 abr. 2020.

CIDH. *La CIDH urge a los Estados a garantizar los derechos de las personas mayores frente a la pandemia del COVID-19*, 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/088.asp>. Último acesso: 24 abr. 2020.

CIDH. *La CIDH llama a los Estados a garantizar los derechos de las personas LGBTI en la respuesta a la pandemia del COVID-19*, 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/081.asp>. Último acesso: 24 abr. 2020.

CIDH. *La CIDH y su REDESCA hacen un llamado a los Estados de la región a garantizar los derechos de las Personas Afrodescendientes y prevenir la discriminación racial en el contexto de la pandemia del COVID-19*, 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/092.asp>. Último acesso: 28 abr. 2020.

CIDH. *Resolución no. 1/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Último acesso: 28 abr. 2020.

CLARIN. *Holandeses avanzan en el escenario pospandemia y proponen un modelo económico basado en el decrecimiento*, 2020. Fonte original em holandês disponível em: [https://drive.google.com/file/d/18lgH20CnBwhNQWZiHdHLJA78cSz7Lx\\_w/view](https://drive.google.com/file/d/18lgH20CnBwhNQWZiHdHLJA78cSz7Lx_w/view). Último acesso em: 30 abr. 2020.

CONJUR. *Celso determina inquérito contra Weintraub por racismo*. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/celso-determina-inquerito-weintraub-racismo>. Último acesso: 06 maio 2020.

CORTE IDH. *Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos 1/20*, abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direitos-humanos.pdf>. Último acesso: 07 maio 2020.

DER TAGESSPIEGEL. *Berlins Innensenator spricht von „moderner Piraterie“*, 2020. Disponível em: <https://www.tagesspiegel.de/wissen/usa-haben-wohl-200-000-schutzmasken-abgefangen-berlins-innensenator-spricht-von-moderner-piraterie/25712976.html>. Último acesso: 24 abr. 2020.

EARTH CHARTER INTERNATIONAL. *Carta da Terra*, 2020. Disponível em: [https://earthcharter.org/wp-content/uploads/2020/03/echarter\\_portuguese.pdf?x25683](https://earthcharter.org/wp-content/uploads/2020/03/echarter_portuguese.pdf?x25683). Último acesso: 30 abr. 2020.

EICHENBAUM, Martin S; REBELO, Sergio; TRABANDT, Mathias. *The Macroeconomics of Epidemics*, NBER Working Papers, National Bureau of Economic Research, Inc: 2020.

EJIL: TALK!. *Calibrating Human Rights and Necessity in a Global Public Health Emergency: Revive the UN OHCHR's ICESCR Compliance Criteria*. Março, 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/calibrating-human-rights-and-necessity-in-a-global-public-health-emergency-revive-the-un-ohchrs-icescr-compliance-criteria/>. Último acesso: 30 abr. 2020.

FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos*. *Revista Ibérica do Direito*, Ano I, Vol. I, N.1, jan./abr. 2020, pp.66-82.

FAO. *Keynote Paper: FAO methodology for estimating the prevalence of undernourishment*, 2015. Disponível em: <http://www.fao.org/3/y4249e/y4249e06.htm>. Último acesso: 28 abr. 2020.

FERRAJOLI. Luigi. *O vírus põe a globalização de joelhos*. Instituto Humanitas Unisinos, 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-deluigi-ferrajoli>. Último acesso: 30 abr. 2020.

FREEMAN, Michael. *Human Rights: Key Concepts*. 3<sup>rd</sup> edition. Cambridge: Polity Press, 2010.

G1. *Covid-19: EUA pagam mais caro e ficam com remessa de máscaras chinesas destinadas à França*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/04/02/covid-19-eua-pagam-mais-carro-e-ficam-com-remessa-de-mascaras-chinesas-destinadas-a-franca.ghtml>. Último acesso: 24 abr. 2020.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2020.

JOTA. SOARES, Inês Vírgina Prado; FACHIN, Melina Girardi (2020). *Covid-19, direito à saúde e os 3Ds: diálogo, deferência e desastres*. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/covid-19-direito-a-saude-e-os-3ds-dialogo-deferencia-e-desastres-28042020>. Último acesso: 07 maio 2020.



LA REPUBBLICA. *Coronavirus, mascherine per l'Italia sequestrate dalla Repubblica Ceca. L'ambasciata italiana: "Praga si è impegnata a inviarcì un numero uguale"*, 2020. Disponível em: [https://www.repubblica.it/esteri/2020/03/21/news/coronavirus-cesi\\_la\\_repubblica\\_ceca\\_ha\\_sequestrato\\_680\\_mila\\_mascherine\\_inviata\\_dalla\\_cina\\_all\\_italia-251883320/](https://www.repubblica.it/esteri/2020/03/21/news/coronavirus-cesi_la_repubblica_ceca_ha_sequestrato_680_mila_mascherine_inviata_dalla_cina_all_italia-251883320/). Último acesso: 24 abr. 2020.

L'EXPRESS. *Guerre des masques entre la Suède et la France*, 2020. Disponível em: [https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/requisition-et-indignation-partagee-la-guerre-des-masques-entre-la-suede-et-la-france\\_2122374.html](https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/requisition-et-indignation-partagee-la-guerre-des-masques-entre-la-suede-et-la-france_2122374.html). Último acesso: 24 abr. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?*. OAB Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-aobrasil-por-valerio-de-oliveira-mazzuoli>. Último acesso: 24 abr. 2020.

NUNES, A. J. A. *Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Boletim de Ciências Económicas XLVIII*, 2005.

NUNES, A. J. *Neoliberalismo e direitos humanos*. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 98, 2003.

ONU. *COVID-19: chefe da ONU alerta para 'epidemia de desinformação'*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/covid-19-chefe-da-onu-alerta-para-epidemia-de-desinformacao/>. Último acesso: 24 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, n. 36. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

PIAÚÍ. *Uma pandemia, muitas quarentenas*, 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/uma-pandemia-muitas-quarentenas/>. Último acesso: 07 maio 2020.

PNUD. *Relatório de desenvolvimento humano de 2019*. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf). Último acesso em: 30 abr. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Apresentação: desenvolvimento sem retórica*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro – textos selecionados de David M. Trubek*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça* [recurso eletrônico] Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Boaventura Souza de. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, 1997.

SEN, Amartya Kumar. *Development as freedom*. 1st. ed., Alfred A. Knopf: New York, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *This Time the Numbers Show We Can't Be Too Careful*, 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-26/coronavirus-lockdowns-look-smart-under-costbenefit-scrutiny>. Último acesso: 21 abr. 2020.

TELEGRAPH. *Italy desperate for tourists to return as Milan 'brought to its knees' over virus fear*, 2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/02/29/italy-desperate-tourists-return-milan-brought-knees-virus-fear/>. Último acesso: 21 jun. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. L'Humanité comme Sujet du Droit International – Nouvelles Réflexions. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 61, 2012.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e constituição republicana. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

VON BOGDANDY, Armin; VILLARREAL, Pedro. *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561650>. Último acesso: 30 abr. 2020.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, 2015.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. São Paulo. Companhia das Letras, 2004.

WHO. *Assessed contributions payable by Member States and Associate Members 2020-2021*. Disponível em: [https://www.who.int/about/finances-accountability/funding/2020-21\\_AC\\_Summary.pdf?ua=1](https://www.who.int/about/finances-accountability/funding/2020-21_AC_Summary.pdf?ua=1). Último acesso: 24 abr. 2020.

WORLD BANK GROUP. Maliszewska, Maryla; Mattoo, Aaditya; van der Mensbrugghe, Dominique. *The Potential Impact of COVID-19 on GDP and Trade: A Preliminary Assessment*. Policy Research Working Paper; No. 9211. World Bank, Washington, DC, 2020. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/>. Último acesso: 24 jun. 2020.

---

**Recebido em:** 03.07.2020

**Aprovado em:** 15.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

FACHIN, Melina Girardi; RAMOS, Catarina M. V.. O vírus do neoliberalismo: o constitucionalismo multinível como alternativa à crise individualista. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.100-120, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# MEDICINA, CIÊNCIA E OPINIÃO

## MEDICINE, SCIENCE AND OPINION

Marco Antônio Ribeiro Tura<sup>1</sup>

**RESUMO:** Neste texto abordo os limites jurídicos da manifestação pública acerca de estratégias para enfrentamento da pandemia a partir da análise do ato médico. A tese central do texto é desenvolvida ao longo de quatro partes. Na primeira parte exponho meu entendimento sobre a relação entre normas e conceitos na teoria e na prática do direito. Na segunda parte extraio da lei os elementos que permitirão o esclarecimento do conceito e dos pressupostos do ato médico. Na terceira parte trato da natureza filosófica e jurídica do ato médico. Na quarta parte, por fim, analiso propriamente os limites da manifestação pública da opinião em assuntos médicos. A pesquisa é claramente dedutiva, partindo de conceitos, categorias, juízos e princípios gerais e abstratos presentes na analítica e na hermenêutica para a situação particular e concreta do ato médico como complexo de juízos. A hipótese é a de que, enquanto complexo de juízos, o ato médico é opinião e, pois, limitado em sua legitimidade jurídica e social a um certo auditório.

**Palavras-Chave:** medicina; ciência; opinião; direito; limite.

**ABSTRACT:** In this text, I address the legal limits of public demonstration about strategies to face the pandemic from the analysis of the medical act. The central thesis of the text is developed over four parts. In the first part I explain my understanding on the relation between norms and concepts in the theory and practice of law. In the second part, I extract from the law the elements that will allow clarification of the concept and assumptions of the medical act. In the third part I deal with the philosophical and legal nature of the medical act. Finally, in the fourth part, I analyze the limits of public opinion in medical matters. The research is clearly deductive, starting from concepts, categories, judgments and general and abstract principles presents in analytics and hermeneutics for the particular and concrete situation of the medical act as a complex of judgments. The hypothesis is that, as a complex of judgments, the medical act is an opinion and, therefore, limited in its legal and social legitimacy to a certain audience.

**Keywords:** medicine; science; opinion; law; limit.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Doutor em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz. Professor de Teoria da Arbitragem e da Mediação, de Arbitragem Comercial Internacional, de Arbitragem de Investimentos Estrangeiros e de Mediação Internacional na Escola Brasileira de Direito. Árbitro da Competição Internacional de Arbitragem de Investimentos da Escola de Direito da Universidade Americana em Washington. Procurador do Ministério Público da União (2005 a 2017).

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A pandemia expôs políticos, cientistas e médicos nos meios de comunicação de massa como nunca antes. Nas ruas e nas redes todos parecem ter opiniões bem claras e definidas sobre a doença e sobre seu tratamento. Os olhares do direito, como discurso regulador do discurso público, merecem ser postos em relevo já que, diversamente de outros olhares, detém certas objetividade e universalidade e permite que as condições mínimas para o diálogo se estabeleçam.

Neste texto pretendo abordar um ponto que encontro na legislação nacional e que reputo servir de baliza para definir os limites para a manifestação pública acerca do enfrentamento da pandemia. Trata-se do ato médico tal qual regulado na lei 12.842, de 10 de julho de 2013, conhecida como lei do ato médico.

A formulação de juízos de licitude sobre o comportamento dos atores na esfera pública depende de interpretação que reclama a elaboração de um conceito básico referido ao termo complexo acima referido sem o qual não é possível deliberar acerca da incidência normativa. É o que tentarei nas próximas páginas.

Em primeiro lugar tratarei da interação entre normas e conceitos no processo de concretização do direito. Em seguida buscarei a elaboração de um conceito que reúna os elementos legais definidores do ato médico e ponha em relevo seus pressupostos normativos de aplicação. Após, bem esclarecidos conceito, elementos e pressupostos, tentarei revelar a natureza filosófica e jurídica do ato médico sempre com a clareza de que a empreitada depende das circunstâncias próprias da leitura do cenário histórico-social. Ao final, falarei dos limites decorrentes do direito positivo para a manifestação pública acerca de questões referentes ao enfrentamento da atual pandemia. A pesquisa foi elaborada utilizando-se do método dedutivo e, portanto, assumindo-se que conceitos, categorias, juízos e princípios da filosofia geral e da filosofia especificamente jurídica, especialmente aqueles construídos no âmbito das escolas analítica e hermenêutica, servem de parâmetro para a definição e divisão de atos materiais na pressuposição de que decorrem de complexos de juízos acerca das interações e percepções entre agentes no sistema social e no mundo vivido. A hipótese cuja comprovação busco sustentar ao longo de todo o trabalho é a de que o ato médico é ato que em sua materialização pressupõe a elaboração de complexos de juízos de natureza parcial e que, portanto, não possui aptidão que permita sua legitimação jurídica e social para além do auditório restrito da relação entre médico e paciente.

O texto é, claramente, comprometido, importando em certa parcialidade. Não creio que exista um discurso neutro, especialmente nas questões fundamentais para a preservação da vida humana. Para mim, um jurista digno desta qualificação há de dizer ao menos para que veio perante seu auditório. Serei, então, tão parcial quanto imponham as limitações de meus sentidos e quanto reclamem minha racionalidade e emotividade.

## 2 NORMAS E CONCEITOS

A interpretação e a aplicação do direito – na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar –, constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização do direito<sup>2</sup>. Interpretação e aplicação

---

2 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1998, p.460 e seguintes; 482 e seguintes.

formam um único processo dialético de concretização do direito<sup>3</sup>. Concretizar o direito significa aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos.

Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação<sup>4</sup>. Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos.<sup>5</sup> E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissolivelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência.

Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto.<sup>6</sup> Conseqüências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos.<sup>7</sup> A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.293 e seguintes.

4 A distinção entre texto de norma e norma tornou-se lugar-comum na literatura jurídica contemporânea. Embora não concordem, necessariamente, com todas as implicações da distinção, os autores mais atualizados não divergem quanto a diferença entre texto e norma. Ver, a respeito: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1998, p. 71 e seguintes. Sobre a concepção da metódica estruturante acerca da distinção, ver: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la methode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p.168 e seguintes. Sobre a concepção formulada a partir da semântica normativa acerca da distinção, ver: ALEXU, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.50 e seguintes.

5 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.79 e seguintes. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la methode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

6 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 61: "Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo daí a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 1989, p.183; e 3.ed. 2001, p.245: "Com a expressão incidência propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão". A visão tradicional da incidência como subsunção é aqui afastada. Não se trata, de maneira alguma, de uma aplicação mecânica, automática, de normas a fatos. A incidência da norma decorre de um processo que contempla elementos da norma e do fato. Sobre a complexa relação entre normas e fatos, ver: NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise, p. 251 e seguintes.

7 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 115 e seguintes



compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas.<sup>8</sup>

Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas.<sup>9</sup> E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos.<sup>10</sup> Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indistigíveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito. Creio estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentarei sobre a substância do ato médico.

### 3 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO ATO MÉDICO

Antes de saber, contudo, do que se trata o ato médico no direito brasileiro, alerto que conceitos, categorias e classes, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. São, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.<sup>11</sup>

A lei do ato médico foi assim alcunhada por resultar de um forte movimento em favor do estabelecimento de um campo privativo de atuação de médicos. Seus oito artigos dispõem de maneira assistemática sobre quais seriam as práticas que, concretamente verificadas, só seriam legítimas, aos olhos do direito positivo, se resultantes da ação de profissionais graduados em curso reconhecido de medicina ofertado por instituição de ensino superior credenciada. A só conclusão, portanto, de curso em que os conhecimentos sejam transmitidos por médicos não basta para que a qualificação como médico seja obtida. Os atos administrativos de reconhecimento do curso e de credenciamento da instituição de

8 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 69: "A expressão suporte fático pode ser usada sob duas conotações: a primeira designando o enunciado lógico da norma, contida no instituto jurídico, em que representa a hipótese fática condicionante da incidência desse mesmo instituto jurídico (suporte fático hipotético); a segunda nomeando o próprio fato quando materializado no mundo real (suporte fático concreto)".

9 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.66: "Os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos".

10 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.66. Os conceitos jurídicos, como observou Montoro, são condicionados socialmente e atuam sobre a totalidade social. (MONTORO, André Franco. *Dados preliminares de lógica jurídica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo, p.8).

11 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp.57;122; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Atlas, 1989, pp.118;127; e 3. ed., 2001, pp.121;130; CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, p.99.

ensino são da essência da qualificação legal como médico daquele profissional que atender satisfatoriamente os requisitos pedagógicos.

Em seu artigo primeiro a lei, com certo exagero, declara uma pretensão inalcançável, isto é, reger o exercício da medicina no País. Ora, o exercício de qualquer profissão, como não poderia deixar de ser, demanda mais do que uma moldura legal empobrecida. É imprescindível a atuação, inclusive normativa, de órgãos reguladores da atividade em todas aquelas áreas que, a exemplo da medicina, são fundamentais para a preservação e proteção da vida e da integridade física, mental e emocional da pessoa humana. De modo que a lei do ato médico traz, quando muito, fundamentos para o desempenho da atividade sem esgotar sua regulação jurídica e ética.

Por isso que, em meu sentir, a lei sob análise apresenta elementos para a definição do que se entende por ato a ser praticado exclusivamente por profissionais graduados em cursos de medicina, mas não apresenta regramento da atividade médica em sua inteireza. Observe-se, nessa linha, a cabeça do artigo segundo da lei que, mais comedidamente, estatui o a atuação do médico tem por objeto “a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”. E seu parágrafo único, como que uma paleta com as tintas de princípios, diz que o médico desenvolverá suas ações profissionais tendo em mira a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças e, por fim, com vistas à reabilitação dos enfermos e dos portadores de deficiências. Quando integrante de equipe de saúde, o médico deve atuar “em mútua colaboração com os demais profissionais de saúde que a compõem”, na precisa dicção do artigo terceiro que deixa claríssima a maior amplitude da noção de saúde que está na base da norma legal.

É precisamente da pressuposição legal de que há múltiplas interações entre profissionais diversos, quando da prestação de serviços de saúde, que deriva a necessidade de se definir até onde alcança o ato próprio de profissionais da medicina, para além do que há invasão ilícita de atribuições legalmente entregues a outros profissionais. Vê-se, assim, a razão pela qual o artigo quarto da lei apresenta enumeração taxativa de atos privativos de profissionais da medicina.

Ao médico cabem, de modo privativo: a indicação e a execução da intervenção cirúrgica e a prescrição dos cuidados médicos antes e depois de referida intervenção; a indicação da execução e a execução propriamente dita de procedimentos invasivos, com finalidades diagnósticas, terapêuticas ou estéticas, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias; a intubação traqueal; a coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, de mudanças necessárias ante intercorrências clínicas e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal; a execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral; a emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos; a determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico; a indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde; a realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular; a atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas; a atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

Nos parágrafos de mencionado artigo, a lei traz a definição de que se deve entender, para seu âmbito de aplicação, com os usos da expressão “diagnóstico nosológico” e da

expressão “procedimentos invasivos”, além de formular hipóteses excludentes da incidência normativa, adequando-a para resguardar a esfera própria de atuação profissional do odontólogo, do assistente social, do biólogo, do biomédico, do enfermeiro, do farmacêutico, do fisioterapeuta, do fonoaudiólogo, do nutricionista, do educador físico, do psicólogo, do terapeuta ocupacional e, por fim, do técnico e do tecnólogo de radiologia.

Para fins da aplicação da lei do ato médico, diagnóstico nosológico deve ser entendido como o ato de determinar qual a doença que acomete o ser humano, isto é, a interrupção, a cessação ou o distúrbio de função do corpo, sistema ou órgão, que seja caracterizada por, no mínimo, dois dos seguintes critérios: agente etiológico reconhecido; grupo identificável de sinais ou sintomas; alterações anatômicas ou psicopatológicas. A referência para a definição da doença que eventualmente acometa o ser humano sujeito à avaliação médica está em ato internacional que, por expressa previsão legal, adquire força normativa vinculante de caráter nacional, isto é, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, cuja versão atualizada deve ser observada. Por seu turno, procedimentos invasivos, novamente nos limites da aplicação da lei do ato médico, abrangem a invasão dos orifícios naturais do corpo, atingindo órgãos internos.

O ato médico, em seus exatos ditames legais, não envolve a aspiração nasofaringeana ou orotraqueal; a realização de curativo com desbridamento até o limite do tecido subcutâneo, sem a necessidade de tratamento cirúrgico; o atendimento à pessoa sob risco de morte iminente; a realização de exames citopatológicos e seus respectivos laudos; a coleta de material biológico para realização de análises clínico-laboratoriais; os procedimentos realizados através de orifícios naturais em estruturas anatômicas visando à recuperação físico-funcional e não comprometendo a estrutura celular e tecidual.

De todo o exposto é possível extrair a conclusão de que o ato médico é ato cognitivo e ato laborativo. De qualquer maneira envolve juízos.<sup>12</sup> O ato médico acontece na interação alimentada por um troca complexa de mensagens entre médico e paciente sobre sensações e percepções acerca do mundo interior e do mundo exterior. A rigor, a forma que o médico tem de alcançar a realidade vivida pelo paciente é pela linguagem que serve de veículo para a narrativa de sua demanda. Entretanto, toda linguagem é imperfeita porque imperfeitos são nossos sentidos e, assim, limitada e parcial é a nossa descrição do mundo vivido. Dessa forma, o médico, para conhecer a realidade vivida pelo paciente tem de se aproximar dela pela narrativa oferecida pelo paciente com todas as suas limitações e parcialidades. Ao médico caberá a reconstrução da realidade vivida através do julgamento acerca da narrativa do paciente e pela formulação de sua própria narrativa quanto ao que naquela se observa como possível e necessário para as finalidades de sua profissão. O médico, assim, formulará juízos, afirmando ou negando correlações entre ideias. Evidentemente, todavia, na interação com o paciente o médico não comparece despido de suas próprias sensações e percepções, influenciadas por sua formação acadêmica, por sua prática profissional e por sua condição individual.

O ato médico é, portanto, um complexo de juízos acerca da informação emergente da relação direta e imediata com o paciente quando de sua avaliação para aferição da regularidade das funções, órgãos ou sistemas corporais conforme certos parâmetros. Há elementos de fato na formação do ato médico como juízo, mas também há certa dose de

---

12 Sobre os juízos, ver: ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2000, pp.96 e seguintes; 120 e seguintes; 234 e seguintes.

avaliação, na medida em que a informação será escolhida conforme sua pertinência para o desenho suficiente do quadro plausível que se proponha a explicar o que ocorre, oferecendo uma solução eficiente que da informação leve à transformação daquele estado de coisas de acordo com o estado da técnica. O médico, então, reflete nos limites da experiência, nas circunstâncias do caso, para agir em um sentido. A reflexão na prática médica é direcionada para a ação, é instrumento para a transformação da realidade e não fundamento para a contemplação da idealidade.

Extraí-se desta definição características que servem de verdadeiros pressupostos. O ato médico pressupõe uma relação intersubjetiva, a relação entre médico e paciente, acerca de determinado objeto demandado por ambos, o estado de saúde. Da relatividade do ato médico decorre sua circunscrição subjetiva e objetiva. Subjetivamente falando, o ato só pode ser praticado por certo médico tendo em vista o atendimento de uma demanda que lhe seja apresentada por determinado paciente, de tal maneira que, salvo situações especialíssimas, o ato depende de consentimento de ambos, não se podendo obrigar o médico a atender aquele paciente caso não se sinta confortável e não se podendo obrigar o paciente a ser atendido por médico que não lhe seja agradável. Objetivamente falando, o ato médico só pode ser praticado de maneira direta no contexto da relação, não se admitindo que exorbite de seus limites e que de qualquer forma influencie situações completamente diversas daquelas próprias que justificaram a procura daquele paciente por aquele médico. O ato médico, portanto, pressupõe bilateralidade e imediatidade. Bilateral porque o ato médico pressupõe a preexistência de um vínculo estabelecido entre médico e paciente pela manifestação da vontade ainda que presumida ou ficta. Imediato porque o ato médico pressupõe que haja um vínculo desenvolvido direta e continuamente, sem interrupção do procedimento e sem intermediação de outros sujeitos em seu núcleo essencial. O ato médico, do ângulo objetivo, caracteriza-se por uma relação desenvolvida em certo tempo e em certo espaço, conforme as possibilidades propiciadas nas condições apresentadas restritamente.

#### **4 NATUREZA DO ATO MÉDICO**

A perspectiva que adoto reclama o entendimento da natureza do ato médico, especialmente para o direito. Sigo com essa tentativa lembrando que o ato médico envolve cognição e labor, um conhecer e um agir, um dizer e um fazer. Por conseguinte, do ângulo material, restou claro, o ato médico envolve processos de conhecimento e procedimentos de trabalho. Do ângulo formal, inobstante, o ato médico é sempre ato regado que serve a variadas finalidades e possui variadas naturezas. É, por exemplo, geralmente, elemento de eficácia de contrato de prestação de serviços em que se assume obrigação de meio. É, também em geral, requisito de validade de contratos diversos de aquisição de produtos e serviços no mercado como exames, remédios, tratamentos e cirurgias.

Embora importantes, essas naturezas, todavia, não são as mais relevantes para os fins a que me proponho neste texto. O ato médico no plano jurídico da existência é o que interessa. Como tal, o ato médico comporta ação, mas antes de tudo consiste numa declaração. É uma declaração que carrega em si uma mistura de linguagens como a meramente informativa e a marcadamente diretiva.<sup>13</sup> Na medida em que o médico com o ato pretende descrever a informação acerca do estado de saúde do paciente, mas igualmente prescreve uma certa

---

<sup>13</sup> Sobre as formas de linguagem, ver: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp.73 e seguintes. ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2000, pp. 352 e seguintes.

conduta para a transformação de referido estado, ele intervém na esfera pessoal do paciente, ainda que seu juízo cognitivo conclua pela ausência de qualquer desequilíbrio corporal, já que toda intervenção está relacionada com a integridade física e psíquica do paciente, objetivando restabelecer o equilíbrio, mesmo quando atingido por sensações e percepções distorcidas. Como declaração, o ato médico é descritivo, isto é, informativo, mas também é prescritivo, isto é, diretivo. Nesse momento a declaração em que consiste o ato médico assume o caráter de opinião que é o núcleo de um dever profissional e igualmente de um direito individual. Entra em cena a discussão acerca do ato médico como exercício da liberdade de expressão de que tratarei a seguir.

## 5 LIMITES DA OPINIÃO MÉDICA

Ficou assentado que o ato médico, como declaração, tem caráter descritivo e prescritivo, informando sobre o estado de saúde do paciente e, caso julgue necessário, dirigindo a conduta para sua transformação. Nessa linha, de julgamento da correlação de meios disponíveis e fins adequados, o médico emite opinião que pode implicar responsabilidade, tomada como resultado de um dever profissional, mas emite opinião que há de ser protegida, se entendida como direito individual. Aqui está a tutela da liberdade de expressão que exige a compreensão da relação entre autonomia privada e soberania estatal.

Autonomia e soberania não se confundem. Dir-se-ia que a soberania é poder originário e que, ao contrário, a autonomia é poder derivado. Nessas concepções está clara a ideia de que soberania é um poder que se inicia fora do direito e que autonomia só se inicia dentro do direito. A soberania, assim, não teria limites jurídicos, enquanto a autonomia, por sua vez, só teria possibilidades nos limites do direito.<sup>14</sup> A questão, contudo, é mais complexa.<sup>15</sup>

Soberania e autonomia não podem ser compreendidas como se residissem cada qual em um distinto mundo: a soberania, no mundo do ser; a autonomia, no mundo do dever. Soberania e autonomia só podem ser devidamente compreendidas como fenômenos, concomitante e conjuntamente, referidos a ambas dimensões do mundo social: a dimensão dos fatos e a dimensão das normas. Soberania e autonomia são fenômenos socialmente informados que são juridicamente conformados. Assim, tanto soberania quanto autonomia possuem limites jurídicos; pois, a soberania se justifica na medida em que protege a autonomia, e a autonomia se exerce na medida em que respeita a soberania.<sup>16</sup>

Ao poder soberano se deve acatamento na medida em que é exercido tendo em mira a realização da essência do poder autônomo. É indevido o respeito ao poder que não se pauta pela busca da afirmação de sua soberania, externa e internamente. Mas a busca de afirmação da soberania só se legitima na medida em que reconheça como legítimas outras soberanias e como legítimas as autonomias. A igualdade é o fundamento da busca pela afirmação da soberania. A soberania, assim, só pode ser devidamente compreendida como poder que se exerce com vistas à proteção das condições objetivas e subjetivas para a afirmação da

---

14 Em tal sentido, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.16 e seguintes. Também: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.248 e seguintes. De certo modo, também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.40 e seguintes.

15 Uma leitura imprecisa de Bodin costuma atribuir-lhe a ideia de que a soberania seria um poder sem limites. Tal, contudo, não lhe pode ser atribuída, pois sempre teve em mente a importância de submeter o poder do soberano aos ditames do direito. Ver, a respeito: KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002; BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

16 Soberania e autonomia são princípios de direito pressuposto, condicionantes da produção e da reprodução do direito posto. Sobre a ideia de direito pressuposto, ver: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.



autodeterminação individual e coletiva.

Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem.

A tensão entre a igualdade e a liberdade exige a presença de um poder social específico que impeça a transformação da autodeterminação dos indivíduos e das coletividades em um poder supressivo da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esse, o poder soberano. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige, ademais, a presença de poderes sociais vários que impeçam a formação de um poder opressivo a partir da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esses, os poderes autônomos. Soberania e autonomia não estão, portanto, uma em relação à outra, livres.

Para delinear a autonomia, o direito posto deve, por isso, utilizar-se dos traços com os quais o direito pressuposto a desenhou. Lembro que o direito é linguagem. Certo que não é uma linguagem qualquer. O direito é uma linguagem que veicula o poder. Lembro, também, que o direito é poder.<sup>17</sup> Mas não um poder qualquer. O direito é um poder que se manifesta pela linguagem. As questões jurídicas, assim, findam por encerrar problemas de ordem linguística, que podem se encontrar em textos, embora não necessariamente estejam. Mas as questões jurídicas encerram problemas que, textuais ou não, manifestam-se no tempo e no espaço. As questões jurídicas encerram problemas de linguagem, de uma linguagem processada em determinados contextos históricos e culturais. Por isso, descobrir qual o desenho dado pelo direito pressuposto à autonomia exige tanto a compreensão do conceito quanto de suas noções.<sup>18</sup>

Etimologicamente, o termo autonomia é expressivo de um dos três pilares da liberdade antiga, ao lado dos termos autarquia e autocrinia. Autocrinia expressa capacidade judiciária própria, possibilidade de julgar a si mesmo. Autarquia expressa a capacidade administrativa própria, possibilidade de governar a si mesmo. Autonomia expressa a capacidade legislativa própria, possibilidade de regular a si mesmo. A precisão do termo, verificada na linguagem antiga, contudo, perdeu-se.<sup>19</sup> O substantivo autonomia tem-se feito acompanhar de diversos adjetivos, como uma estratégia para conferir ao termo a precisão perdida. Fala-se, por isso, em autonomia pública, autonomia privada, autonomia legislativa, autonomia administrativa, autonomia judiciária, autonomia estadual, autonomia municipal, autonomia distrital, autonomia institucional, autonomia orgânica, autonomia funcional, autonomia pessoal, autonomia individual, autonomia didática, autonomia científica, autonomia financeira, etc. Apesar disso, em todas essas adjetivações da autonomia, algo substancialmente idêntico se encontra: a ideia de um âmbito de organização e de atuação

---

17 Sobre o direito como linguagem e como poder, ver: REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

18 Sobre a distinção entre conceitos e noções, ver: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, apêndice.

19 A ponto de alguns defenderem a sua eliminação da linguagem jurídica. A respeito, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.15.

exclusivas, livres de quaisquer interferências externas.

Historicamente, essa ideia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas, também se mostra como persistente. Assim, embora se possa afirmar um conceito de autonomia, uma ideia de autonomia que se coloca fora do tempo e do espaço, formada a partir da raiz grega, certo é que uma tal ideia só se concebe na medida em que se concretize, mais ou menos, em cada tempo e em cada espaço. O conceito (fora do tempo e fora do espaço) de autonomia, portanto, depende das noções (no tempo e no espaço) de autonomia para adquirir sua principal potencialidade e para exercer sua principal função: a de ideia reguladora, apta a servir de guia para serem julgadas as noções.

Inexiste, portanto, a autonomia, senão no plano ideal. No plano material há autonomies. Há noções e tipos de autonomia que podem corresponder, em maior ou menor graus, ao conceito de autonomia. Há mínimos e máximos a serem respeitados, contudo; pois, se os termos não possuem essências, são arbitrários, não se referem a essências dos objetos, nem por isso eles são aleatórios, sem qualquer referência aos usos sociais nos mais variados contextos. Do contrário, a comunicação seria impossível.<sup>20</sup> Nesse sentido, há limites mínimos e máximos para que se possa falar adequadamente em autonomia. Se há um âmbito exclusivo de organização e de atuação, livre de quaisquer interferências externas, há autonomia, não importando, para tanto, sua amplitude. Se, porém, nada escapa a interferências externas, impossível falar em autonomia. Agora, com a devida compreensão do sentido e alcance do conceito e da noção de autonomia, posso concluir com a análise de suas implicações jurídicas. Já que afirmei a compreensão da autonomia privada só se mostra possível na sua relação com a soberania estatal e que ambas guardam seus quadrantes no direito, evidentemente que há um fundamento constitucional da autonomia privada, que a autonomia privada é fundada em norma constitucional, restando saber de qual espécie e as consequências de tal constatação.

Normas constitucionais, como quaisquer outras normas jurídicas, podem ser de duas espécies: princípios ou regras.<sup>21</sup> Princípios são normas jurídicas dotadas de altíssimo nível de abstração e amplíssimo grau de generalidade e que, por isso, se referem imediata e diretamente a valores e mediata e indiretamente a fatos. Princípios são, portanto, normas predispostas à realização de valores. Por isso, seus conteúdos devem ser otimizados, tendo em vista a concretização máxima dentro do possível. Regras são, por seu turno, normas jurídicas dotadas de grau de abstração mais baixo e grau de generalidade mais restrito e que, por isso, se referem mediata e indiretamente a valores e imediata e diretamente a fatos. Regras são, portanto, normas predispostas à conformação de fatos. Por isso, seus conteúdos devem ser definidos, tendo em vista sua concretização dentro do exigível. Normas jurídicas, como parcelas do ordenamento jurídico, relacionam-se entre si, e, eventualmente, podem

20 Como mostrou Saussure apud FIORIN, José Luiz. *Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos*. São Paulo: Contexto, 2002, p.60 e seguintes. Também: WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.24 e seguintes.

21 Passo ao largo da profunda, extensa e rica discussão acerca da distinção entre princípios e regras. Uma análise crítica da distinção entre princípios e regras pode ser encontrada em: TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *Revista de Informação Legislativa*, volume 41, número 163, Brasília: Senado Federal, 2004; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação)*. São Paulo: Malheiros, 2003. Uma resenha dos diversos autores que trabalharam a distinção pode ser vista em: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. Tornaram-se obrigatórios, no estudo da distinção entre princípios e regras, dentre outros, os seguintes trabalhos: ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978; SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

entrar em conflito. Princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, também podem, eventualmente, entrar em conflito. Uma regra pode entrar em conflito com outra regra; um princípio pode entrar em conflito com outro princípio. O conflito entre regras resolve-se pela exclusão. Estando duas regras em conflito, apenas uma delas continuará no ordenamento e apenas ela incidirá na situação. O conflito entre princípios se resolve pela ponderação.<sup>22</sup> Apenas princípios válidos ingressam em conflito, por isso não se pode considerar a possibilidade de exclusão de um deles do ordenamento. Estando dois princípios em conflito, ambos serão ponderados de acordo com as necessidades da situação e poderão ambos incidir parcialmente na situação ou apenas um deles incidirá totalmente na situação. De qualquer modo, o princípio afastado, total ou parcialmente, permanece parâmetro apto a ser invocado em situações futuras; algo bem diverso do que acontece com a regra afastada, pois, excluída do ordenamento, deixou de ser parâmetro invocável em situações futuras.

Conforme essa classificação, a autonomia privada é princípio jurídico positivado ao nível constitucional, sofrendo a sorte de todos os princípios, mui especialmente o influxo de normas concorrentes (possibilidade, proporcionalidade em sentido estrito) e de fatos incidentes (necessidade e adequação, proporcionalidade em sentido amplo).

A liberdade de expressão, assim, fundada no exercício da autodeterminação por indivíduos e coletividades, há de ser compreendida nas fronteiras da ordem constitucional e, portanto, não é ilimitada. O exercício da liberdade de expressão, como direito fundamental de indivíduos e de coletividades, tem de observar os limites impostos pelos deveres diretos ou indiretamente dele decorrentes e pelos demais direitos com ele concorrentes nas situações concretas. A expressão, entendida como exteriorização do pensamento, encontra proteção pelo ordenamento quando se mostrar legítima. As pessoas devem ter plena liberdade para usar de seus próprios sentidos e colher informações sobre o mundo vivido e, a partir disso, formar suas impressões acerca das situações em que se encontrem. Não há possibilidade jurídica de controle das impressões, do pensar, do sentir, das percepções e das sensações. Mas a impossibilidade jurídica de controle das impressões que as pessoas venham a ter não significa que as pessoas possam exprimir quaisquer delas, em quaisquer circunstâncias e de quaisquer maneiras. A impressão subjetiva está fora do controle jurídico enquanto não tornada intersubjetiva, enquanto não inserida na esfera pública da troca de mensagens entre os membros da sociedade. A partir desse momento, a potencialidade fisicamente limitada de impressões acerca do mundo passa à categoria de liberdade juridicamente limitada de expressão dessas mesmas impressões.

Podemos agora voltar ao ato médico com algumas precisões. Antes vimos que o ato médico tem caráter cognitivo e laborativo. Como ato cognitivo, ele é uma narrativa que resulta de percepções e sensações do médico no seu contato com as percepções e sensações narradas pelo paciente. O ato médico não é apenas cognitivo, mas também laborativo. O ato médico, como ato cognitivo, tem na informação sobre o estado de saúde um meio, e, como ato laborativo, tem na transformação daquele estado de saúde um fim. A correlação entre meios e fins, todavia, demanda um julgamento de compatibilidade entre necessidade da informação e possibilidade de transformação. O julgamento desta compatibilidade faz do ato médico um ato descritivo e prescritivo. Junto ao caráter informativo do ato médico há claramente um caráter diretivo, mesmo que seja no sentido de permanecer passivo, posto

---

22 Sobre a ponderação, ver: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1.ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999.

que a passividade é uma possível direção adotada ante o evento. Importa ressaltar, nessa linha, que o ato médico como ato descritivo sofre as limitações subjetivas (de médicos e de pacientes) e objetivas (das circunstâncias de tempo e de espaço) na obtenção da informação. E como ato prescritivo tem respaldo da ordem jurídica no âmbito da relação entre médico e paciente. Para além disso, não. O julgamento médico é qualificado tecnicamente e legitimado socialmente, mas ainda assim é um julgamento, uma opinião, portanto. Opinião qualificada e legitimada, mas opinião.

A relação entre médico e paciente possui assimetrias porque assimétricas as posições dos sujeitos, por motivos intelectuais ou por motivos emocionais. É claramente uma relação de autoridade dada a legitimação social da posição do profissional da medicina e da fragilidade natural do paciente acometido por alguma espécie de desequilíbrio corporal. A manifestação do médico é, assim, dotada de tamanha relevância que pode fazer da escolha do paciente algo meramente simbólico. Eis aqui o maior risco da manifestação do profissional da medicina para além do ambiente do consultório, para além da relação, para além do auditório particular. A manifestação do médico transportada do auditório particular para o auditório universal transfigura opinião em verdade. De um juízo singular jamais seria aceitável derivar um juízo universal. Mas a qualificação técnica e a legitimação social do médico operam o milagre ideológico de converter sua argumentação em defesa de uma mera opinião individual em uma demonstração de superior verdade profissional.

Outra razão não há para que do ângulo ético haja a exigência de comportamento comedido ao profissional da medicina na esfera pública, especialmente lembrando-o de que seu fazer profissional deve respaldar-se no saber produzido pela ciência (CFM, Resolução 1.974/2011). Quero, porém, dizer que também do ângulo jurídico a exigência se apresenta e com mais força. É preciso que digamos claramente que a prática médica não se confunde com a ciência médica, tendo cada qual seus próprios estatutos ontológicos, gnosiológicos e epistemológicos. Cabe à ciência médica, ao lado das demais ciências naturais e sociais, submeter o conhecimento empírico e teórico à constante crítica, construindo consensos sempre provisórios em torno de certas premissas. A provisoriedade das conclusões científicas é justamente o que lhes dá legitimidade na medida em que a ciência não trabalha com dogmas. Entretanto, a crítica às conclusões científicas só se concebe através dos parâmetros científicos. A ausência de dogmas não autoriza a crítica por meio de dogmas.

Desde o início da pandemia temos sofrido uma avalanche de informações acerca da infecção causada pelo vírus da família corona que foi batizado de COVID-19. Notícias sobre a evolução do contágio são divulgadas a todo momento nas emissoras de rádio e de televisão, nos sítios eletrônicos e redes digitais e aplicativos de mensagens. Parcela considerável de atores sociais e agentes políticos inicialmente negou a existência do vírus, depois recusou seu potencial agressivo e, por fim, passou a defender tratamentos sem qualquer respaldo científico e, em alguns casos, comprovadamente inertes e, até mesmo, perigosos. Dentre todos, causa maior de espanto adveio de profissionais da medicina que, respaldando-se em restrita experiência clínica própria ou escorando-se em legitimidade pregressa obtida com pesquisas científicas sem relação alguma com o novo vírus, publicamente adotaram posturas de defesa de estratégias de enfrentamento da pandemia totalmente descompassadas com o atual estágio do conhecimento científico. Um discurso que rejeite as conclusões científicas sem refutá-las de acordo com parâmetros científicos é simples opinião fundada em dogma da pior espécie, o dogma nascido da escravidão de uma prática cega ou com olhos abertos para algo bem diferente da preocupação com a preservação da vida. A qualificação técnica e a legitimação social do profissional da medicina não o autorizam a apresentar uma opinião

que lhe seja tão particular a ponto de sua preservação depender puramente da ausência de contestação da percepção ou da sensação de um ou de alguns indivíduos. A expressão de certas impressões não traduz uma manifestação da jurídica liberdade fundamental de opinião, mas, por vezes, um ataque antijurídico à liberdade de informação qualificada de que a sociedade deve usufruir.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chego ao final com a convicção de que há de se defender com todas as forças do espírito a liberdade de expressão como instrumento para o exercício da autodeterminação de indivíduos e de coletividades. Entretanto, a liberdade de expressão não pode ser vista como a liberdade sem medida, sem limite. A liberdade de expressão há de estar acoplada ao direito de informar-se e informação só se obtém qualificadamente. A liberdade de expressão que se tutela no âmbito privado para profissionais da medicina não se tutela da mesma forma na esfera pública. A manifestação pública de profissionais da medicina esborda os limites da relação entre médico e paciente e, por conta da posição de autoridade que ostentam, deve observar cuidados redobrados quanto à exposição acerca de temas a envolver a saúde humana, respaldando-se no conhecimento científico produzido. Tratamentos cuja eficácia não seja comprovada ou que comprovadamente não tenham qualquer eficácia jamais devem ser recomendados por profissionais da medicina no âmbito particular e, com maior razão ainda, na esfera pública. Se dos profissionais da medicina, qualificados tecnicamente e legitimados socialmente, exige-se comedimento e, no limite, abstenção, com maior razão exige-se de outros profissionais que, por suas funções, tenham ampla exposição midiática como, por exemplo, artistas, desportistas e, mui especialmente, políticos. Àquela legião que, segundo Eco, obteve a voz com o surgimento das redes sociais, pede-se calma.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2000.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação)*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed., reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978.



- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIORIN, José Luiz. *Teoria dos signos*. In: *Introdução à lingüística – I. objetos teóricos*. São Paulo: Contexto, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MONTORO, André Franco. *Dados preliminares de lógica jurídica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre princípios y normas: problemas de razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- TURA, Marco Antônio Ribeiro. *O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema*.

*Revista de Informação Legislativa*, volume 41, número 163. Brasília: Senado Federal, 2004.  
VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed., 2. versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

---

**Recebido em:** 04/09/2020

**Aprovado em:** 10/12/2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

TURA, Marco Antônio Ribeiro. Medicina, ciência e opinião. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.121-135, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# RESPOSTAS À PANDEMIA E A ESTRATÉGIA BRASILEIRA

## RESPONSES TO THE PANDEMIC AND THE BRAZILIAN STRATEGY

Carlos Luiz Strapazon<sup>1</sup>

**RESUMO:** Uma das coisas aprendidas com a pandemia do coronavírus é que nenhum país pode negligenciar investimentos em políticas públicas e instituições aptas a ajudar governos e sociedade em situações emergenciais, não podem hesitar nos investimentos contínuos em ciência, tecnologia e conhecimento, orientações da ciência e da OMS – Organização Mundial da Saúde. O caso da resposta brasileira também ensina muito. Na primeira parte, este trabalho apresenta e discute as estratégias da Coreia do Sul, da Alemanha e da Suécia. Depois, são analisados atos normativos editados pela União Federal, na forma de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias e Decretos em busca de compreensão quanto às principais linhas de ação adotadas pelo Brasil. Os dados e fatos analisados neste estudo mostram que o governo federal do Brasil tem uma estratégia de resposta à pandemia. As linhas gerais das ações adotadas pelo Ministério da Saúde mostram que a resposta brasileira é bem diferente das adotadas pela Coreia do Sul, pela Alemanha e pela Suécia. A estratégia brasileira de resposta à pandemia priorizou a segurança social de renda e não as ações de serviços e produtos de saúde.

**Palavras-chave:** covid19; política pública de segurança social; Brasil.

**ABSTRACT:** One of the things learned from the coronavirus pandemic is that no country can neglect investments in public policies and institutions able to help governments and society in emergency situations, can not hesitate in continuous investments in science, technology and knowledge, guidelines from science and WHO - World Health Organization. The case of the Brazilian response also teaches a lot. In the first part, this work presents and discusses the strategies of South Korea, Germany and Sweden. Afterwards, normative acts edited by the Federal Union are analyzed, they are Amendments to the Constitution, Complementary Laws, Ordinary Laws, Provisional Measures and Decrees with the aim of understanding the main lines of action adopted by Brazil. The data and facts analyzed in this study shows the federal government of Brazil has a strategy to respond to the pandemic. The broad lines of action show that it is quite different from those adopted by South Korea, Germany and Sweden. Brazil's pandemic response strategy has prioritized income social security rather than health services and products.

**Keywords:** covid19; public policy on social security; Brazil.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direitos Fundamentais pela PUC-RS. Doutorado em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da UNOESC (Chapecó/SC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Positivo.

## 1 INTRODUÇÃO

As análises comparadas da evolução da pandemia da COVID19 mostram que algumas estratégias oferecem melhores resultados do que outras. No momento do fechamento da pesquisa que deu origem a este trabalho (30 de julho de 2020) as evidências<sup>2</sup> conhecidas do primeiro semestre de 2020, baseadas em dados fornecidos pelos países, mostram que havia 36 países que mereciam atenção, pois durante a primeira onda adotaram medidas adequadas e sociedade respondeu bem.

Numa visão panorâmica, podemos dividi-los em dois grupos. Um é formado por 17 países que tiveram pleno êxito em lidar, rápida e consistentemente, com a crise. Todos apresentaram curvas com baixo índice de novas contaminações diárias e com indicação de tendência de estabilidade: Brunei, Dominica, Estônia, Finlândia, Hungria, Islândia, Irlanda, Jamaica, Latvia, Ilhas Mauricio, Nova Zelândia, Nigéria, Noruega, San Marino, Taiwan, Tailândia, Timor Leste.

Havia um segundo grupo<sup>3</sup> formado por 19 países que deu sinais de controle da situação. A evolução de casos e óbitos respondeu muito bem, embora não tão rapidamente quanto o primeiro grupo. Destacaram-se: Bielorrússia, China, França, Alemanha, Itália, Paquistão, Catar, Coreia do Sul, Portugal e Suécia.

Todos os demais países estavam atrasados e tiveram dificuldades especiais para controlar a circulação do vírus e a taxa de mortalidade. Dentre estes, houve alguns casos extremos, mais preocupantes, por diferentes razões. O caso da Austrália, porque enfrentou antes uma grande segunda onda de novas contaminações; o do Brasil e dos EUA, pelo menosprezo presidencial e pelas crises políticas entre Presidência da República, agências de saúde e imprensa.

Dentre os países que merecem atenção e estudo, elegi a Coreia do Sul, a Alemanha e a Suécia. Parece-me que as diferentes respostas desses países, o contexto e também algumas semelhanças com o Brasil, podem ser úteis para pensar o modelo de resposta do Brasil. O critério que adotei para selecionar esses 3 países foi o seguinte: aprendizado com tragédias passadas, bom uso da tecnologia da informação, da ciência e de um sistema público de saúde e, por fim, competência para preparar um país inteiro para lidar eficientemente com uma grave crise de escala nacional, sem abrir mão de fundamentos da democracia e de liberdades individuais.

Antes da COVID19, a Coreia do Sul teve uma experiência traumática com a epidemia MERS, em 2005. E aprenderam muito com a tragédia. A resposta da Coreia do Sul à pandemia da COVID19 ensina a importância de adaptações e mudanças na política pública de saúde. A Alemanha é outro país com aprendizado duríssimo de enfrentamento a emergências nacionais. Desde que se recuperou dos estragos monumentais da II Guerra, mantém protocolos nacionais de resposta a situações emergenciais. A resposta da Alemanha ensina que todos os países devem estar prontos para emergências de grande escala. A resposta da Suécia ensina a ver como uma resposta bem-sucedida pode depender – e muito – da cultura local, dos costumes e da forma como governo e sociedade dialogam e tentam evitar, a todo o custo, restrições a liberdades individuais.

Uma das coisas aprendidas na análise desses três casos é que todos eles assumem

---

2 Ver End Coronavirus. Disponível em: <https://www.endcoronavirus.org/countries>. Acesso em: 30 jul. 2020.

3 Ver End Coronavirus. Disponível em: <https://www.endcoronavirus.org/countries>. Acesso em: 30 jul. 2020.

que um país não pode negligenciar investimentos em políticas públicas e instituições aptas a ajudar os governos e a sociedade em situações emergenciais; não podem hesitar nos investimentos contínuos em ciência, tecnologia e conhecimento, nem as orientações da ciência, e também que devem colaborar com a OMS – Organização Mundial da Saúde em momentos de crise global.

O caso da resposta brasileira também ensina muito. Na primeira parte deste trabalho, apresento e discuto as estratégias da Coreia do Sul, da Alemanha e da Suécia. Depois, analiso os atos normativos editados pela União Federal, na forma de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias e Decretos em busca de compreensão quanto às principais linhas de ação adotadas pelo Brasil.

O problema principal da pesquisa que deu origem a este trabalho pode ser formulado com a seguinte pergunta: afinal, qual é a estratégia brasileira de enfrentamento à pandemia da COVID19? Não se trata, portanto, de um estudo da eficácia da estratégia. Antes é um esforço para entender se existe alguma estratégia por detrás das ações efetivamente tomadas pelo Ministério da Saúde do Brasil durante o primeiro semestre de 2020.

Toda a pesquisa deste trabalho baseia-se na coleta de dados e informações primárias disponíveis na internet. Trata-se do resultado parcial de um amplo estudo de mapeamento e comparação de estratégias de enfrentamento da pandemia. A explicação da estratégia brasileira decorre da análise direta das informações diárias disponibilizadas pela página oficial do Ministério da Saúde, particularmente notícias e discursos oficiais dos Ministros da Saúde. O estudo se apoia também em informações disponibilizadas por *sites* especializados na observação nacional e internacional da pandemia, em análise de normas jurídicas editadas pelo Estado brasileiro e em relatórios técnicos. A interpretação dos dados e informações é inédita e não coincide, necessariamente, com a versão oficial do Estado brasileiro.

## **2 RESPOSTA À PANDEMIA: MODELO DA COREIA DO SUL**

A OMS anunciou que havia epidemia na China, que era algo sério e o governo Coreano iniciou a tomada de decisões preventivas. Ativaram, imediatamente, a emergência para controle de entrada de turistas e cidadãos vindos da China. Além disso, ativaram o sistema público de saúde para o nível de emergência. A Coreia do Sul conta com um estruturado sistema nacional de saúde para ações preventivas e hospitais para acolher doentes de pandemias. Depois, incrementaram investimentos e cuidados com testes em larga escala, liberaram autorização e kit de testes coletivos assumindo que não adianta testar individualmente quem chega no hospital. A preocupação com esse tipo de testagens era entender, o mais rápido possível, o movimento das pessoas e a progressão das infecções. Até criaram um padrão próprio para testes e evitaram a dependência de dispositivos ou insumos importados.

Um outro aspecto destacado do modelo coreano de enfrentamento da pandemia diz respeito às liberdades individuais. Diminuíram as liberdades individuais, porém, sem *lockdown*. A política pública foi baseada em intensa orientação para manter distanciamento social, com apoio na tecnologia de informação produzida por empresas nacionais. Criaram e usaram *APPS* que foram baixados para aparelhos celulares e com isso conseguiram mapear, meticulosamente, a mobilidade humana. A política de distanciamento gerou conflitos, obviamente. Um deles foi com líderes de igrejas (especialmente da *River of Grace Community Church*) que insistiu em fazer cultos com aglomerações. Não houve proibição a cultos, mas as igrejas tiveram de informar quem os frequentava para que o rastreamento pudesse ser realizado como previsto. Depois o governo divulgou o número de infectados vinculados a essa igreja.



Assumiram também que uma epidemia precisa de informações precisas e bem difundidas, em larga escala. Para isso, cuidaram, muito, da liberdade de imprensa e da boa relação entre governo e imprensa.

Outro pilar da estratégia coreana foi estimular a solidariedade: pediram doações de máscaras para apoiar o trabalho dos profissionais da saúde e a sociedade respondeu. Um lema difundido na Coreia do Sul é que a saúde de todos vem em primeiro lugar.

Algumas particularidades da Coreia do Sul favorecem essa estratégia. A tolerância com o mapeamento meticuloso de dados pessoais e uma população dotada de habilidades e recursos para lidar com novas tecnologias. Além disso, um sistema de saúde dotado de poderosa capacidade de armazenar e analisar dados que orientam a tomada de decisões, em especial as decisões preventivas, mas também suficiente para orientar a reabertura e a retomada da normalidade, sem riscos graves de novas ondas de contaminação.

O número diário de óbitos por COVID19 nunca chegou a 15 num só dia. O máximo de óbitos diários registrados na Coreia do Sul foi de 13, no meio de dezembro. Nunca foi maior do que 11, de 01 de março a 13 de dezembro.

A Coreia do Sul venceu a epidemia da MERS e estão vencendo a da COVID19. Reconhecem, porém, que a luta contra epidemias não acabou. Estão se preparando para outras.<sup>4</sup>

### **3 RESPOSTA À PANDEMIA: MODELO DA ALEMANHA**

O caso da Alemanha também é importante de ser analisado, sobretudo porque é um país que, como Brasil, adota a forma federativa de Estado, com 16 unidades subnacionais autônomas e aproximadamente 400 unidades locais de governo.

A Alemanha não tomou medidas extraordinárias para lidar com a pandemia da COVID19. Durante o primeiro semestre, revelou-se um país preparado para situações de emergências, com protocolos nacionais claros, com sistema hospitalar eficiente e com recursos financeiros, humanos e tecnológicos adequados. Apenas aplicou seu protocolo padrão, o Plano Nacional de enfrentamento a pandemias para lidar com emergências desse tipo. A estratégia de resposta foi baseada em alto nível de testagens<sup>5</sup>, o maior da Europa, com atenção especial a pessoas idosas – o que explica a baixa letalidade nesse público – e uso eficiente do sistema hospitalar. A gestão centralizada de dados e informações, a partir do *Robert Koch Institute*<sup>6</sup> (RKI) e uma rede de instituições parceiras, favoreceu o processo de tomada de decisões, como, por exemplo, a mobilização de laboratórios públicos e privados para elevar o nível de testagens, particularmente a testagem do tipo PCR – que foi a mais importante na estratégia da Alemanha. Foi muito importante a comunicação eficiente com o público, seja dos diagnósticos, seja das medidas adotadas, que foram muito diferentes nas diferentes regiões do país.

Em abril a Alemanha viveu o pico de contaminação com mais de 100 óbitos por dia, chegando a 248 óbitos no dia 21 de abril. A partir maio os números foram reduzidos e 18 de maio de 2020 começou a registrar menos de 50 óbitos por dia, e a partir de 08 de junho,

---

4 Mais detalhes sobre a estratégia coreana, ver, Emerging COVID-19 success story: South Korea learned the lessons of MERS, *Our World in Data*, University of Oxford. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-south-koreaver>. Acesso em: 15 jul. 2020. Ver também, Korea's national response to COVID-19 outbreak. Disponível em: <http://www.korea.net/Government/Current-Affairs/National-Affairs?affairId=2034>. Acesso em: 15 jul. 2020.

5 Ver ECKNER, C. How Germany has managed to perform so many Covid-19 tests. *The Spectator*. April 6, 2020. Disponível em: <https://www.spectator.co.uk/article/how-germany-has-managed-to-perform-so-many-covid-19-tests>. Acesso em: June 1, 2020.

6 Ver Robert Koch Institute. *Contribution to the COVID-19 response*. Disponível em: [https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID\\_ZIG\\_en/COVID\\_ZIG\\_node\\_en.html](https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID_ZIG_en/COVID_ZIG_node_en.html). Acesso em: 6 jun. 2020.

menos de 20 óbitos por dia. Até 15 de outubro não houve mudanças. O quadro começou a piorar a partir 04 de novembro, quando os óbitos diários voltaram a superar a casa de 100, indicando a chegada de uma preocupante segunda onda. Esse quadro permitiu à Alemanha retornar à normalidade a partir de maio. O plano de volta foi estruturado em monitoramento de dados e informações epidemiológicas a partir do *RKI*, entidade frequentemente citada pela Chanceler Angela Merkel, a fim de controlar os riscos de segunda onda de contaminações. Muito embora a segunda onda tenha impactado mais gravemente do que o esperado, ainda assim o caso da Alemanha é exemplar<sup>7</sup>, dada a dimensão populacional (aproximadamente 80 milhões de habitantes) e a complexidade do sistema político (democracia parlamentar e um estado federativo).

#### 4 RESPOSTA À PANDEMIA: MODELO DA SUÉCIA

Na Suécia os números<sup>8</sup> de infecções e óbitos cresceram mais do que o esperado até fins de abril, começando a cair, lentamente, a partir de maio e junho. Os mais atingidos foram idosos. Para responder à evolução da pandemia, restrições importantes de mobilidade humana foram estabelecidas, como no caso de viagens de estrangeiros para a Suécia, com algumas exceções para países selecionados, junto com a proibição de visitas sociais a locais onde vivem pessoas em situação especial de risco, como lares de idosos e enfermarias. Foram proibidas aglomerações com mais de 500 pessoas e, em seguida, com mais de 50 pessoas<sup>9</sup>. Sempre com a lembrança de que “é crime espalhar doença”. O governo também intensificou advertências a idosos com mais de 70 anos, para que ficassem em casa e evitassem contatos sociais.

O caso das escolas é um dos mais controversos e interessantes. A Suécia considerou uma parte muito importante de sua estratégia a decisão de não interromper atividades de escolas infantis e de educação primária. Quanto ao ensino médio, determinou restrições de distanciamento nas escolas e fechamento parcial de universidades. No caso das escolas infantis e de educação primária, a razão para não impedir o funcionamento é o seguinte.

Muito cedo descobrimos que crianças na faixa etária de frequentar jardim da infância e ensino primário não são os agentes transmissores desta pandemia. Elas não ameaçam a saúde de seus pais ou de adultos que as cercam porque não expõem vírus como ocorre, por exemplo, no caso da influenza. É por isso que decidimos orientar a educação infantil e a educação primária para permanecerem abertas<sup>10</sup>.

Empresas permaneceram em funcionamento com os cuidados sanitários e – se possível – com trabalho remoto, particularmente nas áreas de maior nível de incidência do vírus. Todo o setor de alimentos e bebidas foi autorizado a operar, mas sem aglomerações, sob pena de serem fechados. Quanto aos cidadãos em geral, a recomendação foi para que permanecessem

---

7 Emerging COVID-19 success story: Germany's strong enabling environment. *Our World in Data*, University of Oxford, Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-germany>. Acesso em: 25 jul. 2020.

8 Ver, University of Oxford. *Our World in Data*. Emerging COVID-19 success story: Sweden: Coronavirus Pandemic Country Profile. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/sweden?country=~SWE>. Acesso em: 28 jul. 2020.

9 Polimap Covid19. Interventions to reduce virus transmissions (Flatten the curve): Sweden. Disponível em: <https://polimap.org/sweden/>. Acesso em: 27 jul. 2020

10 Esta afirmação consta do vídeo *The Swedish strategy against Covid-19*, apresentado por Johan Carlson, Diretor Geral da Agência de Saúde Pública da Suécia, exibido em 12 de junho de 2020, durante a explicação da estratégia sueca de resposta à pandemia. O comunicado de Johan Carlson pode ser visto a partir do minuto 2:06, logo após a apresentação da Ministra da Saúde e assuntos sociais, Lena Hallengren. Disponível em: <https://www.krisinformation.se/en/hazards-and-risks/disasters-and-incidents/2020/official-information-on-the-new-coronavirus>. Pode ser visto no YouTube também, em: <https://www.youtube.com/watch?v=svlHD2mpk9k>. Acesso em: 01 ago. 2020.

em casa, realizando os cuidados de higiene pessoal, mesmo no caso de sintomas leves.

Em avaliação mais recente, reconheceram que estavam falhando em relação às casas de asilo, mas não em relação à estratégia de reação lenta, flexível, de monitoramento preciso e de corresponsabilidade. A Suécia buscou, a todo custo, medidas que evitassem o *lockdown*. A legislação proíbe *lockdown* e aprovar leis que mudem isso, por lá, é mais difícil do que mudar a Constituição no Brasil.

De 02 de abril a 23 de maio, a Suécia registrou mais de 50 óbitos diários, chegando a 98 no dia 15 de abril. De 24 de maio até 29 de julho, os óbitos diários caíram progressivamente da casa dos 50 para 3. E até 10 de novembro não houve retrocessos. Só no início de dezembro, durante a segunda onda, os óbitos diários voltaram a subir, mas não chegaram a 70.

A Suécia tem uma tradição de responsabilidade individual, confiança nas agências de Estado e abundância de hospitais. Além disso, as autoridades sanitárias emitem comunicados diários sobre o comportamento social e os dados da pandemia.

## **5 O CASO DO BRASIL: UMA TEIA DE FATOS QUE INDICAM UMA PROVÁVEL ESTRATÉGIA**

A análise que ofereço a seguir é a primeira versão de um esforço interpretativo progressivo de atos normativos e comunicados oficiais publicados pela União Federal em resposta à pandemia do coronavírus. Ainda não é uma análise detalhada de todos os aspectos jurídicos desses atos ou das informações disponíveis. O que foi possível apresentar aqui são os resultados parciais da pesquisa em andamento sobre Segurança Social e o direito na pandemia que desenvolvo no PPG da Unoesc e também no PPG da Universidade Positivo. Minha análise é baseada nos atos e decisões oficiais adotadas a partir de fevereiro de 2020 até 30 de julho de 2020.

04.01

### **OMS RECONHECE O NOVO CORONAVIRUS**

Primeiro Comunicado<sup>11</sup> da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre o novo coronavírus.

10.01

### **ACIONADO O COMITÊ DE MONITORAMENTO**

O Ministério da Saúde do Brasil acionou o Comitê de Monitoramento do novo coronavírus. Nessa mesma data a China divulga<sup>12</sup> o código genético do novo Coronavírus.

27.01

### **PRIMEIRO CASO SUSPEITO**

Primeiro caso suspeito<sup>13</sup> no Brasil é detectado no estado de Minas Gerais

30.01

### **OMS DECLARA EMERGENCIA INTERNACIONAL**

A Organização Mundial da Saúde declarou<sup>14</sup> situação de Emergência Internacional

---

11 Ver WHO. #China relatou à OMS um grupo de #pneumonia casos —sem mortes— em Wuhan, província de Hubei Bandeira da China. As investigações estão em andamento para identificar a causa desta doença, 04.01.2020. Disponível em: <https://twitter.com/WHO/status/1213523866703814656?s=20>. Acesso em: 06 jul. 2020.

12 Ver, Center for Infectious Disease Research and Policy. China releases genetic data on new coronavirus, now deadly. University of Minnesota. Disponível em: <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2020/01/china-releases-genetic-data-new-coronavirus-now-deadly>. Acesso em: 26 jul. 2020.

13 Ver *Revista Veja*. Ministério da Saúde investiga caso suspeito de coronavírus em Minas, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/ministerio-saude-investigacao-coronavirus/> Acesso em: 23 jul. 2020.

14 Ver [https://www.who.int/diagnostics\\_laboratory/EUL/en/](https://www.who.int/diagnostics_laboratory/EUL/en/). Acesso em: 25 jul. 2020.

03.02

### **BRASIL DECLARA EMERGÊNCIA**

Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020<sup>15</sup> do Ministério da Saúde declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)

05.02

### **COMEÇAM REUNIÕES ENTRE MS, CONASS E CONASEMS**

Ministério da Saúde se reúne com secretários estaduais de saúde para analisar primeiras ações sobre o novo coronavírus.

06.02

### **LEI GERAL DA PANDEMIA**

Lei nº 13.979<sup>16</sup>, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre medidas que podem ser adotadas pela União, Estados e Municípios para enfrentamento da emergência de saúde pública

13.02

### **PLANO DE CONTINGÊNCIA**

Ministério da Saúde publica o Plano<sup>17</sup> de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID

25.02

### **PRIMEIRO CASO EM SÃO PAULO**

Identificado o primeiro<sup>18</sup> caso de coronavírus, em São Paulo, no Hospital Albert Einstein.

27.02

### **VACINAÇÃO INFLUENZA**

Ministério da Saúde decide antecipar a Campanha Nacional de Vacinação contra a Influenza

28.02

### **COMEÇA A CAMPANHA PREVENTIVA COVID19**

Inicia campanha publicitária de prevenção ao coronavírus

29.03

### **FLUXOGRAMA ESPECIAL NA REDE SUS**

Foi criado um novo fluxo<sup>19</sup> de dados sobre COVID, partindo de Municípios para Estados e Ministério da Saúde

---

15 Ver, União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 25 jul. 2020.

16 Ver, União Federal. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 28 jul. 2020.

17 Ver, União Federal. Ministério da Saúde. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. fev. 2020. Disponível em: <https://portalquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

18 União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 25 jul. 2020.

19 União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46459-ministerio-da-saude-adota-novo-fluxo-de-consolidacao-de-casos-de-coronavirus>. Acesso em: 25 jul. 2020.

02.03

### **COMEÇA A TESTAGEM**

SUS anuncia distribuição de 30 mil kits para teste de COVID19.

10.03

### **REDE SUS CAPACIDA UNIDADES DE SAÚDE**

SUS anuncia<sup>20</sup> 42 mil postos de saúde capacitados para atender COVID19, dentre as quais, 6.700 seriam unidades com atendimento 24h.

11.03

### **OMS ANUNCIA A PANDEMIA**

A OMS declarou<sup>21</sup> que o surto de coronavírus era, a partir desta data, considerada uma pandemia. Havia registro de 118.000 casos em 114 países e 4.291 mortes.

### **5.000 MÉDICOS NO BRASIL**

Ministério da Saúde anuncia<sup>22</sup> que vai convocar 5.000 médicos para a atenção primária (preventiva) em saúde pública.

17.03

### **PRIMEIRO ÓBITO NO BRASIL**

Nesta data foi registrado o 1º (primeiro) óbito<sup>23</sup> de Covid19 no Brasil, no município de São Paulo, SP. É o 22º dia desde a notícia do primeiro contágio. Para simplificar a análise progressiva de casos e óbitos, elaborei a Tabela 1, a seguir, que informa datas em que se verificaram dobragens de casos e óbitos, com algumas anotações sobre a crise sucessória de Ministros da Saúde.

**TABELA 1. BRASIL. CASOS E ÓBITOS, mar./jul. 2020**

DATA	CASOS	ÓBITOS	
17.03		1	
21.03	1.000		
24.03	2.000		
28.03		98	Começa a atualização de dados em plataforma on line do Ministério da Saúde
29.03	4.000	125	
02.04		250	
03.04	8.000		

20 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46522-90-dos-casos-de-coronavirus-podem-ser-atendidos-nos-postos-de-saude>. Acesso em: 25 jul. 2020.

21 Ver, WHO. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 25 jul. 2020.

22 Ver, <https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-da-saude-vai-convocar-5-mil-medicos-para-atencao-basica-1-24298892>. Acesso em: 25 jul. 2020.

23 Ver *Jornal "O GLOBO"*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/sao-paulo-registra-primeira-morte-por-covid-19>. Acesso em: 15 jul. 2020.



06.04		500	Imprensa divulga ameaça de exoneração do Min. da Saúde, Luiz Henrique Mandetta
09.04	16.000		
10.04		1.000	
16.04			Exoneração de Luiz Henrique Mandetta do cargo de Ministro da Saúde
17.04	32.000	2.000	Nelson Teich toma posse como o Ministro da Saúde
25.04		4.000	
27.04	64.000		
06.05		8.000	
07.05	128.000		
09.05		10.000	
15.05			Nelson Teich pede exoneração do cargo de Ministro da Saúde
16.05			General Eduardo Pazuello assume, interinamente, as funções de Ministro da Saúde
18.05	256.000		
21.05		20.000	
31.05	512.000		
11.06		40.000	
19.06	1.024.000		
18.07	2.048.000		
20.07		80.000	
30.07	2.610.583	91.310	General Eduardo Pazuello permanece, interinamente, nas funções de Ministro da Saúde

Fonte: <https://www.dadostransparentes.com.br/index.php>. Acesso em: 30 jul. 2020. Elaborado pelo autor.

18.03

### EXAMES RT-PCR EM 26 LACEN

Ministério da Saúde anuncia<sup>24</sup> que todos os laboratórios centrais (LACEN) do país estão aptos realizar exame para COVID19.

18.03

### SITUAÇÃO DE CALAMIDADE E LIMITES PARA GASTOS PÚBLICOS (I)

Mensagem<sup>25</sup> n.93 do Presidente da República ao Congresso Nacional pede reconhecimento da situação de Calamidade para fins de flexibilizar as regras fiscais que limitam as despesas correntes e de capital previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LCp 101, 04 maio 2000).

20.03

### TRANSMISSÃO COMUNITÁRIA

Portaria n. 454 do Ministério da Saúde declarou<sup>26</sup> o estado de transmissão comunitária nacional.

24 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46555-todos-os-laboratorios-publicos-do-pais-podem-realizar-exame-para-coronavirus>. Acesso em: 24 jul. 2020.

25 Ver, União Federal. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2239602>. Acesso em: 22 jul. 2020.

26 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Portaria 454, de 20 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/prt454-20-ms.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

## **SITUAÇÃO DE CALAMIDADE E LIMITES PARA GASTOS PÚBLICOS (II)**

O Congresso Nacional reconheceu, nessa mesma data, a situação de calamidade para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal e foi publicado o Decreto Legislativo n.6.<sup>27</sup>

### **COMPRAS PÚBLICAS EMERGENCIAIS**

Nessa data, o Presidente da República também editou a MP n. 926, que alterou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos especiais de compras públicas de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

### **ATIVIDADES ESSENCIAIS**

Editou também o Decreto Presidencial n.10.282<sup>28</sup>, para definir serviços públicos e atividades essenciais.

23.03

### **INFLUENZA. INÍCIO DA VACINAÇÃO MASSIVA DE IDOSOS**

Nesse dia foi publicada a Medida Provisória n. 928, que alterou a Lei de Transparência<sup>29</sup>. Autorizou autoridades públicas a priorizar respostas a informações sobre COVID19, suspendeu prazos para respostas de outros temas e gerou grande polêmica.

26.03

### **PROTOCOLO DE VELÓRIOS E ENTERROS**

Ministério da Saúde publicou o protocolo<sup>30</sup> de velórios e enterros em caso de COVID19.

27.03

### **FIOCRUZ**

Fiocruz recebeu R\$144 milhões para ampliar Centro Hospitalar com 200 leitos especializados para COVID19.

28.03

### **BASES DE DADOS**

Começa a atualização de dados em plataforma on line, mantida pelo Ministério da Saúde. Número de óbitos: 98 confirmados.

30.03

### **INFLUENZA**

Ministério da saúde divulga que 8,7 milhões de idosos foram vacinados.

02.04

### **MÁSCARAS**

Ministério da Saúde recomenda fazer máscaras<sup>31</sup> em casa e sair de máscara.

---

27 Ver União Federal. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n.6. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

28 Ver União Federal. Presidência da República. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm). Acesso em: 29 jul. 2020.

29 Ver União Federal. Presidência da República. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm). Acesso em: 29 jul. 2020.

30 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus, Brasília/DF Versão 1. Publicada em 25/03/2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

31 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46645-mascaras-caseiras-podem-ajudar-na-prevencao-contra-o-coronavirus>. Acesso em: 25 jul. 2020.

## MAIS DE 5.000.000 DE PROFISSIONAIS DA SAUDE

Ministério da Saúde anuncia que 5 milhões<sup>32</sup> de profissionais de saúde, de 14 áreas de atuação, seriam cadastrados e capacitados para enfrentar a pandemia. O Ministério da Saúde também publicou a Portaria nº 639<sup>33</sup>, de 31 de março de 2020, que dispôs sobre a Ação Estratégica “O Brasil Conta Comigo - Profissionais da Saúde”, voltada à capacitação e ao cadastramento de profissionais da área de saúde, para o enfrentamento à pandemia do coronavírus (COVID-19).

Em 30 de julho de 2020, o número de profissionais da saúde oficialmente registrados na base “Covid19 – Profissionais da Saúde”, do SUS/MS indicava a existência de 996.989 profissionais da saúde atuantes. Indicava também que foram efetuadas 476 contratações de profissionais pelos meios criados pela Portaria 639/2020. Constava do site também que existiam 366.834 profissionais da saúde à disposição. O site informava também que existiam 16.038 profissionais da saúde integrados ao programa “Mais Médicos” e 4.815 vinculados ao “Mais Médicos Covid19”.

TABELA 2 – Brasil. Profissionais da saúde, 30 jul. 2020

PROFISSIONAIS DA SAÚDE - SUS	STATUS	SUL	SUDESTE	NORDESTE	CENTRO-OESTE	NORTE	TOTAL
Covid19 – Profissionais da Saúde		185.660	493.950	183.651	82.502	51.226	996.989
BR Conta Comigo	Contratados		-	-	-	476	476
BR Conta Comigo	à disposição	62.983	165.690	76.326	35.952	25.883	366.834
Mais Médicos – Profissionais da saúde		2.234	4.383	6.049	1.255	2.117	16.038
Mais Médicos – Profissionais da saúde	COVID19	756	1.485	1.722	450	402	4.815
Fonte: <a href="https://viz.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Insumos_RH/DEMAS_C19Insumos_RH.html">https://viz.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Insumos_RH/DEMAS_C19Insumos_RH.html</a> . Elaborado pelo autor.							

## AUXÍLIO EMERGENCIAL

Nessa data foi publicada a Lei 13.982<sup>34</sup>, que criou o Auxílio emergencial de R\$ 600,00 e alterou a política pública nacional da Assistência Social, prevista na Lei n. 8.742/1993.

## AUXÍLIO FEDERATIVO

Começa a ajuda financeira a Estados e Municípios: Presidente da República edita MP 939<sup>35</sup> para liberar crédito extraordinário de R\$16 bi ao Fundo de Participação dos Municípios e ao Fundo de Participação dos Estados.

### 03.04

## EMPREGOS

Publicada a Medida Provisória n. 944<sup>36</sup>, criando o Programa Emergencial de suporte a empregos, com crédito a empresas a fim de manter a capacidade de pagar a folha de salários. Total de R\$34 bi foram liberados ao BNDES para repassar a bancos com projetos.

32 Ver *Jornal O Estado de São Paulo*. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-busca-cinco-milhoes-de-profissionais-de-saude-de-outras-areas-para-combate-ao-coronavirus,70003258614>. Acesso em: 28 jul. 2020.

33 União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 639, de 31 de março de 2020. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/04/2020&jornal=515&pagina=76&totalArquivos=167>. Acesso em: 28 jul. 2020.

34 Ver União Federal. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13982.htm). Acesso em: 27 jun. 2020.

35 Ver União Federal. Medida Provisória nº 939, de 2 de abril de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv939.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv939.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

36 Ver União Federal. Medida Provisória nº 944, de 3 de abril de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

09.04  
**TESTAGEM**

Até essa data, 1 milhão de testes rápidos foram distribuídos a Estados e Municípios, sendo que 451,4 mil eram testes RT-PCR.

11.04  
**POVOS INDÍGENAS**

Publicado o Plano<sup>37</sup> de Contingência Nacional para Povos Indígenas.

15.04  
**TELEMEDICINA**

Entra em vigor a Lei 13.989<sup>38</sup>, sobre o uso da telemedicina durante a crise.

16.04  
**CAI O MINISTRO DA SAÚDE**

Exoneração<sup>39</sup> do Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta.

17.04  
**NOVO MINISTRO**

Nelson Teich toma posse como o novo Ministro da Saúde.<sup>40</sup>

23.04  
**FLEXIBILIZA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA**

Publicada a MP 927<sup>41</sup>, autorizando flexibilização do direito do trabalho, autorizando negociações individuais entre empregadores e empregados, prorrogação do prazo para recolhimento do FGTS dos meses de março a maio, o teletrabalho e a prorrogação temporária de acordos coletivos e antecipação de férias. Gerou muita polêmica e recebeu 1.082 emendas na Câmara dos Deputados.

27.04  
**AUXÍLIO EMERGENCIAL<sup>42</sup>**

Primeiro dia de saques de R\$ 600,00.

07.05  
**EMENDA CONSTITUCIONAL DO REGIME FISCAL DE GUERRA**

Entra em vigor a Emenda à Constituição n. 106<sup>43</sup>, de iniciativa da Câmara de Deputados, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento

---

37 Ver, Plano de Contingência Nacional para Povos Indígenas. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1ti4y0weLDsJYdLR3r2FuxDf8XWDn20>. Acesso em: 30 jun. 2020.

38 Ver, Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

39 *Portal UOL*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/16/exoneracao-de-mandetta-e-publicada-no-diario-oficial-e-teich-e-anunciado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.

40 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46747-nelson-teich-toma-posse-como-ministro-da-saude>. Acesso em: 27 jul. 2020.

41 Ver, União Federal, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm). Acesso em: 26 jul. 2020.

42 Ver, *Portal UOL*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-brasil/2020/04/27/saque-de-auxilio-emergencial-comeca-a-ser-liberado-hoje.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.

43 Ver, União Federal. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

15.05

### **CAI O SEGUNDO MINISTRO**

O Ministro da Saúde, Nelson Teich, pede exoneração.

16.05

### **MINISTRO INTERINO – CARGO PROVISÓRIO**

General Eduardo Pazuello assume, interinamente, as funções de Ministro da Saúde.

29.05

### **COVID NAS FAVELAS**

Ação em aglomerados subnormais (favelas). Portaria nº 1.444/GM/MS<sup>44</sup>, institui os Centros Comunitários de Referência para enfrentamento da Covid-19, no âmbito da Atenção Primária à Saúde (APS), e estabelece incentivo para custeio dos Centros Comunitário de Referência para enfrentamento à covid-19 e incentivo financeiro federal adicional per capita, em caráter excepcional e temporário, considerando o cenário emergencial de saúde pública de importância internacional.

02.06

### **ORÇAMENTO ESPECIAL E COMITÊ DE SUPERVISÃO**

Publicada a Lei nº 14.008<sup>45</sup>, de 2 de junho de 2020, por meio da qual o Congresso Nacional autoriza gastos de R\$343,6 bi para enfrentamento da COVID19, a ser utilizado pelo governo federal e transferido a Estados, Distrito Federal e Municípios.

Resolução nº 6. Comitê de crise para supervisão e monitoramento dos impactos da covid-19: Institui Grupo de Trabalho<sup>46</sup> para a Consolidação das Estratégias de Governança e Gestão de Riscos do Governo federal em resposta aos impactos relacionados ao coronavírus, no âmbito do Comitê de Crise da covid-19.

06.06

### **MUDANÇAS NO SITE COM DADOS DIÁRIOS DE CASOS E ÓBITOS**

Ministério da Saúde retirou do site o número acumulado de óbitos e todos os demais gráficos de acompanhamento.

08.06

### **MINISTÉRIO DA SAÚDE CORRIGE DADOS PUBLICADOS**

Ministério da Saúde corrige<sup>47</sup> boletim sobre COVID-19.

09.06

### **OMISSÃO DE DADOS**

O ministro interino da Saúde, Eduardo Pazuello, afirmou durante videoconferência com a Comissão Externa da Câmara dos Deputados, que “nunca houve, não há e nunca haverá

---

44 Ver, União Federal, Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.742-de-13-de-julho-de-2020-266574834>. Acesso em: 25 jul. 2020.

45 Ver União Federal. Lei nº 14.008, de 2 de junho de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14008.htm). Acesso em: 26 jul. 2020.

46 Ver União Federal. Resolução nº 6, de 2 de junho de 2020. Comitê de crise para supervisão e monitoramento dos impactos da covid-19. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Portaria/RES/res-6-20-pr.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/RES/res-6-20-pr.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

47 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47026-ministerio-da-saude-corrige-boletim-sobre-covid-19>. Acesso em: 27 jul. 2020.



omissão de dados”.

12.06

### **NOVA PLATAFORMA DE DADOS**

O Ministério da Saúde anuncia nova plataforma para divulgar o cenário de casos e óbitos relacionados à Covid-19. O novo modelo permite acompanhar a análise de casos e mortes de forma regionalizada e por municípios, entre outras informações. O objetivo é ter uma ferramenta mais precisa sobre o cenário atual da doença e permitir ao Poder Público adequar ações e agir com mais efetividade na proteção e assistência à população.

17.06

### **NOVAS ORIENTAÇÕES PARA PROFISSIONAIS DE SAÚDE DA REDE DO SUS**

O novo protocolo<sup>48</sup> é para orientar no atendimento de pacientes com suspeita ou confirmação de COVID-19 nos diversos pontos da Rede de Atenção à Saúde. O documento traz informações básicas sobre diagnósticos (tipos), sobre sintomas típicos, fatores de risco, exames laboratoriais, fluxograma para atender pacientes de casos leves, moderados e sérios, atenção a crianças, gestantes, indígenas, prevenção e controle, classificação de imagens de pneumonia.

### **NOVAS ORIENTAÇÕES SOBRE CLOROQUINA NO TRATAMENTO PRECOCE**

O Ministério da Saúde divulgou novas orientações<sup>49</sup> para uso de medicamentos, mantendo o uso da cloroquina ou da hidroxicloroquina, no tratamento precoce de pacientes com Covid-19, no Sistema Único de Saúde (SUS). A partir de agora, foi ampliado o uso desses medicamentos, inclusive para gestantes e crianças e adolescentes, que passaram a fazer parte dos grupos de risco. Transcrevo as partes das Considerações introdutórias, para que entendam os pressupostos que embasam a nova decisão do governo federal de recomendar, precocemente, um medicamento que a Sociedade Brasileira de Infectologia<sup>50</sup> orientou que fosse proibido para casos leves e tratamentos precoces.

Considerando que alguns estados, municípios e hospitais da rede privada já estabeleceram protocolos próprios de uso da cloroquina e da hidroxicloroquina para tratamento da COVID-19;

Considerando a necessidade de uniformização da informação para os

48 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/17/Covid19-OrientaesManejoPacientes.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

49 Ver União Federal, Ministério da Saúde, Orientações do Ministério da Saúde para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da covid-19. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19-pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

50 A SBI publicou o seguinte:

Diante dessas novas evidências científicas, É URGENTE E NECESSÁRIO que:

a) a hidroxicloroquina seja abandonada no tratamento de qualquer fase da COVID-19;  
b) os agentes públicos, incluindo municípios, estados e Ministério da Saúde reavaliem suas orientações de tratamento, não gastando dinheiro público em tratamentos que são comprovadamente ineficazes e que podem causar efeitos colaterais;  
c) que o recurso público seja usado em medicamentos que comprovadamente são eficazes e seguros para pacientes com COVID-19 e que estão em falta, tais como anestésicos para intubação orotraqueal de pacientes que precisam ser submetidos à ventilação mecânica, bloqueadores neuromusculares para pacientes que estão em ventilação mecânica; em aparelhos que podem permitir o diagnóstico precoce de COVID grave, como oxímetros para o diagnóstico de hipóxia silenciosa; em testes diagnósticos de RT-PCR da nasofaringe para pacientes sintomáticos; leitos de Unidade de Terapia Intensiva, bem como seus recursos humanos (profissionais de saúde) e respiradores.

A Sociedade Brasileira de Infectologia é uma sociedade médica científica, sem fins lucrativos, que congrega médicos infectologistas de todo o país. Para mais informações, ver em: [https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/principal/2020/07/SBI\\_Informe\\_16\\_HCQ\\_precoce.pdf](https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/principal/2020/07/SBI_Informe_16_HCQ_precoce.pdf). Acesso em: 28 jul. 2020.

profissionais da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);  
Considerando a existência de diversos estudos sobre o uso da cloroquina e hidroxicloroquina no tratamento da COVID-19;  
Considerando a larga experiência do uso da cloroquina e da hidroxicloroquina no tratamento de outras doenças infecciosas e de doenças crônicas no âmbito do SUS e a inexistência, até o momento, de outro tratamento eficaz disponível para a COVID-19;  
Considerando a necessidade de orientar o uso de fármacos no tratamento precoce da COVID-19, incluindo a cloroquina ou a hidroxicloroquina, no âmbito do SUS pelos médicos;  
Considerando que doses baixas de cloroquina são usadas para profilaxia da malária na gravidez;  
Considerando que diversas instituições, tanto internacionais quanto nacionais, preconizam o uso da cloroquina ou da hidroxicloroquina em pacientes com diagnóstico de COVID-19;  
Considerando que o artigo científico publicado pela Escola de Saúde Pública de Yale (New Haven, Connecticut, EUA), que avaliou cerca de 300.000 doentes infectados, através de 5 estudos, incluindo 2 ensaios clínicos controlados, demonstrou uma eficácia significativa no tratamento ambulatorial com uso de hidroxicloroquina e concluiu que a hidroxicloroquina deve estar amplamente disponível e distribuída imediatamente para prescrição médica;  
Considerando que a hidroxicloroquina não apresenta contraindicações absolutas durante a gestação;  
Considerando que o Conselho Federal de Medicina recentemente propôs a consideração da prescrição de cloroquina e hidroxicloroquina pelos médicos, em condições excepcionais, mediante o livre consentimento esclarecido do paciente, para o tratamento da COVID-19 (Processo-Consulta CFM nº 8/2020 – Parecer CFM nº 4/2020);

18.06

### **NOVO MODELO DE BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO<sup>51</sup>**

19.06

### **RETORNO SEGURO À NORMALIDADE**

O Ministério da Saúde, publicou a Portaria nº 1.565, que estabelece orientações gerais à prevenção, o controle e à mitigação da transmissão da Covid-19. As orientações também são voltadas à promoção da saúde física e mental da população. O objetivo é apoiar as estratégias locais para retomada segura das atividades e do convívio social, respeitando as especificidades e características de cada setor ou ramo de atividade. Caberá às autoridades locais e aos órgãos de saúde locais decidir, após avaliação do cenário epidemiológico e capacidade de resposta da rede de atenção à saúde, quanto a retomadas das atividades. A Portaria traz um anexo. Destaco, a seguir, um fragmento que é bastante indicativo de sua finalidade.

Retomar as atividades e o convívio social são também fatores de promoção da saúde mental das pessoas, uma vez que o confinamento, o medo do adoecimento e da perda de pessoas próximas, a incerteza sobre o futuro, o desemprego e a diminuição da renda, são efeitos colaterais da pandemia pelo SARS-COV-2 e têm produzido adoecimento mental em todo o mundo. Porém, a retomada das atividades deve ocorrer de forma segura, gradativa, planejada, regionalizada, monitorada e dinâmica, considerando as especificidades de cada setor e dos territórios, de forma a preservar a saúde e a vida das pessoas. Para isso, é essencial a observação e a

---

51 Ver em: <https://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/18/Boletim-epidemiologico-COVID-2.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

avaliação periódica, no âmbito loco-regional, do cenário epidemiológico da COVID-19, da capacidade de resposta da rede de atenção à saúde, dos aspectos socioeconômicos e culturais dos territórios e, principalmente, das orientações emitidas pelas autoridades locais e órgãos de saúde. É importante que os setores de atividades elaborem e divulguem protocolos específicos de acordo com os riscos avaliados para o setor, considerando os ambientes e processos produtivos, os trabalhadores, os consumidores e usuários e a população em geral.

23.06

### **MAIS RECURSOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA**

Ministério da Saúde anunciou que 105 milhões de brasileiros são atendidos pelos serviços das equipes de Saúde da Família, compostas por médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e agentes comunitários de saúde, que atendem a população nos postos de saúde. O Governo federal disponibilizou para esta ação do programa saúde da família, que foi denominado de Previne Brasil, mais de R\$ 400 milhões a todos os municípios brasileiros. São R\$ 8,9 mil para cada uma das cerca de 45 mil equipes de Saúde da Família e equipes de Atenção Primária. Anuncia que a busca por melhores resultados dos indicadores de saúde será feita a partir da avaliação das equipes de Saúde da Família e equipes de Atenção Primária, progressivamente, com base em 21 indicadores. Para este ano, são sete indicadores no âmbito da saúde da mulher, saúde da criança, doenças crônicas e gestantes. São avaliados, por exemplo, número de consultas de pré-natal e vacinação. A cada quatro meses, as equipes são avaliadas para definição dos valores de repasse aos municípios. Já o incentivo às ações e estratégias do Ministério da Saúde incluem os seguintes programas: Saúde na Hora; Informatização; Formação e residência médica e multiprofissional; Saúde Bucal; Centro de Especialidades Odontológicas (CEO); Laboratório de Prótese Dentária; Unidade Odontológica Móvel; Saúde na Escola; Academia de saúde; Consultório na Rua; Equipes Ribeirinhas; UBS Fluviais; Microscopistas; Equipes prisional e Saúde do Adolescente.

24.06

### **TESTAR 25% DA POPULAÇÃO, INCLUINDO CASOS LEVES - PCR**

Cerca de um quarto (22%) da população brasileira será testada para a doença. Com a ampliação da doença para o interior do país, o Ministério da Saúde anunciou<sup>52</sup> que começará a investir mais na Atenção Primária para a coleta e diagnóstico dos casos leves da doença. As unidades sentinelas, que apoiam a vigilância no país, passarão a realizar o teste RT-PCR (molecular) em 100% dos casos de Síndrome Gripal (SG). Antes, eram coletadas cinco amostras respiratórias por semana nessas unidades de monitoramento, além da rotina de coleta dos hospitais e outras unidades de saúde. Todos os Centros credenciados de Atendimento à Covid-19 também poderão coletar amostras de todos os casos leves.

26.06

### **FORÇA TAREFA PARA ORGANIZAR COMPRAS E DISTRIBUIÇÃO**

A Portaria nº 1.587, do Ministério da Saúde instituiu a Força Tarefa de Fundamentação que passa a coordenar todos os processos de aquisição e distribuição de equipamentos, insumos e medicamentos. A equipe deve organizar e administrar a infraestrutura e capacidade

---

52 Ver em Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47113-saude-passa-a-testar-100-dos-casos-leves-de-covid-19>. Acesso em: 29 jul. 2020.

logística para recebimento de ventiladores pulmonares para pacientes graves da doença. O órgão também vai monitorar frequentemente a equipe profissional multidisciplinar habilitada para a operação em leitos.

27.06

#### **VACINA – PARCERIA COM EMPRESA BRITÂNICA. R\$ 500 milhões**

O governo federal anunciou<sup>53</sup> que enviou resposta à embaixada Britânica e ao presidente do laboratório AstraZeneca aceitando a proposta de acordo de cooperação no desenvolvimento tecnológico e acesso do Brasil à vacina para Covid-19. O anúncio informa que o “acordo prevê a compra de lotes da vacina e da transferência de tecnologia. Se demonstrada eficácia, serão 100 milhões de doses à disposição da população brasileira. O acordo, quando celebrado, prevê a transferência de tecnologia de formulação, o envase e o controle de qualidade. Será utilizada a previsão legal de encomenda tecnológica prevista na lei nº 10.973, de 2004, e amparada na lei de licitações, a 8.666, de 1.993”. Segundo o que foi noticiado, o acordo começa com uma encomenda em que o Brasil assume também os riscos da pesquisa. Efetua investimento na pesquisa, mesmo que não haja resultado efetivo. Caso a vacina se mostre eficaz e segura, será comprada. Na fase inicial, de risco, serão investidos U\$ 127 milhões, incluídos os custos de transferência da tecnologia e do processo produtivo da Fiocruz, estimados em U\$ 30 milhões.

04.07

#### **COVID AFETA PROFISSIONAIS DA SAÚDE**

Até o dia 4 de julho de 2020, 173.440 casos de Síndrome Gripal (SG) foram confirmados para a Covid-19 em profissionais da área da saúde de todo o país. Casos graves da doença de Covid-19, que necessitaram de internação hospitalar, foram 697 casos.

**Técnicos ou auxiliares de enfermagem:** 248 casos.

**Médicos:** 150 casos.

**Enfermeiros:** 130 casos.

**Óbitos:** 138 entre os profissionais de saúde.

#### **PESSOAS RECUPERADAS E CURADAS**

MINISTÉRIO DA SAÚDE ANUNCIA PELA ÚLTIMA VEZ O NÚMERO DE PESSOAS RECUPERADAS.<sup>54</sup> A partir desta data, a comunicação institucional vai usar o termo “*peessoas curadas*”, muito embora não haja, até 30 de julho de 2020, cura para a COVID19.

06.07

#### **TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO PARA A POLÍTICA DE SAÚDE**

O Ministério da Saúde determinou a realização, até o dia 15 de julho, de Pregão Eletrônico 18/2020<sup>55</sup> para contratação de fábrica de software, para desenvolvimento de sistemas para o Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo é assegurar o desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação que possibilitem a disseminação de dados, informações e conhecimento.

---

53 Ver em Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47132-brasil-entra-em-parceria-para-producao-de-vacina-contra-covid-19>. Acesso em: 01 ago. 2020.

54 Ver em Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47167-coronavirus-876-359-pessoas-estao-recuperadas-no-brasil>. Acesso em: 30 jul. 2020.

55 Ver em: <http://www.comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/edital-250110-5-00018-2020>. Acesso em: 30 jul. 2020.

02.07

### **RESULTADOS DE PESQUISA NACIONAL SOBRE COVID19**

Nessa data foi anunciado o resultado do estudo sobre a Covid-19 no Brasil, “Evolução da Prevalência de Infecção por Covid-19 no Brasil: Estudo de Base Populacional”, financiado pelo Ministério da Saúde. O estudo foi coordenado pelo Centro de Epidemiologia da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). A coleta de dados foi feita por profissionais do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope) nos domicílios de 133 do Brasil. Houve três fases de coleta de dados (entrevistas e testes) entre maio e junho de 2020: a primeira com 25.025 (75,2%); a segunda com 31.165 (93,7%); e a terceira com 33.207 (99,9%).

07.07

### **PRESIDENTE DOENTE**

Presidente Jair Bolsonaro declara ter COVID19

### **PESQUISA CIENTÍFICA SOBRE SUS E PANDEMIA**

Anúncio de 90 projetos de pesquisa<sup>56</sup> selecionados, no valor total de R\$ 45,5 milhões, entre 2.219 propostas enviadas para avaliação por meio de parceria entre o Ministério da Saúde, o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Na avaliação das propostas, analisou-se como as ideias poderiam ser aplicadas ao SUS. O conjunto temático mostra, igualmente, as fragilidades de conhecimentos da política pública de Saúde no Brasil. Chama a atenção que 50% dos temas não tem relação direta com a pandemia: são eles, a avaliação de modelos de vigilância em saúde, efetividade de intervenções farmacológicas, cumprimento de medidas de prevenção e controle, uso de EPI, avaliação da atenção em saúde e Comunicação e prevenção de notícias falsas. Os 12 temas de interesse prioritário da chamada de projetos foram os seguintes:

1. Alternativas terapêuticas
2. Desenvolvimento de vacinas preventivas e/ou terapêuticas
3. Novos testes diagnósticos
4. Acurácia de testes diagnósticos
5. Avaliação da patogênese e história natural da doença
6. Avaliação da carga de doença
7. Avaliação da atenção à saúde nos três níveis de complexidade
8. Uso de EPI
9. Cumprimento de medidas de prevenção e controle
10. Comunicação e prevenção de notícias falsas
11. Avaliação dos modelos de vigilância em saúde
12. Efetividade de intervenções não farmacológicas

### **POVOS INDIGENAS**

Publicado o Plano<sup>57</sup> Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas.

---

56 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/July/07/Chamada-COVID-19-coletiva-resultado-final-07julho2020.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

57 Ver União Federal. Presidência da República. *Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas*. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/julho/governo-federal-cria-plano-emergencial-para-enfrentamento-a-covid-19-nos-territorios-indigenas-1>. Acesso em: 28 jul. 2020.



10.07

### VACINAÇÃO CONTRA INFLUENZA

O Ministério da Saúde informou que a Campanha Nacional de Vacinação contra a Gripe alcançou 90,2% do público-alvo, ultrapassando a meta de 90%. Entre os grupos prioritários, os idosos foram os que tiveram melhor desempenho, com cobertura de 119,72%. Os estados e municípios receberam um total de 79,9 milhões de doses da vacina. Desse total, 81,18% foram aplicadas.

16.07

### AÇÃO EM FAVELAS<sup>58</sup>

O Ministério da Saúde credenciou 57 Centros Comunitários de Referência (CCR) para Enfrentamento da Covid-19 em 746 favelas (aglomerados urbanos subnormais, na classificação do IBGE) em 19 Municípios de 15 Estados. Os CCR reforçarão a assistência do Sistema Único de Saúde (SUS) durante a pandemia, com a identificação e tratamento precoce de casos leves da doença. A ação receberá R\$ 18 milhões de apoio financeiro.

A Tabela abaixo apresenta a distribuição das favelas de acordo com os Estados e Regiões. É notável, como se pode ver, a concentração de ações na região sudeste, particularmente no estado do Rio de Janeiro, que recebeu 2/3 de todas as ações. Quando somadas as ações nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, nota-se que 85% das ações estão concentradas ali.

Chama a atenção que a região nordeste tenha recebido ações para, apenas, 5 dos 13 Estados. Além disso, com exceção de Pernambuco e Alagoas, todos os demais (Bahia, Ceará e Paraíba), receberão apoio especial em apenas 1 (um) desses aglomerados urbanos subnormais, popularmente conhecidos como favelas. Assim, vê-se que o Estado de Santa Catarina receberá mais ações em favelas do que a soma das ações destinadas aos Estados da Bahia, Ceará e Paraíba.

A Portaria 1.742 não explicita os critérios adotados para realizar a distribuição com essas importantes diferenças regionais.

TABELA 3 - BRASIL. FAVELAS COM POLÍTICA DE ATENÇÃO ESPECIAL EM SAÚDE - COVID19				
RS	1	0,13%	SUL	7
SC	6	0,80%		
				<b>0,94%</b>
SP	29	3,89%	SUDESTE	683
RJ	461	61,80%		
MG	181	24,26%		
ES	12	1,61%		
				<b>91,55%</b>
BA	1	0,13%	NORDESTE	24
CE	1	0,13%		
PE	11	1,47%		
PB	1	0,13%		
AL	10	1,34%		
				<b>3,22%</b>

58 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Credencia temporariamente municípios a receberem incentivo financeiro referente aos Centros Comunitários de Referência para Enfrentamento da Covid-19 e incentivo financeiro federal adicional per capita, em caráter excepcional e temporário, considerando o cenário emergencial de saúde pública de importância nacional e internacional decorrente do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.742-de-13-de-julho-de-2020-266574834>. Acesso em: 18 jul. 2020.

PA	12	1,61%		
AM	4	0,54%		
AP	14	1,88%	NORTE	32
AC	2	0,27%		
				<b>4,29%</b>
<b>746</b>		<b>100%</b>		
Fonte. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Tabela elaborada pelo autor (02 ago. 2020)				

### 21.07 **TESTAGEM**

O Ministério da Saúde publicou a Portaria Nº 1.792, que torna obrigatória a notificação à pasta de todos os resultados de testes diagnóstico para detecção da Covid-19. A partir dessa data, deverão ser notificados ao Ministério da Saúde todos os resultados de testes diagnóstico realizados, sejam positivos, negativos, inconclusivos e correlatos, em qualquer que seja a metodologia de testagem utilizada. Os resultados de exames laboratoriais feitos pelos laboratórios públicos já adotavam essa prática. A mudança ocorre no caso dos laboratórios privados, que tem até 04 de agosto de 2020 para se adequar para disponibilizar resultados aos gestores locais do Sistema Único de Saúde (SUS).

### 24.07 **POVOS INDÍGENAS**

O Ministério da Saúde apresentou as ações realizadas de enfrentamento à Covid-19 em comunidades indígenas. O plano emergencial foi publicado em 07 de julho de 2020 e as ações foram as seguintes:

- a) Reforço médico em todos os 34 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI);
- b) Investimento de R\$ 1,1 milhão em pesquisas com foco no enfrentamento da Covid-19 na população indígena;
- c) Distribuição de medicamentos e insumos médicos;

O governo do Brasil informa a existência de 755.898 indígenas em 5.852 aldeias. São 305 povos indígenas, que falam 274 línguas. A política especial para povos indígenas os divide em 34 Distritos Sanitários especiais, com 367 Polos Bases, 67 Casas de Saúde Indígena (CASAI) e 1.199 Unidades Básicas de Saúde Indígena (UBSI).

De acordo com os dados oficiais, há 14.200 profissionais integrando 800 Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena, em um território de 950.122 km<sup>2</sup>

O boletim epidemiológico atualizado até 30.07 informa a existência de 15.800 indígenas doentes (2,09%), 285 óbitos (1,8%) e 10.500 recuperações (66,4%).

### 30.07 **TESTES**

Ministério da saúde informa que o Brasil alcançou a marca de 17.871 testes realizados por dia para detectar a Covid-19. Em março eram efetuados 1.148 testes diários. De 5 de março até 25 de julho de 2020 foram distribuídas 5.015.252 de reações de RT-PCR para os 27 Laboratórios Centrais de Saúde Pública (Lacen) em todo o país.

## **5. A ESTRATÉGIA BRASILEIRA DE RESPOSTA À COVID19**

Observados os fatos acima, bem como a produção normativa selecionada, pode-se afirmar que o Ministério da Saúde adotou, sim, uma linha estratégica de ação. As certezas do

atual ministro da Saúde interino, Eduardo Pazuello, são poucas. Ele tem declarado isso em muitas ocasiões. As linhas de ação, abaixo, foram reunidas a partir das decisões efetivamente adotadas e registradas na cronologia apresentada anteriormente. Tendo isso em conta, proponho a interpretação de que, até 30 de julho de 2020, as linhas estratégicas de ação do Ministério da Saúde podem ser assim organizadas.

### **5.1. A cura na linguagem formal da estratégia**

A primeira medida que chama a atenção é a linguagem da cura. Muito embora não exista (até 30 de julho de 2020) cura para a doença COVID19 causada pelo novo coronavírus, o Ministério da Saúde afirma, constantemente em seus informativos diários, que os brasileiros estão sendo CURADOS<sup>59</sup> da referida doença. Ao proceder assim, deixa a impressão de que o Brasil tem a CURA para essa doença. Contudo, ao analisar os boletins epidemiológicos e o conjunto de outras informações divulgadas pelo Ministério da Saúde, nota-se que o próprio governo federal faz uso indevido desse termo, pois compara números de “curados” do Brasil com os de “recuperados” de outros países.

No informativo de 23 de julho de 2020, o Ministério da Saúde moderou a linguagem para explicar como calcula os índices de recuperação e evitou a palavra *curados*. O número de casos recuperados é estimado por um cálculo que considera os registros de casos e óbitos com confirmação de Covid-19, informados pelas Secretarias Estaduais de Saúde, e o número de pacientes hospitalizados registrados no Sistema de Vigilância Epidemiológica da Gripe (SIVEPGripe).

O verbo CURAR tem sido usado de modo exagerado<sup>60</sup> nos informativos do Ministério da Saúde. Nos painéis informativos de dados, porém, o verbo *curar* não é usado, exceto nos dados dos povos indígenas, onde aparece um indicador de quantidade de *cura clínica*<sup>61</sup>. Afora isso, a expressão corrente é *recuperados* ou... *em recuperação*. Nos últimos 60 dias, nas notícias publicadas no site do MS, predominam o verbo *curar* e o adjetivo *curados*. São os termos preferidos da comunicação oficial e, de longe, mais frequentes do que o adjetivo *recuperados*,

### **5.2. Conduta precoce dos cidadãos aos centros de atendimento do SUS**

A conduta precoce é o modo como o Ministério da Saúde chama a orientação formal para que “qualquer brasileiro que apresente sintomas procure a unidade básica de saúde”. A *conduta precoce*, diz ele, “é a melhor solução que podemos ter e a solução definitiva virá somente com a *vacina*”. O Ministério da Saúde informa que o SUS-Sistema Único de Saúde faz acompanhamento de todos os casos de Covid-19, sendo leves, moderados ou graves e recomenda que todas as pessoas com sintomas (até de gripe) procurem os serviços de saúde para diagnóstico e tratamento precoce<sup>62</sup>. No informativo de 21 de julho de 2020 (atualizado em 22 de julho de 2020), o Ministro afirmou o seguinte: “Nós avaliamos o que deu certo e o que não deu certo, mudamos várias orientações, alteramos protocolos e hoje podemos resumir da seguinte forma: o tratamento ideal é o

---

59 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47275-covid-19-brasil-registra-1-787-419-casos-de-pessoas-curadas>. Acesso em: 30 jul. 2020.

60 Ver, por exemplo: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47237-covid-19-brasil-ultrapassa-1-5-milhao-de-curados>. Acesso em: 30 jul. 2020.

61 Ver União Federal, Ministério da Saúde, Secretaria Especial de Saúde Indígena. Disponível em: <https://saudeindigena.saude.gov.br/corona>. Acesso em: 29 jul. 2020.

62 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47277-conduta-precoce-nos-casos-de-covid-19-evita-agravamento-e-mortes>. Acesso em: 29 jul. 2020.

tratamento precoce dos pacientes com Covid-19.”<sup>63</sup>

Segundo Pazuello, o diagnóstico precoce pode salvar vidas. “É o médico que dará o diagnóstico para a Covid-19. Mesmo que o diagnóstico clínico possa ser aprofundado por exames laboratoriais ele será efetivado pelo médico. Essa notificação é a base estatística que será usada. Essa é a orientação do Ministério da Saúde”

### **5.3. Relação seletiva com os Conselhos de Saúde**

O SUS-Sistema Único de Saúde é uma complexa estrutura de órgãos, fundos e conselhos que envolvem sociedade e Estado na tomada de decisões.

Nesse semestre, e particularmente depois da exoneração de Nelson Teich, o Ministério da Saúde parece ter recorrido aos órgãos colegiados para tomar decisões. Adotou medidas que envolveram diálogos com secretários de saúde (de Estados e Municípios), sobretudo por via do CONASS e do CONASEMS, que são Conselhos de Secretários de Saúde (de Estados e de Municípios). Na estrutura orgânica do Ministério da Saúde existe também o Conselho Nacional de Saúde, órgão misto, formado por representantes de organizações da sociedade civil, não necessariamente vinculados às profissões da saúde. Esse Conselho, praticamente, tem sido deixado de lado na tomada de decisões pelo Ministério da Saúde. Ao contrário dos outros, o CNS não foi citado em nenhum dos informativos diários do Ministério da Saúde.

### **5.4. Intransparência de dados**

A falta de transparência tem sido uma das mais importantes críticas da sociedade ao modo como a política de resposta à pandemia vem se realizando. Recentemente (julho) as informações básicas relacionadas à ajuda do Ministério da Saúde aos estados e municípios, bem como o cenário de transmissão da doença no país, passaram a ser disponibilizadas pelo site <https://localizasus.saude.gov.br/>.

Consta do site do Ministério da Saúde que a Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS), plataforma nacional de integração de dados em saúde é um projeto estruturante do Conecte SUS, programa do Governo Federal para a transformação digital da saúde no Brasil. Ela foi criada com base nas diretrizes da Estratégia da Saúde Digital, construída a partir da Política Nacional de Informática e Informações em Saúde (PNIIS) e no documento Estratégia e-Saúde para o Brasil.<sup>64</sup>

### **5.5. Apoio a Estados e Municípios**

Dada a autonomia de Estados e Municípios para decidir como agir em razão das circunstâncias locais, conforme decisão do STF, o Ministério da Saúde posicionou-se para atuar como centro de apoio das decisões de Estados e Municípios. Para isso, vem mobilizando a estrutura orgânica do SUS e alguns dos programas da política pública em saúde, tais como o Fundo Nacional de Saúde e a transferência fundo a fundo de recursos, diálogo regular com CONASS e CONASEMS.

O estudo das decisões tomadas pelo Ministério da Saúde e pelo Governo Federal

---

63 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47235-em-visita-a-porto-alegre-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoes-contr-a-covid-19-no-estado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

64 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47230-portaria-torna-obrigatoria-notificacao-de-resultados-de-testes-da-covid-19>. Acesso em: 29 jul. 2020.

mostram que as ações de apoio se concentram no seguinte:

- a) logística: atendendo demandas de movimentação de bens e pessoas, conforme os pedidos gerados pelas secretarias estaduais e municipais de saúde;
- b) recursos financeiros: transferência de recursos via Fundo Nacional de Saúde (SUS) ou diretamente às Secretarias de Fazenda Estadual;
- c) bases normativas: neste item, nota-se uma clara atuação diferenciada de parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Ambos tem produzido normas jurídicas importantes para a atuação da União Federal, todavia, a Presidência da República tem agido, prioritariamente, por meio de Medidas Provisórias e Decretos, enquanto as iniciativas de Emendas à Constituição e Leis têm sido predominantes entre a Câmara de Deputados e o Senado Federal;
- d) compras centralizadas e fornecimento de insumos: atendendo demandas geradas pelas secretarias estaduais e municipais de saúde, o MS passou a realizar, excepcionalmente, a aquisição centralizada de alguns itens e insumos para adequação da distribuição, de acordo com a evolução da doença. Assim, envia medicamentos, ventiladores pulmonares, Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), testes de diagnóstico e outros insumos que são utilizados pelos profissionais de saúde nos hospitais, Unidade de Pronto-Atendimento (UPA) e Unidades Básicas de Saúde (UBS);

As Superintendências<sup>65</sup> Estaduais do Ministério da Saúde (SEMS) têm exercido papel de acompanhamento e controle. São elas que acompanham o cenário local e apoiam as ações e entregas do Governo Federal em auxílio aos estados e municípios.

## **5.6. Ações observadas de apoio a estados e municípios**

As iniciativas e ações estratégicas são desenhadas conforme a realidade e necessidade de cada região, junto com estados e municípios<sup>66</sup>. De acordo com o Ministro da Saúde interino, a decisão sobre as ações a serem adotadas no combate à doença cabe aos estados e municípios, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

### **5.6.1. Testagem**

12,5 milhões de testes de diagnóstico para Covid-19.

### **5.6.2. Compra centralizada de medicamentos em falta**

O Ministério da Saúde informou na notícia de 23.07, que a compra de medicamentos é feita pelos estados e municípios. A União Federal passou a realizar compras centralizadas quando os governos subnacionais começaram a apontar a falta de medicamentos. O Ministério da Saúde passou a coordenar as ações com produtores, CONASS (Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde) e CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde) para prover estoque de emergência. A compra centralizada, com participação direta dos produtores e de estados e municípios pode garantir estabilidade de preços.

---

65 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47200-superintendencias-estaduais-de-saude-reforcam-combate-a-covid-19>. Acesso em: 27 jul. 2020.

66 Ver o relato das visitas aos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47238-em-visita-a-santa-catarina-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoes-contra-a-covid-19-no-estado>. Acesso em: 28 jul. 2020; e <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47244-em-visita-ao-parana-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoes-contra-o-coronavirus>. Acesso em: 28 jul. 2020; e <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47235-em-visita-a-porto-alegre-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoes-contra-a-covid-19-no-estado>. Acesso em: 28 jul. 2020.



De acordo com o Ministério da Saúde, para a aquisição dos medicamentos em falta, o Ministério da Saúde implementou três ações simultâneas. A requisição imediata do estoque excedente da indústria farmacêutica, iniciada em 22 de junho. Iniciar o processo de licitação feito via Sistema de Registro de Preços (SRP). E a cotação para realizar compra internacional por meio da Organização Pan-americana de Saúde (OPAS/OMS). Realizou também a aquisição bilateral Brasil-Uruguai com intermédio da embaixada brasileira, em Montevideu<sup>67</sup>.

Até 30 de julho de 2020, foram comprados 15,9 milhões de unidades de medicamentos e 79,9 milhões de doses da vacina contra a gripe

### 5.6.3. UTI

Até 30 de julho de 2020, 11.084 leitos de UTI habilitados para casos graves e gravíssimos, 8.449 ventiladores pulmonares e 208,5 milhões de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs).

### 5.6.4. Centros de atendimento

Até 30 de julho de 2020, 2.422 Centros de Atendimento em 2.069 municípios, em todos os estados. Os Centros de Atendimento são estruturas complementares, que servem para identificação precoce dos casos, com atendimento adequado das pessoas com síndrome gripal e Covid-19 com sintomas leves, e que recebem financiamento federal.

### 5.6.5. Transferência de dinheiro

O repasse de recursos financeiros a estados e municípios para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, está indicado nas tabelas 4 e 5 abaixo. Algumas coisas chamam a atenção na execução orçamentária, como se pode ver. Em primeiro lugar, nota-se que o volume mais importante de pagamentos está concentrado na política de assistência social (Tab. 4), especificamente, nas ações de pagamento do auxílio emergencial de R\$600,00 (Tab. 5).

A transferência direta de recursos a Estados e Municípios não parece ter sido bem conduzida até 30 de julho de 2020. Das 6 ações previstas, há 4 com dotação orçamentária aprovada e ainda nada transferido. Só duas parecem ter tido execução orçamentária adequada ao momento. Todavia, faltam relatórios analíticos que expliquem as causas da realização parcial para 2 ações e da realização nula para 4.

Uma situação grave como da pandemia do coronavírus, com 91.000 óbitos até o final, deveria ser marcada pela resposta eficiente do Estado, notadamente quando tem recursos disponíveis e quanto tem os canais institucionais apropriados para transferi-los com segurança. A eficiência, nesse caso, tem dois lados: o do gasto eficiente (no tempo certo e para ações certas) e a comunicação eficiente, quando recursos aprovados pelo Congresso Nacional sequer são movimentados.

**TABELA 4. 2020. Prioridades Orçamentárias da União Federal, por ação e dotação. Até 31 jul. 2020.**

	Dotação Atual	Empenhado	Pago	%
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19	254.240.000.000,00	197.895.029.947,00	167.415.345.728,00	65,8%

<sup>67</sup> Ver <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47217-brasil-compra-medicamentos-para-intubacao-do-uruguai>. Acesso em: 25 jul. 2020.

Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19	60.189.488.452,00	60.189.488.453,00	30.074.457.129,00	50,0%
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda	51.641.629.500,00	51.546.521.578,00	18.236.207.413,00	35,3%
Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus	44.785.793.107,00	32.567.198.623,00	21.652.187.367,00	48,3%
Concessão de Financiamentos para o Pagamento da Folha Salarial, devido à Pandemia do COVID-19	34.000.000.000,00	17.000.000.000,00	3.910.003.151,00	11,5%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação	16.000.000.000,00	16.000.000.000,00	9.864.311.702,00	61,7%
Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito	20.000.000.000,00	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00	25,0%
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe)	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	100,0%
Financiamento da Infraestrutura Turística Nacional	5.000.000.000,00	787.434.059,00	388.467.676,00	7,8%
Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 2004)	3.037.598.000,00	3.037.598.000,00	369.285.445,00	12,2%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Apoio Emergencial do Setor Cultural devido à Pandemia da Covid-19	3.000.000.000,00	-	-	0,0%
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)	900.000.000,00	900.000.000,00	900.000.000,00	100,0%
Ativos Cíveis da União	320.112.746,00	320.112.746,00	4.739.149,00	1,5%
Auxílio Emergencial às Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPIs, Devido à Pandemia da COVID-19	160.000.000,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Atenção Básica em Saúde para Cumprimento de Metas	43.059.135,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Assistência Hospitalar e Ambulatorial para Cumprimento de Metas	23.049.729,00	-	-	0,0%
Benefícios Obrigatórios aos Servidores Cíveis, Empregados, Militares e seus Dependentes	18.147.908,00	18.147.908,00	-	0,0%

Manutenção de Contrato de Gestão com Organizações Sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)	20.000.000,00	20.000.000,00	-	0,0%
	<b>255.038.878.577,00</b>	<b>203.286.501.367,00</b>	<b>106.299.659.032,00</b>	<b>41,7%</b>

Considerando o lado das dotações orçamentárias (Tab. 4), nota-se que o orçamento da resposta à pandemia segue a seguinte ordem de prioridades:

- a) em primeiro lugar, é uma política de segurança de renda das famílias (R\$257,4 bi);
- b) depois, orienta-se para a segurança econômica das empresas (R\$127,4 bi);
- c) em terceiro lugar, orienta-se para o financiamento de ações em saúde (R\$124 bi), seja pelo apoio financeiro a Estados e Municípios (R\$ 79,1 bi), seja por gastos diretos em bens e serviços de saúde (R\$44,8 bi);

Considerando agora os valores efetivamente pagos (Tab. 5), isto é, aqueles para os quais o governo foi mais eficiente em liberar recursos, temos que a ordem de prioridades é a seguinte:

- a) Segurança de renda de empresas;  
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe);  
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002);
- b) Segurança de renda de pessoas em situação de vulnerabilidade social;  
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19;
- c) Sistema de Saúde;
- d) Apoio financeiro a Estados e Municípios;  
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação;  
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19;
- e) Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional decorrente do Coronavírus;
- f) Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda;
- g) Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito;

**TABELA 4. 2020. Prioridades Orçamentárias da União Federal, por ação e pagamento. Até 31 jul. 2020.**

	<b>Dotação Atual</b>	<b>Empenhado</b>	<b>Pago</b>	<b>%</b>
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19	254.240.000.000,00	197.895.029.947,00	167.415.345.728,00	65,8%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19	60.189.488.452,00	60.189.488.453,00	30.074.457.129,00	50,0%

Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus	44.785.793.107,00	32.567.198.623,00	21.652.187.367,00	48,3%
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda	51.641.629.500,00	51.546.521.578,00	18.236.207.413,00	35,3%
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe)	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	100,0%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação	16.000.000.000,00	16.000.000.000,00	9.864.311.702,00	61,7%
Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito	20.000.000.000,00	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00	25,0%
Concessão de Financiamentos para o Pagamento da Folha Salarial, devido à Pandemia do COVID-19	34.000.000.000,00	17.000.000.000,00	3.910.003.151,00	11,5%
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)	900.000.000,00	900.000.000,00	900.000.000,00	100,0%
Financiamento da Infraestrutura Turística Nacional	5.000.000.000,00	787.434.059,00	388.467.676,00	7,8%
Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 2004)	3.037.598.000,00	3.037.598.000,00	369.285.445,00	12,2%
Ativos Cíveis da União	320.112.746,00	320.112.746,00	4.739.149,00	1,5%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Apoio Emergencial do Setor Cultural devido à Pandemia da Covid-19	3.000.000.000,00	-	-	0,0%
Auxílio Emergencial às Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPIs, Devido à Pandemia da COVID-19	160.000.000,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Atenção Básica em Saúde para Cumprimento de Metas	43.059.135,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Assistência Hospitalar e Ambulatorial para Cumprimento de Metas	23.049.729,00	-	-	0,0%
Benefícios Obrigatórios aos Servidores Cíveis, Empregados, Militares e seus Dependentes	18.147.908,00	18.147.908,00	-	0,0%

Manutenção de Contrato de Gestão com Organizações Sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)	20.000.000,00	20.000.000,00	-	0,0%
	<b>537.700.846.095,00</b>	<b>422.164.824.027,00</b>	<b>291.277.497.030,00</b>	<b>54,2%</b>

Fonte: Senado Federal. IFI Brasil. Disponível em: <https://datastudio.google.com/reporting/12071674-bd8c-4949-af82-504ce236bd5d/page/HxxQB>, acesso em 02.8.2020. Não há destaques no original. Elaborada pelo autor.

## 6. CONCLUSÕES

O Art. 194<sup>68</sup> da Constituição do Brasil estabelece a obrigação do Estado de atuar de modo integrado nos temas de saúde, de seguro de renda e de assistência social. Durante os debates na Assembleia Nacional Constituinte emergiu um consenso quanto à necessidade de o Brasil mudar seu modelo anterior de direitos e políticas de segurança de renda e de cuidados médicos. O modelo anterior era de alcance restrito a trabalhadores formais urbanos. Tanto o seguro de renda (pensões e aposentadorias) quanto os serviços médicos prestados em unidades públicas de saúde. Por isso, a Constituição vigente ampliou as formas de proteção social da renda. A segurança *social* é modalidade de segurança dos meios de vida que se realiza com esforços de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e para benefício de cada um (por meio do seguro social de renda ou da assistência social de renda). Além disso, a Constituição universalizou os serviços de atenção médica preventiva e curativa. De 1988 em diante, todos os trabalhadores rurais e urbanos, de algum modo, passaram a ser cobertos por esse novo e complexo sistema *social* de segurança de renda e de saúde.

A segurança *social* da renda assumiu duas modalidades nesse novo sistema: contributiva e não contributiva. O regime geral de previdência foi a solução encontrada para ampliar o *seguro social* da renda de trabalhadores urbanos e rurais. Dado que é um tipo de seguro, então cobre todas as pessoas físicas que contribuem de algum modo, muito embora o dever de contribuir não se restrinja aos beneficiários (pessoas jurídicas privadas e Estado também contribuem para sustentar o sistema). E a política de assistência social (não confundir com *assistencialismo populista*) foi instituída para, por um lado, assegurar renda básica de um salário mínimo a alguns grupos em situação de extrema vulnerabilidade social (caso de idosos e de pessoas com deficiência em situação de insuficiência de meios econômicos para prover a subsistência) e por outro, para prestar serviços, como os de acolhimento de pessoas em situação de exclusão social e de sua integração ao mercado de trabalho, de cuidados especiais de crianças e adolescentes em situação de pobreza econômica, de habilitação e reabilitação de pessoas com deficiência.

Os serviços de saúde foram universalizados e tornaram-se gratuitos. O claro propósito do Art. 194 foi introduzir no Brasil os padrões mínimos do direito a segurança social, reconhecidos pelo direito internacional desde 1952 (OIT, Convenção 102): cuidados médicos, segurança de renda em caso de doença, de desemprego, de idade avançada, de acidente de trabalho, de família e filhos, de maternidade, de invalidez, de morte, e de serviços assistenciais. O tripé saúde, assistência e previdência social correspondem, portanto, aos direitos que compõem o âmbito de proteção do direito humano a segurança social.

Em 05 de abril de 2020, o Brasil registrou o primeiro dia com 50 óbitos por COVID19. Em 27 de abril de 2020, foram 300 óbitos. Em 11 de maio de 2020, foram 600 óbitos. Em 04 de junho de 2020, batemos a marca de 1.000 óbitos. Só em 28 de agosto de 2020, os óbitos

68 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.



diários começaram a cair para menos de 900 óbitos. Em 11 de outubro de 2020, caíram para menos de 600 óbitos. Em 05 de novembro de 2020, chegaram novamente a 300 óbitos. A partir daí não reduziu mais. As mortes diárias voltaram a subir. Mais de 600 óbitos, de novo, a partir de 07 de dezembro de 2020.

Os dados e fatos analisados neste estudo mostram que o governo federal do Brasil adotou uma estratégia de resposta à pandemia já no primeiro semestre de 2020. As linhas gerais de ação analisadas anteriormente mostram que se trata de uma estratégia bem diferente das adotadas pela Coreia do Sul, pela Alemanha ou pela Suécia. A estratégia brasileira de resposta à pandemia priorizou a segurança de renda e o apoio logístico a estados e municípios. Serviços preventivos de difusão da doença não foram a prioridade na estratégia de ação do Ministério da Saúde.

Tudo indica, até aqui, que a estratégia brasileira de priorizar a segurança de renda poderia ter boas justificativas no contexto do modelo brasileiro de segurança social, particularmente em face dos efeitos desproporcionais que a recessão econômica provoca numa sociedade marcada pela desigualdade estrutural de renda. Todavia, toda escolha gera uma renúncia. E renunciar a prioridade de conter o avanço da epidemia em nome da segurança de renda é algo que deveria ser muito bem justificado do ponto de vista constitucional. É adequado dizer “deveria”, porque nenhuma justificativa jurídico-política foi encontrada nos pronunciamentos institucionais que pudesse respaldar a estratégia efetivamente implementada e seus gravíssimos resultados em mortes.

## REFERÊNCIAS

Center for Infectious Disease Research and Policy. China releases genetic data on new coronavirus, now deadly. *University of Minnesota*. Disponível em: <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2020/01/china-releases-genetic-data-new-coronavirus-now-deadly>. Acesso em: 26 jul. 2020.

HOW, Eckner C. Germany has managed to perform so many Covid-19 tests. *The Spectator*. April 6, 2020. Disponível em: <https://www.spectator.co.uk/article/how-germany-has-managed-to-perform-so-many-covid-19-tests>. Acesso em: 06 jun. 2020.

KOREA.NET. Korea's national response to COVID-19 outbreak. Disponível em: <http://www.korea.net/Government/Current-Affairs/National-Affairs?affairId=2034>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Polimap Covid19. *Interventions to reduce virus transmissions (Flatten the curve)*: Sweden. Disponível em: <https://polimap.org/sweden/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

*Revista Veja*. Ministério da Saúde investiga caso suspeito de coronavírus em Minas, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/ministerio-saude-investigacao-coronavirus/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

Robert Koch Institute. *Contribution to the COVID-19 response*. Disponível em: [https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID\\_ZIG\\_en/COVID\\_ZIG\\_node\\_en.html](https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID_ZIG_en/COVID_ZIG_node_en.html). Acesso em: 06 jun. 2020.

União Federal. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 28 jul. 2020.

União Federal. Ministério da Saúde. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. fev. 2020. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 25 jul. 2020.

University of Oxford. Our World in Data. *Emerging COVID-19 success story: South Korea learned the lessons of MERS*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-south-koreaver>. Acesso em: 01 jun. 2020.

University of Oxford. Our World in Data. *Emerging COVID-19 success story: Germany's strong enabling environment*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-germany>. Acesso em: 25 jul. 2020.

University of Oxford. Our World in Data. *Emerging COVID-19 success story: Sweden: Coronavirus Pandemic Country Profile*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/sweden?country=~SWE>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WHO. *Regulation and Prequalification*. Disponível em: <https://www.who.int/teams/regulation-prequalification/eul>. Acesso em: 28 jul. 2020.

---

**Recebido em:** 22.10.2020

**Aprovado em:** 15.12.2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Respostas à pandemia e a estratégia brasileira. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.136-165, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# PANDEMIA E FEDERAÇÃO: A NOVA DIRETRIZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A INTERPRETAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNS E ALGUNS DESAFIOS PARA SUA UNIVERSALIZAÇÃO

## FEDERATION AND THE PANDEMIC: CHALLENGES TO THE APPLICATION OF THE NEW BRAZILIAN SUPREME COURT'S GUIDELINE ON CONCURRENT POWERS

Ana Paula de Barcellos<sup>1</sup>

**RESUMO:** No contexto da pandemia, o Plenário do STF fixou uma nova diretriz para a compreensão do federalismo cooperativo brasileiro ao julgar as cautelares nas ADIs 6341 e 6343. Essa nova diretriz pode ser assim enunciada: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns do art. 23. O objetivo do presente artigo é, a partir do exame indutivo e sistemático de previsões constitucionais e da jurisprudência do STF, identificar questões que a interpretação constitucional precisará enfrentar para a universalização dessa diretriz. A conclusão apurada é a de que ao menos duas reflexões adicionais serão necessárias: (i) com base em que normatividade os entes locais poderão agir caso não tenham competência legislativa e o ente competente não edite legislação na matéria? e (ii) qual a repercussão da diretriz fixada pelo STF sobre a competência da União para editar a lei complementar de que trata o parágrafo único do art. 23?

**Palavras-chave:** competências comuns; autonomia local; Constituição art. 23; pandemia.

**ABSTRACT:** Two rulings from the Brazilian Supreme Court (ADIs 6341 e 6343) construing the coronavirus pandemic national legislation have established a new guideline on concurrent powers: the local entities (States and Municipalities) do not depend on a Federal Government previous initiative to act on their concurrent powers from article 23. This paper suggests that the general application of this new guideline entails at least two additional challenges: (i) whenever a local entity doesn't have the power to enact the law, on which legal ground could it act without proper legislation? (ii) how does the guideline impact the Federal Government's power to enact the complementary legislation provided by Article 23, the sole paragraph?

**Keywords:** concurrent powers; local government; Brazilian Constitution article 23, pandemic.

---

1 Pós-Doutora – Harvard. Mestre e Doutora pela UERJ. Professora Titular de Direito Constitucional da UERJ. Membro do Comissão de Estudos Constitucionais da OAB. Advogada e parecerista.

## 1 INTRODUÇÃO. PANDEMIA E FEDERAÇÃO: O CENÁRIO NORMATIVO

Um dos temas mais discutidos na jurisprudência constitucional do STF nas últimas três décadas é a distribuição de competências entre os entes federados tal como organizada pela Constituição de 1988<sup>2</sup>. A verdade, porém, é que muitas das decisões tomadas pelo STF na matéria repercutem diretamente apenas sobre setores específicos no âmbito de Estados e Municípios, sem atrair maior atenção da sociedade e da comunidade jurídica como um todo. A pandemia global de covid-19, além da tragédia humana e do complexo de transformações impostas ao Brasil e ao mundo, acabou por trazer a discussão federativa para o centro do debate político e jurídico nacional.

Com efeito, diversas ações constitucionais foram ajuizadas diretamente perante o STF questionando medidas de enfrentamento da pandemia e discutindo o tema federativo<sup>3</sup>. Órgãos jurisdicionais pelo país afora têm igualmente se ocupado de avaliar a validade, sentido e alcance de atos praticados pelo Poder Público no contexto da pandemia, sendo certo que um dos argumentos frequentemente invocados, tanto por quem se opõe às medidas quanto por quem as defende, diz respeito à distribuição de competências na federação.

A súbita relevância da federação no contexto da pandemia não é surpreendente. A gravidade da crise sanitária levou União, Estados, Distrito Federal e Municípios a adotarem medidas também da maior gravidade para o seu enfrentamento, com repercussões dramáticas na vida das pessoas. Tais medidas envolvem a quarentena de pessoas, bairros e cidades – em alguns casos com o confinamento compulsório –, a paralisação de atividades de forma geral, a restrição de circulação de pessoas e bens, dentre outras iniciativas com o objetivo de conter o contágio.

Do ponto de vista jurídico, não é difícil perceber que tais medidas, embora digam respeito à saúde pública, afetam vários outros temas em torno dos quais a Constituição construiu a distribuição de competências, como direitos individuais e liberdades públicas, direito do consumidor, direito civil, direito empresarial, dentre outros. Ademais, diferentes visões sobre como enfrentar a pandemia e variados alinhamentos políticos entre os agentes públicos conduziram a conflitos entre as políticas adotadas nos diferentes níveis federativos.

Para além dos debates políticos, tais conflitos envolvem diversas questões jurídicas reais, sendo uma delas a interpretação das chamadas competências político-administrativas comuns e legislativas concorrentes. Como se sabe, a Constituição de 1988 organizou uma federação e utilizou, na distribuição de competências entre os entes federativos, diversos tipos de critérios, incluindo alguns que integram a lógica do chamado federalismo cooperativo.

No modelo federativo original norte-americano as competências foram concebidas como se tivessem sido distribuídas a partir de um critério dual: a União tem suas competências listadas de forma expressa e o restante cabe aos Estados. Embora não deixe de haver conflitos e debates na definição do que compete a cada ente, não se cogita propriamente de que a União e os Estados compartilhem a mesma competência constitucional: ou bem a

---

2 V. FALCÃO, *Joaquim e outros. II Supremo em Números – O STF e a Federação*, In: FGV DIREITO RIO – Série Novas Ideias em Direito, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11056>. Acesso em: 10 set. 2020; LABANCA, Marcelo. *Jurisdição constitucional e federação*, São Paulo: Elsevier, 2009.

3 O site do STF criou uma área específica sobre o tema chamada de “Painel de ações Covid-19” com algumas informações genéricas sobre a quantidade de demandas relacionadas com a pandemia e sua natureza (Disponível em: [https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html). Acesso em: 10 set. 2020).

competência será de um ou de outro<sup>4</sup>. O federalismo cooperativo, de forma diversa, prevê textualmente o compartilhamento de competências entre diferentes entes federativos. A Constituição de 1988 utiliza, ao mesmo tempo, o critério dual, da tradição norte-americana, e também critérios inspirados no federalismo cooperativo, tanto no que diz respeito à distribuição de competências legislativas, quanto no que toca a competências político-administrativas.

Duas questões acompanham de forma intuitiva essa forma de distribuição de competências compartilhada: Quem pode ou deve fazer o que? E que relação existe, ou deve existir, entre as múltiplas atuações dos entes federados nesse contexto?

Note-se desde logo que a questão nem sempre se resolve com recurso a um desejo ou a uma exortação – que podem ser sinceros e bem-intencionados – no sentido de que os entes devem cooperar para promover o melhor interesse público. É possível que traços culturais próprios de outros povos facilitem a cooperação e é igualmente possível que determinada conjuntura política ou mesmo outros aspectos das relações institucionais no âmbito da federação (como por exemplo a dependência econômica ou financeira de um ente em relação a outro) induzam essa cooperação. Parece inviável, porém, assumir como premissa que a cooperação ocorrerá espontaneamente e como regra geral e isso por ao menos três razões principais<sup>5</sup>.

Em primeiro lugar, o pluralismo político e a diversidade própria das sociedades contemporâneas, nas quais se garanta a liberdade de expressão, sugere que pessoas e grupos – e, muito possivelmente, também os diferentes entes federados – terão visões diversas acerca do que é o melhor interesse público e de como ele pode e deve ser promovido. A realidade e o respeito ao pluralismo impedem que um determinado grupo político possa pretender uma exclusividade na definição do que seja o “interesse público”, desautorizando visões diversas como se elas fossem contra o “interesse público”.

Em segundo lugar, as realidades locais são diversas e essa circunstância, em conjunto com o pluralismo, poderá levar a que cada região desenvolva percepções diferentes sobre esses mesmos elementos: o interesse público e como realizá-lo. No contexto da pandemia, por exemplo, o peso das particularidades locais nas opções políticas adotadas em cada parte do país restaram evidentes, como não poderia deixar de ser. Afinal, a circunstância de um município ser mais ou menos populoso, ter mais ou menos concentrações urbanas, ter maior ou menor contato com residentes de outras localidades, ter maior ou menor infraestrutura de prestação de serviços de saúde, bem como o perfil das atividades econômicas da região, dentre outros fatores, eram e são relevantes na avaliação do que seria o melhor interesse da população local nos esforços de controle da doença.

---

4 Apesar disso, observa-se uma *concorrência de fato* entre competências estaduais e federais. Isso ocorre quando uma mesma questão pode ser abordada pelas duas esferas, com fundamentos constitucionais diferentes. Assim, *e.g.*, lá os Estados legislam tradicionalmente sobre direito privado, mas a regulação econômica federal – que é indispensável em um mercado único nacional – se faz sentir de forma bastante intensa, impondo restrições aos particulares e à própria capacidade dos Estados de moldarem sua legislação sobre o tema. O que se tem aqui é a invocação de regras diversas de competência para tratar do mesmo assunto. Nos países da *Commonwealth*, o mesmo fenômeno foi observado e – diferentemente do que se passou nos EUA – tratado de forma explícita pela jurisprudência: trata-se do reconhecimento de que, tendo uma matéria ou medida mais de um aspecto relevante, cada um deles associado a uma competência diversa, é possível que ela seja regulada por normas de entes diferentes. Isto é: a mesma questão poderia ter sido (ou efetivamente é) disciplinada com base em mais de uma regra de competência e, em princípio, não há de se cogitar de invalidade ou usurpação. Examinando o tema no Brasil, v. MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 126 e ss..

5 Essas três razões se reconduzem à importância do *pluralismo* na própria estrutura da federação: em vez de exigir uma uniformização política em âmbito nacional, a opção pelo federalismo traz consigo – inevitavelmente, ainda que em maior ou menor medida, a aceitação de que grupos diferentes podem viver sob leis diversas e, nem por isso, a unidade do Estado estará em risco. O pacto federativo incorpora e promove a diversidade ao pluralizar os centros de poder político. Sobre o tema, v. ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 180 e ss..



Em terceiro lugar, um dos propósitos institucionais da Federação, como se sabe, é o controle do poder político: a existência de centros autônomos de poder no território permite, ao menos em tese, que haja uma espécie de controle entre eles, cada um estabelecendo limites a eventuais pretensões hegemônicas dos demais por meio do exercício de suas competências constitucionais. Se é assim, não parece lógico depositar apenas na esperança de uma eventual cooperação voluntária entre os entes federados a solução para conflitos no exercício das competências comuns e concorrentes previstas pelo texto constitucional. Cabe à interpretação constitucional definir parâmetros no particular.

De forma objetiva, o art. 24 da Constituição de 1988 prevê que compete simultaneamente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre os temas ali listados: trata-se da chamada competência legislativa concorrente. Os parágrafos do dispositivo pretendem regular o espaço que a União deve ocupar – normas gerais – e o espaço que cabe aos Estados e ao Distrito Federal, bem como a solução para hipóteses nas quais não haja normas gerais nacionais. Embora os Municípios não sejam mencionados no art. 24, o art. 30, I e II, prevê que compete a eles legislar sobre matérias de interesse local e complementar a legislação federal e estadual no que couber. A combinação desses dispositivos – a saber: arts. 24 e 30, I e II – acaba por criar uma grande competência legislativa concorrente para todos os entes da federação em relação aos temas do art. 24.

O potencial de conflito entre as iniciativas legislativas dos vários entes é evidente, mas a organização interna do exercício dessas competências legislativas foi organizada desde logo pela Constituição, ainda que por meio do uso de expressões cuja conceituação tem sido alvo de amplas discussões ao longo do tempo. Em primeiro lugar, a noção de normas gerais referida acima, que define o espaço de competência da União; e, em segundo lugar, a ideia de interesse local, que demarca o campo reservado aos Municípios<sup>6</sup>. A competência legislativa concorrente dos Estados e do DF está, a rigor, limitada por esses dois conceitos.

Já no que diz respeito às competências político-administrativas, o art. 23 da Constituição atribui a todos os entes da federação – União, Estados, DF e Municípios – competências para praticar atos e prestar serviços relacionados com os objetivos ali descritos: as chamadas competências comuns. Não há, entretanto, parâmetros organizando essa atuação conjunta, e o parágrafo único prevê apenas que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre os entes.

Note-se que “proteção e defesa da saúde” é um dos temas que constam do inciso XII do art. 24 e boa parte da atuação legislativa dos entes federados no contexto da pandemia foi levada a cabo com fundamento genérico nesse dispositivo. Também o inciso II do art. 23 prevê que é competência comum de todos os entes “cuidar da saúde e assistência pública”, mas não há lei complementar específica sobre a matéria. Foi sobretudo com fundamento nesse dispositivo que todos os entes praticaram os atos mais variados no esforço de enfrentamento da pandemia.

O exame dos arts. 23, 24 e 30 não esgota o tema das competências comuns e concorrentes já que outras previsões constitucionais podem vir a atribuir competências compartilhadas aos entes. É o que acontece exatamente com o tema da saúde. Ao tratar da

---

6 V. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, p. 245-251, 1995; TAVARES, André Ramos. Normas gerais e competência legislativa concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 73/74, jan./dez. 2011; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e o futuro: prospectiva sobre aspectos da instituição estatal. In: *A reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-40; MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O Município e o federalismo: participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ordem social, a Constituição dispõe sobre o serviço único de saúde registrando que “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” (art. 198, *caput*), ao mesmo tempo em que uma de suas diretrizes é a “descentralização, com direção única em cada esfera de governo;” (art. 198, I). Os parágrafos do art. 198 disciplinam, dentre outros assuntos, os investimentos mínimos que todos os entes da federação devem fazer nos serviços de saúde a serem prestados.

Ademais, as competências comuns e concorrentes nem sempre atuam isoladamente. É possível, e provável, que elas entrem em contato e em tensão entre si e/ou com competências privativas ou exclusivas, isto é: aquelas atribuídas apenas a um dos entes. Assim, por exemplo, normas editadas no contexto da pandemia que dispunham sobre limites ao transporte coletivo rodoviário interestadual, embora relacionadas com a proteção da saúde, também interferiam com o serviço público em questão, de competência da União, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição; e normas editadas por entes locais dispoendo sobre relações de trabalho no âmbito da pandemia repercutiam sobre a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22, I.

Descrito de forma sumária o cenário normativo constitucional básico subjacente às ADIs 6341 e 6343, cujas cautelares foram decididas pelo Plenário do STF no primeiro semestre de 2020, cabe agora examinar brevemente o que foi decidido pela Corte e, a partir de uma metodologia indutiva do sistema constitucional e da jurisprudência do próprio STF, identificar desafios que se apresentarão para a universalização da diretriz fixada nesses dois julgamentos.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 AS ADI'S-MC 6341 E 6343

A ADI 6341 foi ajuizada pelo PDT contra vários incisos e parágrafos do art. 3º da Lei nº 13.979/20 na redação que lhe deu a MP 926/20 – a lei ordinária nacional que trata do enfrentamento da pandemia do COVID-19 –, por entender, dentre outras razões, que as normas concentrariam na União a prática de atos de enfrentamento da pandemia violando a competência constitucional concorrente de Estados, DF e Municípios<sup>7</sup>. De forma específica, por exemplo, o inciso IV do art. 3º, impugnado, prevê que medidas de restrição à locomoção interestadual e intermunicipal dependeriam de recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Os parágrafos 8º e 9º, também questionados, dispõem que as medidas adotadas não podem prejudicar atividades essenciais e serviços públicos, a serem definidos em decreto pelo Presidente da República.

O Ministro Marco Aurélio, Relator, deferiu em parte a liminar, para fins pedagógicos, como registrou, com o objetivo de esclarecer que a interpretação da referida lei deveria

7 Esses os dispositivos da Lei no 13.979/20 (com a redação da MP 926/20) impugnadas na ADI 6341: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I – isolamento; II – quarentena; (...) VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; (...) § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. § 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. § 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador. § 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.”

considerar a competência constitucional concorrente, observando que o próprio *caput* do art. 3º da lei registra que as medidas serão adotadas pelas “autoridades, no âmbito de suas competências”. Em 15.04.2020 o Plenário referendou a liminar acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Ficou decidido na ocasião que o Ministro Edson Fachin redigiria o acórdão, que ainda não está disponível. Nada obstante, o Ministro Edson Fachin divulgou seu voto para a imprensa<sup>8</sup> e é possível confirmar ali, como já se podia observar dos debates durante o julgamento, que uma diretriz nova – ao menos não anteriormente explicitada nesses termos pela Corte – foi firmada em relação à interpretação do art. 23 da Constituição, a saber: os entes locais não precisam de autorização da União, ou de ação prévia do ente central, para agir no contexto de competências comuns do art. 23. Confira-se alguns trechos do voto do Ministro Edson Fachin:

O presente caso revela muito bem a necessidade de definir urgentemente os contornos das competências dos entes da federação no âmbito do federalismo cooperativo da Constituição Federal. É intuitivo que medidas como o isolamento e a quarentena, que são recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, possam ser tomadas por todas as pessoas que tenham competência material para cuidar da saúde, nos termos do art. 23, II, da CRFB e, mais especificamente ainda, do art. 198, I, da CRFB.

No entanto, o parâmetro que tradicionalmente tem sido utilizado para regular as competências dos entes da federação é de primeiro identificar a matéria preponderante de que cuida a legislação, para só então identificar qual é o ente responsável. A solução dada pela identificação da primazia do interesse da regulação em determinado tema acaba por, não raro, premiar a inação do ente que o Tribunal entende ser competente.

O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

A posição do Supremo Tribunal Federal deve ser, assim, a de exigir o cumprimento integral das obrigações do Estado: obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos fundamentais. Deve também, desde que não haja violação material à Constituição, abster-se de declarar a nulidade de leis estaduais e locais apenas por ofensa à competência dos demais entes.

A União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada “*presumption against preemption*” do direito norte-americano.

Essa forma de entender o papel do Supremo Tribunal Federal promove uma deferência com as escolhas políticas do Poder Legislativo. O Congresso

---

8 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-edson-fachin-aco-es-competencia.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública.

No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais. É evidente que essa proposição incentiva a produção normativa dos demais entes da federação, não como forma de descentralização que facilita a cooptação do poder pelas elites locais, mas como verdadeiro experimentos democráticos, isto é, o federalismo como um “laboratório social da democracia”, na feliz expressão do Justice Louis Brandeis.

A ADI 6343, por seu turno, foi ajuizada pela Rede Sustentabilidade questionando dispositivos do mesmo art. 3º da Lei nº 13.979/20, agora já alterados pelas MPs 926/20 e 927/20, também sob o argumento de violação da autonomia de Estados, DF e Municípios<sup>9</sup>. A ADI questiona, por exemplo, a exigência prevista no parágrafo 1º do art. 3º, no sentido de que “*As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde*”, solicitando interpretação conforme do dispositivo para afastar a exigência no caso de medidas adotadas por Estados e Municípios no exercício de suas competências constitucionais. Igualmente a ADI pede a interpretação conforme de dispositivos que exigem autorização de órgãos federais para a adoção de determinadas medidas, de modo a que tais exigências sejam afastadas no caso de medidas adotadas pelos demais entes federados no âmbito de suas competências constitucionais.

Em 06.05.2020 – cerca de 20 dias depois do julgamento da ADI 6341 referido acima –, o Tribunal, por maioria,

[...] concedeu parcialmente a cautelar para i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão.

O acórdão ainda não foi disponibilizado mas resta claro do resultado do julgamento que a mesma diretriz fixada no julgamento da ADI 6341 foi aqui confirmada pela Corte, daí

---

9 Esses os pedidos principais formulados na referida ADI: “c) Julgamento pela procedência desta ADI, para declarar: i. a inconstitucionalidade do trecho “e intermunicipal” do artigo 3º, inciso VI, alínea “b”, da Lei n 13.979, de 2020, conforme a redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020. ii. a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: i. do trecho “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde” do §1º do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais; ii. do §6º do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais; e iii. do trecho “desde que autorizados pelo Ministério da Saúde” do §7º, inciso II, do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais.” Essa a redação dos dispositivos legais questionados na ADI 6341: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (...)VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (...) b) locomoção interestadual e intermunicipal; (...) § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. (...) § 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput. § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: (...) II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo.”

por que se consideraram inválidos os dispositivos da lei - art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, - que pretendiam submeter iniciativas de Estados, DF e Municípios no enfrentamento da pandemia a manifestações prévias de órgãos ou entidades federais. Além disso, nessa mesma linha, se observou que todos os entes precisam justificar suas iniciativas no âmbito de suas competências comuns, inclusive com a apresentação de justificativas técnicas prévias, mas os entes locais não precisam se submeter a decisões dos órgãos técnicos da União, podendo valer-se de outras fontes para esse fim.

Essa mesma diretriz já havia sido aplicada em decisão liminar pelo Ministro Alexandre de Moraes em 08 de abril de 2020, no âmbito da ADPF 672:

Por outro lado, em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão à requerente no tocante ao pedido de concessão de medida liminar, “para que seja determinado o respeito às determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração”. A adoção constitucional do Estado Federal gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas, que pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a conseqüente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de “maneira explícita”, como bem ressaltado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, ao conceder medida acauteladora na ADI 6341, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”. Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID19 mortality and healthcare demand, vários autores).

Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, concedo parcialmente a medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário



desta Suprema Corte, com base no art. 21, V, do RISTF, para determinar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da união para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.<sup>10</sup>

Parece razoável concluir desses dois julgamentos levados a cabo pelo Plenário do STF, no âmbito das ADIs 6341 e 6343, que a Corte de fato entende que tal diretriz deve orientar a interpretação das competências comuns do art. 23, e talvez também das competências concorrentes do art. 24, como se verá. Parece razoável assumir também que essa nova diretriz será universalizada pela jurisprudência do STF, isto é: ela corresponde ao entendimento do STF na matéria e deve ser aplicada na interpretação das competências comuns como um todo. Parece útil, assim, examinar desde logo algumas questões que surgirão da sua aplicação uma vez que se considere outros cenários envolvendo competências comuns do art. 23 no contexto do próprio sistema constitucional.

## **2.2 A nova diretriz fixada pelo STF: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns. Cenários possíveis de aplicação e questões a considerar**

As decisões do STF referidas acima examinaram de forma específica o tema da saúde pública em relação ao qual a Constituição prevê, como descrito inicialmente, tanto competência político-administrativa comum, para a prática de atos e prestação de serviços (art. 23, II), quanto competência legislativa concorrente na matéria (art. 24, XII). As manifestações dos Ministros nem sempre distinguem claramente os diferentes tipos de competência envolvidos na discussão – se político-administrativas ou legislativas – já que, na hipótese, a distinção não era necessária.

Ocorre, porém, que essa coincidência entre competências político-administrativas e legislativas não se verifica em relação a todos os incisos do art. 23 ou do art. 24. Em relação a alguns deles, embora haja competência comum político-administrativa, a competência legislativa é reservada a outro ente, em geral à União. Assim, embora o art. 23 atribua aos entes ali previstos competência para cuidar da assistência pública (inciso II), compete privativamente à União legislar sobre seguridade social (art. 22, XXIII): se eventuais iniciativas dos entes federados sobre o tema da assistência pública envolverem o sistema de seguridade social talvez já se ingresse na esfera da União.

Assim, para além da hipótese examinada pelo STF – na qual o mesmo tema é previsto como competência comum (político-administrativa) e concorrente (legislativa) – é possível

---

<sup>10</sup> O voto do Ministro Alexandre de Moraes está disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

cogitar de um outro cenário diverso no qual a competência político-administrativa comum não é acompanhada de correspondente competência legislativa concorrente e há omissão legislativa do ente com competência legislativa. Um outro cenário relevante envolve a posição dos Municípios que, embora partilhando das competências político-administrativas do art. 23, não foram expressamente incluídos na partilha legislativa do art. 24, cabendo-lhes suplementar a legislação dos demais entes (art. 30, II) e legislar sobre interesse local (art. 30, I). Como eles poderão desenvolver suas competências do art. 23 no caso de inexistir norma com fundamento na qual as políticas possam ser desenvolvidas, por omissão dos entes com competência legislativa? Por fim, qual o impacto da nova diretriz do STF sobre a competência da União para editar leis complementares de que trata o art. 23, parágrafo único? Examine-se cada um dessas questões.

### **a) Competência político-administrativa comum sem competência legislativa correspondente e omissão legislativa do ente competente**

Como já referido, algumas das competências político-administrativas comuns de que trata o art. 23 da Constituição não têm uma previsão correspondente no art. 24 relativamente à competência legislativa, ou seu exercício pode repercutir sobre competência legislativa privativa de outro ente, em geral da União, que recebeu da Constituição, como é corrente, o maior número de competências legislativas dessa natureza. Ou seja: os entes federados podem praticar atos e prestar serviços relacionados ao assunto, por conta do art. 23, mas não estão autorizados a legislar sobre a matéria subjacente. Com que fundamento normativo então tais atos e serviços serão levados a cabo?

O ponto é relevante por conta do princípio da legalidade e vale fazer uma breve observação sobre ele antes de prosseguir. A atividade político-administrativa dos entes federados dará execução àquilo que tenha sido previsto – ou no mínimo delineado ou autorizado – pelo Legislativo mediante discussão e deliberação dos parlamentares. Em momentos de emergência pública, como é o caso da pandemia, é natural que o Poder Executivo seja o protagonista de boa parte das políticas a serem implementadas, inclusive da iniciativa legislativa acerca das políticas propostas.

Esse protagonismo, porém, não afasta as exigências constitucionais acerca da legalidade – tanto como garantia individual (art. 5º, II) quanto como princípio da Administração Pública (art. 37, *caput*) – e nem transforma o Legislativo em mero expectador passivo das ações do Executivo. Não custa lembrar que a garantia da legalidade não veicula apenas uma formalidade; é por meio dela que elementos essenciais do sistema constitucional são protegidos e promovidos, como democracia, isonomia e segurança jurídica. Além disso, é justamente em momentos sensíveis e de emergência que as utilidades do sistema de separação de poderes e dos mecanismos de controles recíprocos se mostram mais evidentes e relevantes. Feito esse registro, retorne-se ao ponto.

A competência político-administrativa comum levará a cabo ações e iniciativas que visam a dar execução a decisões políticas que foram tomadas previamente no âmbito de algum instrumento normativo pelo Legislativo do ente competente para tanto. Mas se o ente federado com competência político-administrativa não recebeu da Constituição competência legislativa para tratar do assunto, como esse problema pode ser resolvido?

Tradicionalmente se responde a essa pergunta remetendo a atividade político-administrativa de um ente federado às normas eventualmente editadas por outro ente, a saber: aquele que tem a competência legislativa na matéria. Assim, os entes com competência

político-administrativa comum utilizam como fundamento normativo para suas atividades as normas editadas por ente diverso, que detêm a competência legislativa. Essa é certamente uma possibilidade que não enseja maior dificuldade e ocorre rotineiramente. A dúvida que se coloca é como aplicar a nova diretriz do STF nesse ambiente se não houver sido editada norma na matéria pelo ente competente. Explica-se melhor.

Nas decisões mencionadas acima, o STF entendeu que a competência político-administrativa dos entes de que trata o art. 23 poderá ser exercida independentemente de iniciativa prévia ou autorização da União, de tal modo que a omissão do ente central não se torne óbice ao desempenho dos poderes-deveres ali previstos. Naturalmente que a aplicação dessa diretriz não terá o condão de afastar a exigência da legalidade para o exercício das competências do art. 23. Como lidar, portanto, com a omissão do ente que detêm a competência para legislar sobre o assunto?

Se a hipótese envolver alguma das competências legislativas concorrentes do art. 24, a eventual omissão legislativa da União sobre o tema poderá ser superada pelos Estados e DF nos termos já regulados pelos parágrafos do dispositivo. Bastará a eles editar normas sobre o tema e, na sequência, implementar os atos e políticas que considerarem próprios com fundamento nessas normas.

Assim, por exemplo, caso a União não houvesse editado norma geral para o enfrentamento da pandemia, os Estados e o DF poderiam editar normas sobre o assunto nos termos do que prevê o art. 24, § 3º: *“Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”*. E, com fundamento em tais normas, praticar os atos necessários. Os Municípios poderiam igualmente praticar atos com fundamento nas normas de seus Estados ou editar sua própria legislação com fundamento em eventual interesse local ou suplementando a norma estadual, para, na sequência, praticar os atos pertinentes.

Entretanto, se o tema se insere, do ponto de vista legislativo, no âmbito das competências privativas da União, a possibilidade de os entes desenvolverem políticas nos termos do art. 23 sem qualquer legislação anterior editada pela União revela-se mais problemática. Os demais entes não teriam competência legislativa para disciplinar o assunto e não poderiam praticar atos sem previsão legal, como já observado. Quais seriam os encaminhamentos possíveis? Já se pode cogitar de alguns que merecem desde logo reflexão por parte da doutrina de modo a contribuir para eventual debate e decisão que venha a ser tomada pela Corte.

O STF, claro, pode decidir restringir a aplicação da diretriz referida acima apenas às hipóteses nas quais os entes tenham, simultaneamente, competência legislativa concorrente e político-administrativa comum. Ou, de forma ainda mais restrita, apenas ao tema da proteção da saúde. Caso essa seja a solução adotada, a omissão do ente com competência legislativa teria afinal o condão de efetivamente impedir o exercício das demais competências político-administrativas dos entes – salvo no caso da saúde ou quanto haja coincidência entre competências político-administrativas e legislativas –, o que parece ser exatamente o que o STF gostaria de evitar. Talvez, porém, o entendimento da Corte se dirigisse apenas ao tema da saúde no contexto da pandemia: apenas o tempo poderá confirmar qual a extensão da compreensão do STF acerca da matéria.

Um segundo encaminhamento possível seria a aplicação analógica, nesse contexto, dos parágrafos do art. 24 da Constituição para a superação da omissão legislativa do ente com competência para tanto, frequentemente a União. Ou seja: os Estados e o DF poderiam editar normas sobre tema de competência legislativa privativa da União enquanto não existente norma nacional. O voto do Ministro Edson Fachin parece sugerir uma solução nesse sentido na medida em que S. Exa. afirma que a omissão da União não poderia impedir o desenvolvimento

das competências comuns, podendo o ente central, caso deseje, vir a editar norma geral, nos termos do art. 24, ou lei complementar, nos termos do art. 23, para regular a matéria.

Uma terceira possibilidade de encaminhamento envolve uma ampliação da compreensão acerca das competências normativas que tradicionalmente se reconhece estarem implícitas no exercício das competências político-administrativas. Esse encaminhamento pode ser capaz de solucionar situações sobretudo nas quais não haja uma omissão absoluta do ente com competência legislativa na matéria, mas normas excessivamente genéricas ou omissões parciais.

Com efeito, independentemente de quem seja o ente competente para legislar sobre determinada matéria, o exercício em si de competências político-administrativas demanda muitas vezes a edição de leis e não apenas a prática de atos por parte da Administração Pública. Assim, por exemplo, a criação de uma carreira pública para prestar determinado serviço, a previsão de vagas a serem preenchidas por concurso, a criação de uma paraestatal para desenvolver uma atividade, dentre outras tantas possibilidades, são providências que, antes dos atos concretos, dependem de previsão em lei formal<sup>11</sup>.

Em geral essa competência normativa implícita é descrita como aquela que seja necessária à organização dos serviços e das políticas que serão desenvolvidos pelo ente no âmbito de sua auto-organização e autoadministração, não avançando, porém, para disciplinar a matéria de fundo. Cogita-se, portanto, de duas espécies de competências normativas. Em primeiro lugar, a competência legislativa original – a cargo do ente federado que recebeu a competência legislativa da Constituição – para definir como o assunto será regulado e, eventualmente, que tipo de intervenção o Poder Público desenvolverá nesse contexto. E, em segundo lugar, uma competência normativa secundária, derivada ou subordinada que será desenvolvida pelos entes federados com competência político-administrativa no particular, por meio da qual a atividade do Poder Público será afinal organizada para executar aquilo que a norma original tenha definido<sup>12</sup>.

A verdade, porém, é que esse limite não é preciso e a distinção, de um lado, entre a legislação secundária, derivada ou subordinada, necessária para permitir o desenvolvimento da política, e, de outro, a legislação original a cargo do outro ente sobre o tema ao qual a política se relaciona pode envolver fronteiras com alguma permeabilidade. A aplicação da diretriz fixada pelo STF acerca das competências comuns pode eventualmente exigir, diante da omissão legislativa do ente que seja competente para disciplinar a matéria, que essa competência normativa implícita seja reinterpreta e ampliada enquanto a omissão legislativa perdurar.

## **b) Os Municípios**

Um segundo cenário no qual a aplicação da diretriz fixada pelo STF poderá ensejar alguma perplexidade envolve a posição dos Municípios em relação a suas competências legislativas: a competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, de que trata o art. 30, II, e para legislar sobre interesse local, do inciso I do mesmo artigo. Considerando-se o mesmo cenário acima – a saber: o Município tem competência político-

---

11 Em um precedente antigo – *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. (17 U.S.) 316 (1819) –, a Suprema Corte dos EUA destacou a ideia elementar que sustenta a existência de competências implícitas, e que pode ser sintetizada da seguinte forma: quem dá os fins dá os meios. Se a Constituição confere uma incumbência a um ente, presume-se que ele possa se valer de todos os meios que, razoáveis e não proibidos, lhe permitam se desincumbir da sua tarefa.

12 V. MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, n. 14, pp. 97-113, out./dez. 2006, p.108, para quem “toda competência material acompanha algum grau de competência legislativa, por exemplo, para determinar os órgãos ou pessoas responsáveis pela sua execução e fixar tarifas, metas e procedimentos ligados à atividade”.

administrativa comum na matéria nos termos do art. 23, mas a competência legislativa privativa é da União (ou do Estado, embora essa hipótese seja menos provável), que não edita norma na matéria – como aplicar a diretriz que o STF sugere no sentido de que os entes locais não precisam de manifestação prévia da União para agir no contexto de suas competências comuns?

Caso se venha a entender pela aplicação analógica do art. 24 a tal hipótese, como se cogitou acima, o Estado poderia legislar sobre matérias de competência privativa da União enquanto a omissão legislativa deste perdurar. Se o Estado ao qual o Município pertence edita norma na matéria, o Município poderá valer-se dessa legislação para levar a cabo sua política pública ou mesmo editar norma própria, suplementando a norma estadual, com fundamento na qual seus atos poderão ser praticados. O problema restará resolvido. Também se aplica aos Municípios a possibilidade de que se cogitou acima acerca de uma eventual compreensão mais ampla das competências normativas implícitas necessárias à realização das próprias competências político-administrativas.

Suponha-se, porém, que a União realmente não legisla nem o Estado: há uma omissão legislativa. Os Municípios, como referido acima, não foram incluídos na competência legislativa concorrente do art. 24. Poderiam eles, ausentes normas da União e do Estado, com fundamento na competência legislativa suplementar do art. 30, II, e no seu interesse local de desenvolver as atividades de sua competência previstas no art. 23, editar normas sobre o assunto? Ou seja: até que sejam editadas normas pela União e/ou pelo Estado, poderia o Município sanar tal omissão legislativa de modo a poder validamente prestar os serviços e praticar os atos necessários à realização das competências comuns de que trata o art. 23? Quais seriam os impactos dessa possibilidade de encaminhamento da questão?

Ao fixar a Tese de Repercussão geral 145, em decisão proferida em 09.03.2015, o STF subordina o exercício da competência do art. 30, II, a uma harmonia com as normas dos demais entes, embora não se tenha cogitado da hipótese de inexistirem normas dos demais entes. Essa a redação da tese firmada pela Corte, que trata de matéria ambiental:

O município é competente para legislar sobre meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal).

No caso de ausência de legislação nacional ou estadual, porém, eventual legislação municipal não promoveria, a rigor, qualquer “desarmonia” com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados pela razão, singela, de que inexistente tal disciplina.

Independente da competência legislativa suplementar do art. 30, II, é certo que aos municípios resta sempre a competência para legislar sobre assuntos de interesse local de que cuida o art. 30, I, e, com fundamento em tal legislação, poderá eventualmente praticar os atos necessários à realização da competência comum de que trata o art. 23. Assim, a universalização da diretriz fixada pelo STF no contexto que se acaba de descrever demanda o exame da seguinte questão: a ausência de normas dos demais entes – aos quais a Constituição atribuiu a competência legislativa para disciplinar determinada matéria – autoriza os Municípios, com fundamento em suas competências legislativas próprias (art. 30, I e II), e particularmente por conta do interesse local, a editarem normas que viabilizem o exercício de suas competências político-administrativas do art. 23, enquanto perdurar a omissão legislativa do ente competente? A conferir.



### **c) E a lei complementar?**

Uma última questão a considerar acerca da diretriz fixada pelo STF envolve sua relação e possível impacto sobre a competência legislativa da União de que trata o parágrafo único do art. 23 para regular a cooperação dos entes no desempenho das competências ali previstas, tendo em vista “o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”. Poderia a União, em lei complementar regulando a cooperação sobre determinado tema do art. 23, subordinar ou condicionar a atuação dos demais entes a alguma decisão ou iniciativa federal? Ou a manifestação técnica de órgão ou entidade da União? A pergunta é: a diretriz fixada pelo STF nos julgamentos descritos acima limita o legislar complementar no exercício da competência do art. 23, parágrafo único?

Há poucas manifestações da Corte sobre o parágrafo único do art. 23 da Constituição, mas no segundo semestre de 2019 o STF declarou a invalidade de norma estadual que pretendia impor aos Municípios uma espécie de adesão compulsória aos planos do Estado em matéria de saúde, educação e transporte destacando que

5. A redução da esfera volitiva do administrador local à mera chancela das decisões estaduais foge a toda lógica constitucional e viola o princípio federativo. Igualmente, é incompatível com a moldura normativa da Constituição a ideia de convênios com os Municípios como meio único e inescapável para o exercício das competências estaduais em saúde, educação e transporte.

A Corte rejeitou o argumento de inconstitucionalidade formal da norma estadual por usurpação da competência da União prevista no art. 23, parágrafo único, por entender que a competência em questão não impede que os entes, voluntariamente, estabeleçam fórmulas de cooperação:

1. O artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal reservou à lei complementar a disciplina da cooperação interfederativa, mas não veda que União, Estados, Municípios e Distrito Federal recorram à utilização de instrumentos negociais para a salutar racionalização e coordenação das suas atividades, em conformidade com a perspectiva consensual e pragmática da Administração Pública contemporânea em sua vertente gerencial.<sup>13</sup>

A Corte estabeleceu algumas distinções nesse julgamento: (i) os entes podem voluntariamente organizar modelos de cooperação; (ii) o Estado não pode impor modelos de cooperação compulsória aos Municípios; (iii) a competência para disciplinar a cooperação interfederativa é da União, nos termos do art. 23, parágrafo único. Não foi discutido na ocasião, porém, quais seriam os eventuais limites dessa competência legislativa da União.

Parece natural que a norma editada com fundamento no art. 23, parágrafo único, terá de veicular algum grau de compulsoriedade sob pena de ser inútil, já que os entes podem voluntariamente se organizar para fins de cooperação: não haveria, a rigor, necessidade de uma lei complementar nacional para esse fim. A questão que em algum momento haverá de ser examinada é quais são os limites dessa possível compulsoriedade e se a diretriz firmada

---

<sup>13</sup> Trata-se da ADI 3.499, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05.12.2019, que tem a seguinte ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Artigo 280 da constituição do estado do espírito santo. Obrigação de celebração de convênio entre estado e municípios para a execução de obras públicas relacionadas a educação, saúde e transporte. Alegação de usurpação da competência privativa da união para editar lei complementar fixando normas para cooperação entre entes federativos. Inexistência. Violação do princípio federativo, pela supressão da prerrogativa de autoadministração. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgado procedente o pedido.”

pelo STF nas decisões descritas acima representa um desses limites a ser observado pelo legislador complementar nacional.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No julgamento das cautelares no âmbito das ADIs 6341 e 6343 o STF fixou uma nova diretriz para a compreensão do federalismo cooperativo brasileiro que pode ser assim enunciada: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns do art. 23. Tais decisões foram proferidas quando do exame da validade de dispositivos da Lei nº 13.979/20, que regula o enfrentamento da pandemia de covid-19. Por natural, as discussões travadas pela Corte giraram sobretudo em torno da competência comum de que trata o art. 23, II – cuidar da saúde – em relação à qual há igualmente competência legislativa concorrente (art. 24, XII).

Nem todas as competências do art. 23, porém, são acompanhadas de competências legislativas concorrentes. Dois cenários nos quais a universalização da diretriz referida demandará outras reflexões, sobretudo para compatibilizá-la com a garantia do princípio da legalidade, são as seguintes: (i) a hipótese em que o ente tem competência político-administrativa comum, mas não recebeu a competência legislativa concorrente e há omissão do ente competente para legislar sobre a matéria – com fundamento em que norma a competência comum poderá ser exercida?; e (ii) a situação do Município, titular das competências comuns do art. 23, diante da eventual omissão legislativa da União e do Estado – também aqui, com fundamento em que norma o Município poderá desempenhar suas competências do art. 23?

Por fim, uma questão que a diretriz fixada pelo STF também enseja diz respeito a sua relação com a competência da União prevista no parágrafo único do art. 23, para estabelecer normas para a cooperação entre os entes. Poderia a União editar lei complementar subordinando ou condicionando a atuação dos demais entes no âmbito de alguma competência do art. 23 a decisões suas? Ou a diretriz referida veicularia um limite ao legislador complementar nacional?

Considerando o papel central do STF de uniformizar a interpretação da Constituição, cada vez com caráter mais impositivo e mesmo vinculante, é natural esperar que essa nova diretriz – a saber: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns – venha a ser universalizada. Assim, é da maior relevância que a doutrina examine desde logo as questões que inevitavelmente terão de ser enfrentadas no contexto da universalização desse entendimento firmado pela Corte.

### REFERÊNCIAS

FALCÃO, Joaquim e outros. *Il Supremo em Números – O STF e a Federação*, In: FGV DIREITO RIO – Série Novas Ideias em Direito, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11056>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, p. 245-251, 1995.

LABANCA, Marcelo. *Jurisdição constitucional e federação*, São Paulo: Elsevier, 2009.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, n. 14, pp. 97-113, out./dez. 2006.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O Município e o federalismo: participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e o futuro: prospectiva sobre aspectos da instituição estatal. In: *A reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-40.

TAVARES, André Ramos. Normas gerais e competência legislativa concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.73/74, jan./dez. 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

---

**Recebido em:** 10/09/2020

**Aprovado em:** 11/12/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.166-181, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-10.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# CONTROLE ORÇAMENTÁRIO VERSUS ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA

## BUDGET CONTROL VERSUS STATE OF SANITARY EMERGENCY

Mônia Clarissa Hennig Leal <sup>1</sup>  
Marcia Fernanda Alves <sup>2</sup>

**RESUMO:** Diante da declaração de calamidade pública em razão do coronavírus, é preciso voltar o debate à atuação do Poder Judiciário, para melhor compreender a expectativa nele depositada como integrante da solução da crise. Neste contexto, focou-se no seguinte problema: qual a argumentação e os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do estado de emergência e os parâmetros de controle adotados na decisão da medida cautelar na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal? Para o cumprimento deste objetivo, inicialmente, tratou-se sobre o protagonismo da jurisdição constitucional e de como isto se projeta para os momentos excepcionais; após, falou-se das alterações orçamentárias aprovadas em razão da pandemia. Por fim, analisou-se a decisão na medida cautelar na ADI 6.357. Utilizou-se, na estruturação e organização do texto, o método dedutivo. Concluiu-se, ao final, que a fundamentação utilizada pelo STF se deu no sentido de que a relativização de normas orçamentárias durante a pandemia não estaria em conflito com a probidade fiscal, tendo-se em vista que tal medida se daria no intuito de garantir o direito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à vida e a saúde, presentes no texto constitucional.

**Palavras-chave:** estado de emergência; jurisdição constitucional; leis orçamentárias; Supremo Tribunal Federal; pandemia.

**ABSTRACT:** Given the declaration of public calamity due to the coronavirus, it is necessary to return the debate to the role of the Judiciary, to better understand the expectations placed on it as part of the solution to the crisis. In this context, it focused on the following problem: what are the arguments and criteria used by the Supreme Federal Court, about the state of emergency and the control parameters adopted in the decision of the precautionary measure in ADI 6.357, which deals with Covid-19 and the restrictions of the Fiscal Responsibility Law? For the fulfillment of this objective, bulletin, it was about the protagonism of constitutional jurisdiction and how this is projected for exceptional moments; then, there was talk of approved budget changes due to the pandemic. Finally, the decision was analyzed in the precautionary measure in ADI 6,357. The deductive method was used in the structuring and organization of the text. It was concluded, at the end, that the reasoning used by the STF was in the sense that the relativization of budgetary norms during the pandemic would not be in conflict with fiscal probity, considering that such a measure would take place in order to guarantee the right to the dignity of the human person and the fundamental rights to life and health, present in the constitutional text.

**Keywords:** emergency state; constitutional jurisdiction; budget laws; Brazilian Supreme Court; pandemic.

---

1 Pós Doutora pela Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

2 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista CAPES/PROSUC. Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

Este raro cenário repleto de incertezas em que o judiciário e também as ações políticas se encontram, ocupa grande espaço nas discussões dos estudiosos e, certamente, deixará marcas na sociedade. Diante da declaração de calamidade pública em razão da Covid-19, é preciso voltar o debate à atuação do Poder Judiciário, para melhor compreender a expectativa nele depositada como integrante da solução da crise, considerando para tanto a sensibilidade dos direitos fundamentais envolvidos, os limites constitucionais postos para a separação de poderes e, especialmente, a necessidade de agir com rapidez mediante a urgência dos fatos.

Com isso, o trabalho tem como tema a análise da posição do Supremo Tribunal Federal quanto à execução das leis orçamentárias durante o estado de calamidade pública e focou-se no seguinte problema: qual a argumentação e os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do estado de emergência e os *parâmetros de controle adotados na liminar do Ministro Alexandre de Moraes* na decisão da medida cautelar na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal?

Para o cumprimento deste objetivo, o trabalho está dividido em três partes: inicialmente será tratado sobre o protagonismo da jurisdição constitucional e de como isto se projeta para os momentos de exceção; após, acerca das alterações orçamentárias aprovadas em razão da pandemia, em especial sobre a Proposta de Emenda à Constituição n. 10/2020, apelidada de PEC do Orçamento de Guerra e, por fim, será analisada a decisão proferida na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente no que tange aos argumentos acerca do estado de emergência e os parâmetros de controle adotados.

Outrossim, o trabalho resulta tanto de uma pesquisa doutrinária como de análise de caso, realizada com base no método de abordagem dedutivo. Estabelecidos esses aspectos, o presente estudo justifica-se pela atualidade do debate e pela importância de uma análise sobre as questões legais que envolvem o tema, além da necessidade que os operadores do direito terão de entender e se adequarem às novidades e variáveis futuras.

## 2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA: SEPARAÇÃO DE PODERES E “ATIVISMO JUDICIAL”

Os cenários de emergência provocados pela pandemia da Covid-19 e seus reflexos afetarão todos os setores da sociedade brasileira e, neste contexto, surgem diversas medidas editadas pelo governo na intenção de atenuar a crise. Tais medidas estão sendo questionadas quase que instantaneamente junto ao Supremo Tribunal Federal, fazendo com que sua atuação ganhe ainda maior destaque, tendo-se em vista a necessidade de as pessoas conseguirem respostas políticas e jurídicas imediatas para regulamentar suas vidas durante a pandemia. Entretanto, devido a essa expectativa depositada no Poder Judiciário, corre-se o risco de assumir uma posição intervencionista e, nesse sentido, suas decisões serem tachadas de “ativismo judicial<sup>3</sup>”.

Grande parte dos questionamentos que chegam até o Supremo Tribunal Federal partem de partidos políticos<sup>4</sup>, outras de entidades que representam classes, como por exemplo,

3 Utilizar-se-á para este estudo a expressão “ativismo judicial” entre aspas, por se tratar de um pressuposto ativismo e, ainda, por não se pretender adentrar na discussão técnica acerca dessa questão.

4 Isso se dá em virtude de os partidos políticos terem adquirido legitimidade ativa para propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, por meio do disposto no artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal, buscando, muitas vezes, pela via judicial, os resultados que por vezes não conseguiriam alcançar pela via parlamentar ou eleitoral.



o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e até mesmo do próprio governo federal<sup>5</sup>, com o intuito de buscar amparo em suas ações realizadas no contexto de calamidade pública. Além disso, de acordo com o “Painel de Ações COVID-19”, disponibilizado no *site* do Supremo Tribunal Federal, já foram recebidas, desde a decretação do estado de emergência até o final do mês de julho de 2020, 4.093 ações relacionadas ao coronavírus.<sup>6</sup>

Desta forma, *é possível que sejam adotadas* medidas poucos usuais relativas ao estado de calamidade pública, com a consequente formação de uma jurisprudência da crise, tendo que se discutir a forma com que a Constituição deve ser lida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes<sup>7</sup> afirma que, para um melhor agir durante a atual realidade econômica e social que se experimenta, a Administração Pública deverá atuar de forma rápida, com ações que poderão ser consideradas questionáveis se a Constituição Federal for vista de modo frio e seco, pois ela está “distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte”<sup>8</sup>. Para tanto, deverá haver uma abertura essencial à consciência hermenêutica da jurisdição constitucional, para tornar possível a observância dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro. Ou seja, é preciso evitar o enfraquecimento dos limites constitucionais e ao mesmo tempo garantir o não perecimento da população, seja por questões sociais advindas da crise ou pela própria doença.

Todavia, essa postura intervencionista que agora se exige do Estado e esse pensamento de necessidade de resposta imediata que paira sobre a Administração Pública e o Judiciário neste momento de crise, pode ser considerada um fator de risco para a relativização das barreiras constitucionais, “levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente”<sup>9</sup>. Desta forma, mostra-se oportuno trazer ao debate as lições de Holmes<sup>10</sup>, o qual demonstra que justamente nas situações em que aparentemente se exige uma ação rápida e urgente é que mais se faz importante seguir protocolos, mesmo que isso demande mais tempo, para que seja possível “minimizar o risco de cometer erros fatais, mas evitáveis sob as pressões psicologicamente perturbadoras do momento.”<sup>11</sup>.

Neste sentido, chama-se atenção para o fato de que, em momentos excepcionais, a jurisdição constitucional se apresenta como um elemento ainda mais importante, considerando a necessidade de se fazer uma mediação entre os conflitos e tensionamentos que se conformam, sendo o Direito o principal meio para assegurar a democracia, ainda que em meio a circunstâncias excepcionais. Além disso, as ações realizadas em momento de grave

5 A exemplo disso está a ADI 6.357, que versa sobre pedido de concessão de interpretação conforme a Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput, in fine* e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, e que será aqui analisada posteriormente.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Painel de Ações Covid 19. Disponível em: <[https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

7 MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. In: Revista Consultor Jurídico, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-cri-se-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

8 MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-cri-se-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

9 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

10 HOLMES, Stephen. In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. *California Law Review*, vol. 97, n. 2, p. 301-355, 2009, p. 302.

11 Texto original: “minimize the risk of making fatal-but-avoidable mistakes under the psychologically flustering pressures of the moment.”

crise exigem cuidados redobrados, pois deve-se intensificar a necessidade de fiscalização dos atos políticos da Administração, em razão da urgência e da relativização de determinados procedimentos, e, em face disso, se intensifica a responsabilidade e necessidade de fiscalização das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Isso por que as decisões daquele órgão poderão dar amparo jurídico a ações não desejadas e base para a juristocracia<sup>12</sup>, o que pode gerar uma degradação da democracia constitucional e, desta forma, é preciso impor limites e constrangimentos ao Poder Judiciário, em razão da força que ele tem assumido. Neste sentido, argumenta Leal<sup>13</sup>, ao salientar que, ao abrir espaço para uma atuação hermenêutica extensiva do Poder Judiciário “[...] correr-se-ia o risco de um certo autoritarismo hermenêutico em detrimento de outras interpretações igualmente constitucionais, já que estes contornos são, muitas vezes, *tênues e imprecisos*”.

Por outro lado, em períodos excepcionais há uma ampliação de poderes no âmbito do Poder Executivo, centralizando-os na autoridade presidencial e reforçando a ideia dos “hiperpresidencialismos” referidos por Gargarella<sup>14</sup>, no sentido do que já se observa nos demais países da América Latina, o que pode vir a comprometer os mecanismos de participação popular, essenciais no modelo de Estado Democrático de Direito. Desta forma, o uso das competências e prerrogativas que possui o Presidente da República - como a expedição de medidas provisórias com força de lei, propositura de emendas à Constituição e o poder de editar decretos, por exemplo -, se intensificam, o que pode ser verificado através das diversas medidas provisórias editadas desde o Decreto de estado de calamidade pública, publicado em março desse ano.

Além disso, passa-se por um período em que alguns políticos não possuem “confiança na ciência, nas instituições e na cooperação internacional. Como resultado, enfrentamos a crise atual sem líderes que possam inspirar, organizar e financiar uma resposta global coordenada”<sup>15</sup>. Essa situação é vivenciada no Brasil, porquanto o Chefe do Poder Executivo menospreza as orientações de médicos e cientistas durante a pandemia do coronavírus, conforme relata Conci:

Enquanto o Ministério da Saúde vinha adotando medidas de isolamento social e defendendo a suspensão de atividades comerciais e empresariais, no que acompanhava, assim, as políticas implantadas por outras nações e as recomendações da própria OMS, o Presidente da República, em inúmeras ocasiões, agiu em contrariedade às diretrizes de sua própria equipe, inclusive rompendo o isolamento. Com frequência, tem saindo às ruas para encontrar apoiadores, apertar suas mãos e provocar aglomerações, razão pela qual tem atraído severas críticas. Em pronunciamento em cadeia nacional, Jair Bolsonaro, mesmo diante de milhares de mortes causadas pelo COVID-19 em todo o mundo, tentou minizar (sic) a pandemia dizendo tratar-se de uma “gripezinha” ou “resfriadinho”.<sup>16</sup>

12 Juristocracia é o termo cunhado por Ran Hirschl, professor de Ciência Política e Direito na Universidade de Toronto, utilizado para explicar a crescente transferência de decisões que originalmente caberiam às instituições representativas ao Poder Judiciário com a conseqüente transformação na engenharia constitucional diante da invasão na esfera dos demais Poderes. (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004).

13 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 83.

14 GARGARELLA, Roberto. Revisão judicial em democracias defeituosas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n. 2, p.153-169, 2019.

15 HARARI, Yuval Noah. Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade (Breve Companhia). Tradução: Odorico Leal. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020, p. 94.

16 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Covid-19 e democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo. In: *O direito público em tempos pandêmicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020, p. 36.

Não bastasse isso, houve a veiculação pelo governo federal de uma campanha publicitária com o slogan “o Brasil não pode parar”, convocando a população a retomar às suas atividades plenas, diminuindo a gravidade e os riscos da Covid-19, todavia, referida publicidade foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da decisão proferida na ADPF 669, de relatoria do ministro Luiz Roberto Barroso. Assim, há quem entenda que a atuação do Poder Judiciário seja necessária para garantir os direitos presentes na Constituição Federal frente a um governo que possui um *déficit* democrático, com postura e medidas de cunho ditatorial e que descumpra as orientações sanitárias:

De fato, e como se sabe, algumas recentes decisões por parte do Supremo Tribunal Federal têm sido acusadas de atentatórias à divisão ou independência dos poderes. Olvida-se, no entanto, que, em primeiro lugar, o Judiciário não atua por vontade própria, senão quando provocado. E diversas de suas colocações buscam, sim, a defesa da Constituição e os direitos individuais. Leis podem afirmar poderes de lado-a-lado, mas acima destes, existe uma lógica principiológica que sobrepára a todos. E, diga-se, a defesa destes não é interferência, senão asseguramento dos ditames constitucionais.<sup>17</sup>

Neste contexto, o Poder Judiciário é demandado a resolver com imediatismo questões multifacetadas que circundam diversos temas, nem sempre relacionados à *área da saúde*, que envolvem economia (perpassando por contratos de trabalho, na decisão da ADI 6.342 até a situação fiscal, na decisão da ADI 6.357) eleições, liberdades individuais que envolvem a garantia do direito à privacidade, a exemplo da ADI 6.387, que versa sobre o compartilhamento de dados pessoais com a Fundação IBGE e tantos outros assuntos que, muitas vezes, dividem-se em competências concorrentes dos entes federativos na ADPF 672.

Assim, a fim de perfectibilizar o estudo, faz-se necessário abordar, mesmo que brevemente, alguns aspectos do estado de calamidade pública adotado pelo governo federal, bem como as medidas que estão sendo tomadas neste contexto no que se diz respeito às leis orçamentárias, o que será feito no tópico seguinte.

### **3 ESTADO DE EMERGÊNCIA E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO**

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto um extenso rol de direitos fundamentais e sociais, além dos fundamentos da República (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Não obstante, no artigo 5º do mesmo diploma legal, estão presentes as garantias das liberdades individuais, bem como a proteção à livre iniciativa econômica, no artigo 170<sup>18</sup>. Tais direitos e garantias foram pensados para tempos de normalidade, entretanto, entende-se que, diante de situações excepcionais que possam abalar o equilíbrio do regime democrático e seus poderes, a relativização de normas pode ser justificada.

Neste contexto, apresenta-se o fenômeno chamado de “estado de exceção”, termo este revestido de grande complexidade e críticas, mas que pode ser definido como sendo um instrumento que consiste na transgressão ou suspensão de regras jurídicas previstas para

17 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Judiciário, a interferência e a separação de poderes. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

períodos de tranquilidade, frente à necessidade de se combater determinado perigo<sup>19</sup> e, para tanto, o governo ficaria mais forte e seria detentor de mais poder, ao contrário da população, que teria menos direitos.<sup>20</sup>

Neste sentido, embora a pandemia do coronavírus esteja sendo marcada por situações extremas que decorrem de graves crises de saúde pública e que, para o enfrentamento desta situação, o Poder Público se vê obrigado a alterar a aplicação de determinadas normas jurídicas, é importante destacar que, no Brasil, não estão presentes as características próprias de um “estado de exceção”. Além disso, mesmo que o texto constitucional brasileiro traga a possibilidade de decretação de “estado de defesa” e de “estado de sítio” em situações de emergência - mecanismos estes, diga-se, ainda não experimentados após a promulgação da Constituição de 1988 – tem-se que a situação de excepcionalidade provocada pela pandemia não apresenta as pontualidades e não encontra adaptações nos institutos gerenciadores de crise já previstos em nossa legislação, fazendo com que seja adotada uma legislação *ad hoc*.<sup>21</sup>

Diferentemente de outros países<sup>22</sup>, as principais medidas de enfrentamento estão se dando com base no Decreto 06/2020, o qual reconheceu o “estado de calamidade pública” e que foi apresentado pelo Poder Executivo em razão de situação pontual caracterizada pela pandemia, e aprovado com votação unânime pelo Senado Federal durante a primeira sessão virtual de sua história<sup>23</sup>. Destaca-se o fato de que a edição do Decreto de “calamidade pública” se deu dentro da forma prevista em lei, ou seja, valendo-se da tramitação regular prevista na Constituição Federal, observando as “regras do jogo” do Estado de Direito e manutenção da competência dos Poderes.

Importante salientar, ainda, que o referido Decreto não menciona a possibilidade de suspensão de direitos fundamentais, tratando tão-somente de aspectos orçamentários e fiscais, prevendo a permissão para que o governo federal gaste mais do que o fixado em lei anterior, contornando, assim, o limite estabelecido pelo teto de gastos públicos do governo federal, a fim de custear as ações no combate à crise<sup>24</sup>. Além disso, de acordo com Felipe Salto, o teto de gastos não deverá sofrer alterações em razão da pandemia, vejamos:

As regras fiscais já contemplam a devida flexibilidade. No caso do teto, os chamados créditos extraordinários, previstos no art. 167, parágrafo 3º, da Constituição Federal, ficam de fora do teto. Isto é, o governo pode e deve reagir à crise com aumento de gastos, sem que para isso precise alterar a regra do teto, que hoje é a principal âncora fiscal do país. O enfrentamento da crise deve acontecer em duas frentes: gastos importantes em saúde e mitigação dos efeitos da crise sobre a renda do trabalhador informal, das pessoas mais pobres e vulneráveis.<sup>25</sup>

19 VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

20 ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Nova York, Harcourt Brace, 1948.

21 GARGARELLA, Roberto. ROA, Jorge Erneste Roa. Diálogo democrático y emergencia em América Latina. *MPIL Reserarch Paper Series*, n. 2020-21, p. 1-30, 2020.

22 Nos países como a Espanha e a Colômbia, decretaram estado de exceção tendo em vista sua previsão no texto constitucional. Outrossim, na Alemanha, Noruega e Japão não estabeleceram anteriormente na Constituição a figura do estado de exceção e, portanto, utilizam-se de uma legislação de emergência preexistente. (GARGARELLA, Roberto. ROA, Jorge Erneste Roa. Diálogo democrático y emergencia em América Latina. *MPIL Reserarch Paper Series*, n. 2020-21, p. 1-30, 2020).

23 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. El Supremo Tribunal Federal brasileño y la pandemia: Estado de derecho y restricción de derechos fundamentales. In: *Constitución y emergencia sanitaria*. Lima: Palestra Editores, p.53-68, 2020.

24 BRASIL. Decreto nº 89.271, de 4 de janeiro de 1984. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

25 SALTO, Felipe. Pandemia põe em xeque teto constitucional de gastos públicos. In: Senado Notícias, 18 de março de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/pandemia-poe-em-xeque-teto-constitucional-de-gastos-publicos>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

Outrossim, chama-se atenção para o fato de que as medidas de restrição de direitos em face da quarentena, a exemplo do isolamento social, foram determinadas, notadamente, pelos Estados<sup>26</sup> e Municípios, os quais puderam regulamentar o funcionamento das atividades de acordo com suas particularidades e realidades, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 672, que reconheceu a competência concorrente para adoção de medidas de combate à crise pandêmica. Todavia, diante desse contexto, surgem grandes tensões envolvendo o constitucionalismo e a necessária intervenção estatal na esfera orçamentária em regimes de crise e excepcionalidade financeira, afinal, toda lógica por trás do orçamento público passa a ser especial e diferente do que se via em períodos de normalidade.

Ainda, argumenta o Ministro Alexandre de Moraes que não há como manter a execução orçamentária planejada antes do surgimento da pandemia, de modo que será exigida uma “atuação urgente, duradoura e coordenada de todos as autoridades federais, estaduais e municipais”, a fim de realocar os recursos para projetos em defesa da vida e da saúde, além da subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira<sup>27</sup>, pois, como indica o diretor da OMS, “esta não é apenas uma crise de saúde pública, é uma crise que afetará todos os setores - portanto, todos os setores e todos os indivíduos devem estar envolvidos na luta.”<sup>28, 29</sup>

Além disso, devido ao isolamento, as crises sociais e econômicas implicarão em uma necessidade de ampliação dos benefícios e auxílios governamentais, tendo-se em vista o crescimento do número de desempregados e de trabalhadores informais, além de medidas que possibilitem assegurar o emprego dos formais, ou seja, ações que possam garantir renda à população para manter a economia, que estará fragilizada<sup>30</sup>. É neste contexto que se justificam as ações para flexibilizar as regras dispostas nas leis orçamentárias, para possibilitar o combate à pandemia e auxiliar a população com recursos públicos, como a concessão do auxílio emergencial.

Entretanto, a ausência de líderes citada por Harari<sup>31</sup> também se reflete na economia. De acordo com Lago, o Brasil é um dos países da América Latina que, embora apresente capacidade para implementar com eficiência a renda emergencial para os cidadãos mais vulneráveis, foi atingido pela falta de qualidade na liderança:

[...] nas últimas três décadas desenvolveu um banco de dados da terceira população mais vulnerável do país; isto é, 80 milhões de pessoas. Sabendo onde essas pessoas vivem, teria sido rápido e fácil implementar essa política, respeitando o isolamento. No entanto, o presidente Bolsonaro se recusou a fazê-lo por semanas, até o Congresso o forçar no final de março. O governo

26 A exemplo disso, cita-se o modelo de distanciamento controlado adotado no Rio Grande do Sul, o qual prevê quatro níveis de controle, traduzidos em “bandeiras”, quais sejam: amarela, laranja, vermelha e preta. A amarela indica uma situação mais amena, com medidas mais flexíveis, enquanto na preta seria necessário maior restrição. Referido modelo foi construído com base na propagação do vírus e na capacidade de atendimento de cada região do Estado. (RIO GRANDE DO SUL. Bandeiras e protocolos: entenda o modelo de distanciamento controlado. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/bandeiras-e-protocolos-entenda-o-modelo-de-distanciamento-controlado>>. Acesso em: 03 ago. 2020).

27 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.10.

28 Texto original: “This is not just a public health crisis, it is a crisis that will touch every sector – so every sector and every individual must be involved in the fight.”

29 GHEBREYESS, Tedros Adhanom. *World health organization* - WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

30 AFONSO, José Roberto. Orçamento de guerra e quarentena fiscal. *Revista Conjuntura Econômica*. Edição de Abril de 2020. Disponível em: <<https://www.joserobertoafonso.com.br/orcamento-de-guerra-afonso/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

31 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavirus, faltam líderes à humanidade* (Breve Companhia). Tradução: Odorico Leal. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020.



levou semanas para executá-lo, desperdiçando sua capacidade estatal. Nesse sentido, o Brasil sofre com a baixa qualidade de sua liderança.<sup>32 33</sup>

Desta forma, a ausência de uma boa liderança para atravessar a crise, aliada à vulnerabilidade econômica e à desigualdade social presentes em nosso país, dificultam a implementação efetiva de políticas públicas voltadas à saúde e ao combate da pandemia. Contudo, para garantir um melhor planejamento do orçamento de crise, foi promulgada a Emenda Constitucional 10/2020, apelidada de “Orçamento de Guerra”, que acrescenta o artigo 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Referido instrumento é à parte do orçamento regular e está voltado especificamente para instituir um regime excepcional para o enfrentamento da pandemia, com dispositivos que possibilitam a flexibilização dos limites fiscais, administrativos e financeiros, sem que os gestores incorram em crime de responsabilidade. Importante salientar, que a elaboração desta Emenda foi feita conforme todos os procedimentos previstos para o processo legislativo regular, destaca-se, ainda, que o Senado e da Câmara dos Deputados têm atuado de forma célere, objetivando, na medida do possível, a diminuição dos impactos econômicos e sociais causados pela pandemia.

Está prevista, também, a instauração do Comitê de Gestão da Crise, o qual será responsável por aprovar as ações do regime emergencial, criar, eleger, destituir e fiscalizar subcomitês. Referido comitê será presidido pelo Presidente da República, contudo, o Congresso Nacional poderá sustar qualquer decisão, caso seja verificada ofensa ao interesse público ou extrapolação dos limites de sua ação, além de haver a previsão para fiscalização dos atos de gestão por parte do Tribunal de Contas da União<sup>34</sup>. Ou seja, por mais que tenha ocorrido uma flexibilização ou relativização na execução das leis orçamentárias, ainda assim estas ações e medidas adotadas são passíveis de fiscalização e de controle, o que é fundamental desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, o parágrafo terceiro do artigo 1º traz a previsão de que o Supremo Tribunal Federal resolverá eventuais conflitos federativos que vierem a acontecer em virtude da aplicação do referido dispositivo. Entretanto, a competência para julgamento das ações judiciais contra as decisões do Comitê de Gestão da Crise será do Superior Tribunal de Justiça. Ainda, o texto dá autorização ao Banco Central para efetuar compras e vendas de direitos creditórios e títulos privados de crédito em mercados secundários, sendo que até então só possuía autorização para operar títulos públicos com instituições do mercado primário. O objetivo dessa medida é aumentar a liquidez de empresas, limitando-se, todavia, ao período de enfrentamento da pandemia.<sup>35</sup>

Sobre o assunto, manifestou-se o economista Felipe Salto<sup>36</sup>, no sentido de que a referida PEC do “orçamento de guerra” é importante porquanto criará bases que permitirão

32 Texto original: [...] a lo largo de las tres últimas décadas ha desarrollado una base de datos del tercio de la población más vulnerable del país; o sea, 80 millones de personas. Sabiendo donde viven esas personas, hubiera sido fácil y rápido implementar esa política respetando el aislamiento. Sin embargo, el presidente Bolsonaro ha rechazado hacerlo durante semanas, hasta que el Congreso le obligara a finales de marzo. El Gobierno ha tardado semanas en ejecutarlo, desaprovechando su capacidad estatal.

33 LAGO, Miguel. Covid-19 em América Latina: entre la fragilidad estatal y la falta de liderazgo. *Agenda Pública* – El País, 26 de junho de 2020. Disponível em: <<http://agendapublica.elpais.com/covid-19-en-america-latina-entre-la-fragilidad-estatal-y-la-falta-de-liderazgo/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

35 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

36 SALTO, Felipe. 7º Encontro virtual do Grupo de Estudos “O Direito em Tempos de Covid-19”. Tema: “O Estado como gerenciador da crise econômica: instrumentos financeiros e tributários”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0I-LAZADafo&t=5704s>. Acesso em: 12 jul. 2020.

a liberação do governo de cumprir algumas regras fiscais e garantirá melhor fluidez no processo de criação e fiscalização de despesas da crise, porém ressalta a necessidade de regulamentação no que tange à aplicação dessas regras aos Estados e Municípios. Desta forma, traçadas essas considerações, analisar-se-á, na sequência, a medida cautelar na ADI 6.357, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, que versa sobre pedido de concessão de interpretação conforme a Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput*, *in fine* e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020.

#### 4 ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR PROFERIDA NA ADI 6.357

Em meio à grave crise sanitária de dimensões globais causadas pelo coronavírus, foi ajuizada pelo presidente da República, Jair Bolsonaro, por meio da Advocacia-Geral da União, a ADI 6.357, com o objetivo de conferir interpretação conforme a Constituição dos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como dos artigos 114, *caput*, *in fine*, e §14º da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020. Os dispositivos impugnados cuidam do aumento de gastos tributários indiretos e despesas obrigatórias de caráter continuado, as estimativas de impacto orçamentário-financeiro e a compatibilidade com a LDO, além da demonstração da origem dos recursos e a compensação de seus efeitos financeiros nos exercícios seguintes.

Embora o artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleça um regime emergencial em caso de decretação de “estado de calamidade pública” em âmbito estadual ou federal, o principal argumento da petição inicial defende serem insuficientes as disposições contidas no referido artigo, frente às demandas fiscais e sociais que exige a pandemia, tendo em vista que somente é possível afastar a necessidade de contingenciamento de recursos e sanções pelo descumprimento de limites de gastos com pessoal, sem prever, entretanto, a possibilidade de criação de novas despesas emergenciais, sem previsão anterior no orçamento.<sup>37</sup>

Desta forma, o pedido foi embasado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da garantia do direito à saúde e dos valores sociais do trabalho humano e garantia da ordem econômica. Outrossim, seria possível afastar a exigência de demonstração de adequação orçamentária em relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da pandemia reconhecida pela OMS, além de relativizadas as medidas de demonstração do impacto financeiro de medidas a serem implementadas.<sup>38</sup>

Neste contexto, o relator da medida cautelar da ADI 6.357, ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, decidiu monocraticamente por afastar a incidência dos dispositivos impugnados, estendendo os efeitos da decisão para todos os entes federativos que tenham decretado estado de calamidade. A argumentação se deu no sentido de que, embora o conteúdo dos artigos contestados possibilitem maior planejamento e transparência da execução orçamentária, evitando possíveis riscos ou improbidades, além de garantir responsabilidade na gestão fiscal, a proteção da vida e da saúde enquanto cláusulas de direitos fundamentais que orientam toda a Constituição Federal, se sobressaem diante de situações excepcionais.<sup>39</sup>

37 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

38 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

39 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

O relator observou, ainda, que o afastamento dos dispositivos impugnados não violaria os princípios de prudência fiscal ou equilíbrio financeiro, consagrados na Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que o teor destes artigos vai no sentido de evitar gastos que não estavam previstos em lei anterior. Contudo, faz-se necessário aumentar os gastos do governo para lidar com a pandemia, protegendo a vida e saúde dos cidadãos brasileiros, bem como o a manutenção de emprego e de empresas e a subsistência dos seres humanos.<sup>40</sup>

Neste sentido, destaca-se, ainda, a especial atenção voltada à proteção do direito fundamental à saúde no decorrer do texto da decisão, direito este que poderia vir a ser violado - causando riscos sociais e individuais - caso houvesse a incidência dos dispositivos da LRF. Desta forma, a relativização de normas orçamentárias em prol da defesa de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente deve ser entendida como forma de preservar o Estado Democrático, ao assegurar o bem-estar da sociedade<sup>41</sup>:

[...] dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde. O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>42</sup>

A excepcionalidade da situação vivenciada também foi observada pelo ministro e considerada para a suspensão dos artigos, tendo em vista a argumentação no sentido de que o surgimento da crise sanitária se trata de fato superveniente e imprevisível, com consequências que se projetam de forma grave e impossíveis de estarem dentro de planejamento anterior, razão pela qual exige-se uma atuação direta e imediata do Poder Público.<sup>43</sup>

No decorrer da decisão, não é possível encontrar qualquer menção ao termo “estado de exceção”, sendo que a expressão utilizada é “estado de emergência”, deixando ainda mais em evidência a noção de que nenhum direito deve ser suspenso, mesmo em caráter excepcional e provisório. Além disso, mesmo que não tenha sido instaurado no Brasil o “estado de sítio” ou “estado de defesa”, o Ministro destacou, em sua decisão, os princípios que regem o sistema constitucional de crise - os quais têm como objetivo manter a normalidade institucional, por meio de medidas de legalidade extraordinária - quais sejam: temporariedade, proporcionalidade e finalidade maior, vejamos:

*A temporariedade* da não incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, *caput, in fine*, e § 14, da LDO/2020 durante a manutenção do estado de calamidade pública; a *proporcionalidade* da medida que se aplicará, exclusivamente, para o combate aos efeitos da pandemia do COVID-19 e a *finalidade maior* de proteção à vida, à saúde e a subsistência de todos os brasileiros, com medidas sócio econômicas protetivas aos empregados e empregadores estão em absoluta consonância com o princípio da razoabilidade, pois, observadas as necessárias justiça e adequação entre o pedido e o interesse público.<sup>44</sup>

40 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

41 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

42 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.11.

43 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

44 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.11-12.

Todavia, cumpre salientar que se trata de decisão monocrática, proferida no final de março de 2020, e que embora comporte um pedido jurisdicional que não admita morosidade, não foi objeto de debate colegiado. Somente no mês de maio a medida cautelar foi apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e confirmada por maioria de votos, sendo vencidos o ministro Marco Aurélio e o ministro Edson Fachin<sup>45</sup>. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio fundamentou sua divergência no fato de que a liminar deu um “cheque em branco” ao chefe do Poder Executivo, salientando que:

[...] o enfrentamento da calamidade pública não é realizado apenas pela União, mas também é feito pelos estados e municípios. No art. 2º da EC, há alusão a dispositivos observáveis nos três níveis. Dessa maneira, ter-se-ia disciplina linear, que alcança União, estados e municípios. Além disso, rememorou que o legislador, a quem cabia atuar, dispôs sobre a convalidação dos atos de gestão praticados a partir de 20 de março de 2020 (EC 106/2020, art. 10). Segundo o ministro, há incongruência em extinguir-se a ação e referendar-se a cautelar. A seu ver, os atos praticados com base na medida anteriormente deferida foram encampados pelos congressistas mediante o art. 10 da EC 106/2020. Além disso, a interpretação conforme pressupõe preceito que contemple duas interpretações e o legitimado para a ação não pode vir ao Supremo Tribunal Federal pedir carta em branco para descumprir lei.<sup>46</sup>

Além disso, não é possível encontrar, na decisão, qualquer menção que prevê medidas de controle democrático da execução orçamentária no futuro, deixando que autorizações às programações financeiras que venham a ser realizadas pelo Poder Executivo sejam baseadas em suposições e estimativas<sup>47</sup>. No mesmo sentido posiciona-se Scaff<sup>48</sup>, ao lembrar que, em vez de somente flexibilizar algumas metas, a liminar deu carta branca ao Executivo, sem prazo determinado e sem observar os devidos instrumentos de controle e de balanceamento:

Esse item (4) (liberação para a realização de outros programas de redistribuição de recursos, cujo aumento de despesa não poderia ser compensado nos termos em que exigido pela LDO) deve concentrar nossa atenção, pois, com a liminar, foi dado pelo STF um cheque em branco ao Poder Executivo como um todo, afastando as regras usuais de controle financeiro e orçamentário, mesmo com as ressalvas contidas no despacho, que delimitam sua vigência “durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19”, para “afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade”. Adotado esse caminho, quem terá a última palavra sobre o Estado de Emergência Financeira será o Poder Executivo, em cujo ápice está o Presidente da República.<sup>49</sup>

Todavia, posteriormente o Plenário declarou a extinção da ação, por perda de objeto, em razão da aprovação da Emenda Constitucional (EC) 106/2020, conhecida como “Orçamento

45 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaiode20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

46 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaiode20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.8.

47 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha. STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisducao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

48 SCAFF, Fernando Facury. O estado de emergência financeira e a disputa entre Congresso e Presidência. In: *Revista Consultor Jurídico*, 31 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/contas-vista-estado-emergencia-financeira-disputa-controle>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

49 SCAFF, Fernando Facury. O estado de emergência financeira e a disputa entre Congresso e Presidência. In: *Revista Consultor Jurídico*, 31 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/contas-vista-estado-emergencia-financeira-disputa-controle>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

de Guerra”. Os ministros entenderam que, como a norma constitucional atende o que foi demandado na ADI 6357 pelo presidente da República, autor da ação, e deferido na medida cautelar, não haveria motivo para prosseguir sua tramitação.<sup>50</sup>

Neste contexto, é imperioso destacar, contudo, que, no momento, que a crise econômica ainda não atingiu o seu ápice, que virá na esteira da atual crise sanitária. Portanto, é preciso salientar que o fato de agir rápido ao criar medidas que afetem consideravelmente a responsabilidade fiscal poderá ser prejudicial no futuro, considerando-se ser evidente que o valor das despesas autorizadas provavelmente será maior do que as receitas, que o endividamento é inevitável e que o estado de emergência é momentâneo, fazendo-se necessário criar mecanismos que possam possibilitar a retomada da responsabilidade fiscal quando a pandemia passar.<sup>51</sup>

Entretanto, embora existam ressalvas quanto à decisão, percebe-se que há um esforço do Poder Judiciário em adequar o direito à realidade vivenciada durante a pandemia, tendo-se em vista que, apesar de serem importantes os preceitos de planejamento, transparência e gestão fiscal presentes na Lei de Responsabilidade Fiscal, a pandemia do coronavírus trouxe consigo impactos não só para a vida e a saúde da população, como também a ideia de imprevisibilidade e graves repercussões na execução orçamentária e subsistência econômica do país.

Desta forma, durante o período excepcional causado pela pandemia, faz-se necessário o empenho dos entes estatais para que adotem todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção dos serviços de saúde, para assim garantir a defesa da vida e da dignidade da pessoa humana. Contudo, mesmo diante da crise na saúde pública que desagrada a lógica fiscal, é preciso manter-se a legalidade e um controle democrático das ações que versem sobre o orçamento público, a fim de que não se instaure uma excepcionalidade financeira permanente, com medidas que dão “carta branca” a um determinado Poder, seja o Executivo, seja o Judiciário, e que vão de encontro com os princípios do Estado de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

O Estado de emergência causado pela crise sanitária mundial da Covid-19 provocou a adesão de medidas de isolamento social e consequente paralisação econômica. Desta forma, os debates giram em torno não só da saúde pública como também afetam diretamente a questão do orçamento público, demandando a intervenção do Estado para superar a crise, ocasionando diversas propostas de alterações legais e até mesmo constitucionais e conferindo ainda maior destaque ao Supremo Tribunal Federal.

Dentre as medidas já aprovadas, está a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.357, de autoria do Presidente da República, requerendo a suspensão de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e que teve liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, com concessão de interpretação conforme a Constituição. Outra questão importante foi a operacionalização e controle dessa situação excepcional por meio da Emenda à Constituição n. 10/2020, chamada de “Orçamento de Guerra”.

Com efeito, retomando o questionamento que originou esta pesquisa, qual seja, “qual a argumentação e os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do estado de

50 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaio20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

51 SALTO, Felipe. 7º Encontro virtual do Grupo de Estudos “O Direito em Tempos de Covid-19”. Tema: “O Estado como gerenciador da crise econômica: instrumentos financeiros e tributários”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0I-LAZADafo&t=5704s>. Acesso em: 12 jul. 2020.



emergência e os parâmetros de controle adotados na liminar do Ministro Alexandre de Moraes na decisão da medida cautelar na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal?”, através da pesquisa foi possível verificar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a relativização de normas orçamentárias - durante o período de excepcionalidade causado pela pandemia da Covid-19 - não estaria em conflito com a probidade fiscal, tendo-se em vista que tal medida se daria no intuito de garantir o direito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à vida e a saúde, presentes no texto constitucional.

Desta forma, em síntese, estabeleceu-se a partir da decisão em comento, que em tempos de crise ocasionada por pandemia, o rompimento dos limites anteriormente estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal é constitucional, sendo deferível a todos os entes da federação. Isso por que, em razão da imprevisibilidade desta situação em que nos encontramos, as ações que beneficiam a área da saúde e as que visam dar amparo à parte da população sem renda, não poderiam estar previstas na execução orçamentária planejada no ano anterior.

Ainda, embora haja um suposto conflito de direitos envolvendo a proteção à saúde e a economia, não se pode tolerar medidas excessivas para a garantia de ambos os direitos, fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Desta forma, faz-se necessário editar medidas que criem instrumentos de conexão dos gastos com a atual realidade orçamentária do governo e, ainda, que possibilitem o acesso às ações e serviços de saúde à população durante o período de excepcionalidade. Outrossim, é importante salientar que a pandemia causada pela Covid-19 não pode implicar na suspensão da aplicação do Direito, mas sim, sua adaptação frente a situações que envolvem grave risco aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto. *Orçamento de guerra e quarentena fiscal*. In Revista Conjuntura Econômica. Edição de Abril de 2020. Disponível em: <<https://www.joserobertoafonso.com.br/orcamento-de-guerra-afonso/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 89.271, de 4 de janeiro de 1984*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Covid-19 e democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo. In: *O direito público em tempos pandêmicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020.

GARGARELLA, Roberto. ROA, Jorge Erneste Roa. Diálogo democrático y emergencia em América Latina. In: *MPIL Reserarch Paper Series*, n. 2020-21, p. 1-30, 2020.

GARGARELLA, Roberto. Revisão judicial em democracias defeituosas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n. 2, p.153-169, 2019.

GHEBREYESS, Tedros Adhanom. *World health organization - WHO Director-General's opening remarks*

at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade* (Breve Companhia). Tradução: Odorico Leal. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen. In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. *California Law Review*, vol. 97, n. 2, p. 301-355, 2009.

LAGO, Miguel. Covid-19 em América Latina: entre la fragilidad estatal y la falta de liderazgo. In: Agenda Pública – El País, 26 de junho de 2020. Disponível em: <<http://agendapublica.elpais.com/covid-19-en-america-latina-entre-la-fragilidad-estatal-y-la-falta-de-liderazgo/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *El Supremo Tribunal Federal brasileño y la pandemia: Estado de derecho y restricción de derechos fundamentales*. In: Constitución y emergencia sanitaria. Lima: Palestra Editores, 2020, p. 53-68.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. *Bandeiras e protocolos: entenda o modelo de distanciamento controlado*. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/bandeiras-e-protocolos-entenda-o-modelo-de-distanciamento-controlado>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Nova York, Harcourt Brace, 1948.

SALTO, Felipe. 7º Encontro virtual do Grupo de Estudos “O Direito em Tempos de Covid-19”. Tema: “O Estado como gerenciador da crise econômica: instrumentos financeiros e tributários”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OI-LAZADafo&t=5704s>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SALTO, Felipe. Pandemia põe em xeque teto constitucional de gastos públicos. In: Senado Notícias, 18 de março de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/pandemia-poe-em-xeque-teto-constitucional-de-gastos-publicos>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. O estado de emergência financeira e a disputa entre Congresso e Presidência. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/contas-vista-estado-emergencia-financeira-disputa-controle>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Judiciário, a interferência e a separação de poderes. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha. STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisdiacao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Painel de Ações Covid 19*. Disponível em: <[https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html)>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaiode20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

---

**Recebido em:** 02.09.2020

**Aprovado em:** 18.12.2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Marcia Fernanda. Controle orçamentário versus estado de emergência sanitária. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.182-196, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-11.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO, REGULAÇÃO E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19

## IMPACTS OF COVID-19 PANDEMIC ON PUBLIC WATER AND SANITATION SERVICES AND REGULATION

Carlos Roberto de Oliveira <sup>1</sup>

**RESUMO:** Partindo de observações dos desafios para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico diante da pandemia da Covid-19, são apresentadas as dificuldades contratuais e a posição das agências reguladoras de saneamento setoriais na normatização da situação de excepcionalidade vivenciada, que afeta com grande severidade os serviços públicos de água e esgoto. O ponto de partida do estudo foi uma pesquisa acerca das maiores dificuldades e soluções criadas pelos prestadores em parceria com os entes reguladores para mitigação dos problemas operacionais e garantia da continuidade dos serviços em tempos de necessário distanciamento social. Após o mapeamento das principais questões: falta de clareza na definição normativa, fragilidade de conteúdo dos contratos e ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos, foram feitas avaliações críticas das soluções adotadas pelos reguladores. Foi realizado, ainda, levantamento bibliográfico sobre a atuação da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR nesse processo, com destaque para as recomendações de caráter voluntário emitidas para suporte às agências reguladoras. Com base nas conclusões decorrentes, foi possível afirmar que, com o intuito de agregar um padrão mínimo de segurança jurídica e de previsibilidade, as recomendações da ABAR tem relevante papel de apoio ao poder normativo inerente a cada agência reguladora infranacional.

**Palavras-chave:** covid-19; regulação; saneamento básico.

**ABSTRACT:** From challenges with public water and sanitation services during the Covid-19 pandemic period to contractual difficulties, this article also presents contractual difficulties and the stance of local regulators towards regulation on this extraordinary scenario, which has severely struck the public water and wastewater services. Firstly, this study has investigated the greatest difficulties and solutions by providers in partnership with regulators to mitigate operational problems and to guarantee continuity of services in period of social distancing. The main issues have founded as lack of clarity in the normative definition, fragility of content of contracts and absence of contractual clauses with alternative forms of conflict resolution. Critical assessments of solutions adopted by regulators have also performed. Furthermore, a bibliographic survey of proceeding of Brazilian Association Regulatory Agencies (ABAR) in this context was carried out, specifically about its voluntary recommendations to support regulatory agencies to face the most acute phase of the crisis. Based on these findings, it is possible to affirm that, in order to offer a legal certainty and predictability standard, recommendations of ABAR have a relevant role in supporting the subnational regulatory agencies in their inherent regulatory power.

**Keywords:** covid-19; regulation; water and sanitation.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Secretário-Executivo da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, Institucionais e de Governança da Associação Brasileira de Agências de Regulação. Diretor da Agência Reguladora de Saneamento de São Paulo.

## 1 INTRODUÇÃO

A crise mundial provocada pela COVID-19 ressaltou ainda mais a importância dos serviços de saneamento básico, bem como a provisão de condições adequadas de serviços públicos às populações vulneráveis.

A essencialidade dos serviços de saneamento básico no enfrentamento da pandemia da COVID-19, com destaque para o abastecimento de água e esgotamento sanitário, remete ao aumento da responsabilidade das instituições que atuam nesses setores.

A pandemia evidenciou, ainda, a importância da universalização desses serviços públicos, pois, hoje, apenas 83,6% dos brasileiros são atendidos com abastecimento de água tratada, 53,2% têm acesso à coleta de esgoto e 46,3% desse esgoto coletado é efetivamente tratado.<sup>2</sup>

O atual cenário de atraso, atrelado à crise de saúde, isolamento social e forte abalo nas atividades econômicas, impactam fortemente nas prestadoras de serviços de água e esgoto, assim como nos demais setores, causando, naturalmente, impactos em sua operação e em suas receitas.

Por se tratar de serviços essenciais e, muitas vezes, insubstituíveis, a demanda de usuários residenciais não é fortemente afetada, tendendo a aumentar com o distanciamento social. Entretanto, a diminuição das atividades comerciais e a desaceleração da produção industrial podem resultar em significativas reduções nas receitas das empresas prestadoras desses serviços.

Além disso, com o objetivo de proteger a população mais vulnerável e garantir o acesso irrestrito aos serviços de saneamento básico, várias responsabilidades foram impostas às prestadoras de serviço de água e esgoto por parte dos mandatários do Executivo, que emitiram decretos (municipais e estaduais) de calamidade pública<sup>3</sup>, potencializando riscos ao adequado funcionamento e à sustentabilidade do setor, gerando impactos regulatórios e quedas na arrecadação, sem que houvesse a obrigatória articulação<sup>4</sup> com as agências reguladoras setoriais de saneamento<sup>5</sup>.

Idêntica preocupação reservada ao atendimento da população vulnerável em tempos de pandemia é o tratamento futuro que se dará aos impactos gerados pelas medidas

2 Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020. Dados disponíveis, também, no site: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>.

3 Acompanhamos o entendimento de que é cabível a estruturação ou rearranjo de medidas de políticas públicas em situações calamitosas, poderes esses que foram conferidos pelo escrutínio popular (voto) aos mandatários eleitos. Shirley Alonso Rodrigues Silverio Lopes e Carlos Roberto Pegoretti Júnior destacam: “As atribuições de governo compreendem o exercício do mandato, a condução dos negócios públicos municipais, as relações com as demais autoridades, as funções colegislativas relativas à iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação de leis, a fixação de diretrizes, o planejamento da administração local e a representação do Município”. (LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio; PEGORETTI JÚNIOR, Carlos Roberto. *Da autonomia municipal*. Disponível em: <https://www.semanaacademica.org.br/system/files/artigos/meu4oartigo.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020).

4 A Lei federal nº 13.979/2020, em seu art. 3º, §10, estabelece: “As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do *caput*, observado o disposto nos incisos I e II do § 6º-B deste artigo, quando afetarem a execução de serviços públicos e de atividades essenciais, inclusive os regulados, concedidos ou autorizados, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que haja articulação prévia com o órgão regulador ou o poder concedente ou autorizador”.

5 Destaca Pedro Filipe Gonçalves da Rocha: “A par de uma abertura e desregulação dos mercados, e de uma conseqüente regulação dos mesmos, foi-se verificando, no evoluir de um Estado Regulador, um fenômeno de desgovernamentalização da regulação. Foi-se percebendo, nesse sentido, que a importância da atividade regulatória exigia a sua proteção não apenas face à força de *lobbying* dos agentes econômicos, para evitar a captura do regulador pelos regulados, mas também face a ingerências governamentais, de modo a garantir uma regulação estável, eficiente e eficaz, já que livre da incerteza da política e da mobilidade dos governos”. (ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*, Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abril 2020, p. 9. Disponível em: [https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public\\_38.pdf](https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf). Acesso em: 09 set. 2020).



supracitadas, em especial as discussões acerca do reequilíbrio econômico-financeiro do setor, que certamente serão postos à mesa e serão impactados pelo ambiente de recessão econômica e aumento expressivo na taxa de desemprego.

No presente artigo, além de levantamentos sobre a atuação das agências reguladoras de saneamento básico, será apresentado debate acerca do exercício do poder normativo<sup>6</sup> em tempos de crise e o papel da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR<sup>7</sup>, em sua condição de associação representativa de classe para orientar, através de diretrizes, as discussões que serão imprescindíveis para o reequilíbrio do setor de saneamento diante desta pandemia.

O estudo apresenta comparações, aponta críticas e destaca os méritos da forma de melhor condução das políticas públicas de saneamento básico na inovadora relação jurídica decorrente da pandemia, explorando os desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da COVID-19, dividindo o trabalho em três capítulos. O primeiro aborda os desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da pandemia da covid-19, em especial a situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento, a falta de clareza na definição normativa, a fragilidade de conteúdo dos contratos e a ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos. Já o segundo destaca a posição do regulador diante da pandemia, e o terceiro, a modelagem proposta pela Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, para o enfrentamento das contingências da pandemia.

## **2 OS DESAFIOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19**

O cenário da pandemia da COVID-19 era impensado na clássica modelagem dos contratos administrativos de concessão e nenhum contrato público tinha tratamento adequado para o enfrentamento de todas as novas medidas que são esperadas – tanto no campo das adaptações técnicas para manutenção do serviço adequado, quanto na perspectiva econômica, para a viabilidade do negócio.

O direito administrativo clássico não responde adequadamente a esses novos desafios e as clássicas fórmulas de reequilíbrio ou de readequação são desafiadas pelos futuros impactos que serão enfrentados diante do “novo normal”.

Não estamos diante de situações imponderáveis, mas necessitaremos de uma nova leitura de institutos clássicos, com revisitação de conceitos tradicionais e eventuais alterações legislativas.

Uma nova postura também é esperada dos órgãos de controle externo (TCU, TCEs e Ministérios Públicos Federal e Estaduais), todos imbuídos no propósito de entender as reais dificuldades que os gestores enfrentaram no momento mais agudo de combate à pandemia<sup>8</sup>.

---

6 Com destaque para as experiências portuguesas, Maria Fernanda Maçãs observa: “sobressai o reconhecimento de que a regulação tem uma lógica específica, que deve ser separada tanto quanto possível da lógica política propriamente dita, em especial a dos ciclos eleitorais, tornando-se necessário estabelecer adequada distância entre a política e o mercado, de modo a conferir-lhe a estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade”. (MAÇÃS, Maria Fernanda. *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, Coimbra: Cadernos de Justiça Administrativa, nº 58, jul./ago. 2006, p.23).

7 A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR foi fundada em 8 de abril de 1999. É uma entidade de direito privado, criada sob a forma de associação civil, sem fins lucrativos e de natureza não partidária. Seu objetivo é promover a mútua colaboração entre as associadas e os poderes públicos, na busca do aprimoramento da regulação e da capacidade técnica, contribuindo para o avanço e consolidação da atividade regulatória em todo Brasil. Para maiores informações, sugerimos a consulta do site: <http://www.abar.org.br>.

8 Vale destacar as recentes alterações introduzidas no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), que fomentam a precaução na interpretação das normas sobre gestão pública, levando em conta as dificuldades dos gestores quando da tomada de decisão. Nesse sentido, a regulamentação pelo Decreto federal nº 9.830/2019: “Art. 8º. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público”.

Oren Gross<sup>9</sup>, pensando em soluções legislativas, apresenta a ideia de “legislative accommodation” (modificação de leis existentes ou aprovação de legislação de emergência) como modelo estratégico para enquadrar o acionamento de poderes de emergência diante de situações como a vivenciada.

O novo desafio normativo, aliás, não é apenas apresentado ao Brasil. A busca por consensualismo para preservar a prestação dos serviços e a manutenção da saúde dos cidadãos deve orbitar na esfera de decisões do Poder Público, o que se mostra como fator inédito na interpretação de contratos de concessão.

Nesse sentido, destaca Pedro Costa Gonçalves<sup>10</sup>:

Da situação de emergência associada à epidemia da COVID-19 não emergiu um necessário “buraco negro legal”, resultante de o Estado se ver na obrigação de se conferir a si mesmo o poder de atuar “sem lei”, num vazio de legislação (“emptiness of law”). Bem pelo contrário, o que temos tido, por todo o lado e também em Portugal, é uma situação de facto que, desde o início, conduziu à estipulação de medidas idealizadas, refletidas e até cientificamente apoiadas, postas e publicadas como normas ou regras para aplicação à situação; aliás, normas que, em geral, se revelaram claras, precisas e determinadas, que, por isso mesmo, promoveram o que podemos designar por racionalização da emergência.

Os desafios apresentados devem, portanto, repensar e rearranjar regras e normas regulatórias (de fiscalização da qualidade dos serviços e tarifárias) dos serviços públicos de saneamento básico e devem equacionar e conciliar:

1) A saúde financeira dos prestadores de serviços públicos, que precisam de receitas para operar seus serviços, honrar seus compromissos e realizar os investimentos previstos em contrato e Plano Municipal de Saneamento; e

2) A necessidade de atendimento às populações carentes e vulneráveis que sofrem com limitações financeiras decorrentes da pandemia da COVID-19, bem como propiciar condições sanitárias mínimas para que todos possam ultrapassar a fase mais aguda da pandemia.

## **2.1 Situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento**

Ponto a ser destacado é que a pandemia afetou com grande severidade um segmento de serviço público que já é bastante deficitário e que ainda luta para a obtenção de recursos para a universalização. Os índices de atendimento para os serviços de água, esgotamento sanitário, coleta e destinação de resíduos sólidos e drenagem urbana ainda precisam avançar.

Como anteriormente destacado, muito ainda há de ser feito para que os números bastante desfavoráveis de atendimento no saneamento sejam alçados a patamares satisfatórios em determinadas regiões do Brasil.

A situação excepcional vivenciada desafia todas as modelagens jurídicas de prestação de serviços de saneamento, independentemente se operados pelo poder público ou pela iniciativa privada.

A falta de previsibilidade trouxe incertezas e inseguranças jurídicas para contratos de concessão plena (Lei federal nº 8.987/1995), que tiveram afetados: fluxo de caixa e previsão

---

9 Cf. GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p.1064 e segs. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol112/iss5/8>. Acesso em: 02 set. 2020.

10 GONÇALVES, Pedro Costa. Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. In: *Observatório Almedina*, Lisboa - maio/2020. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>. Acesso em: 10 set. 2020.

de receitas para os investimentos; contratos de parceria público-privada (Lei nº 11.079/2004), que não detêm clareza na definição de compartilhamento de riscos de tal natureza e contratos de programa (Lei nº 11.107/2005) que, operados por prestadores públicos, padecem dos mesmos problemas relatados para as concessões.

Melhor sorte não foi reservada para as operações diretas (departamentos municipais) ou indiretas (autarquias e empresas públicas) da administração pública local, já que muitas legislações locais orientaram pela proibição de corte de fornecimento em período de calamidade pública, elevando a preocupação dos operadores que possuem obrigações de investimentos com base no Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB e nas orientações das agências reguladoras infranacionais<sup>11</sup> de saneamento básico.

Diante do quadro impensado da pandemia e do vazio de regras, coube ao regulador, em sua missão institucional e legal<sup>12</sup>, criar ambiente de padronização mínima e de orientação para que se pudesse criar uma metodologia adequada de atendimento à população.

Evidente que o dever de vigilância não ocorre somente na atenção ao usuário, razão pela qual ações emergenciais e pontuais devem ser tomadas para preservar a continuidade e a saúde financeira do prestador de serviços públicos.

Uma das estratégias mais adotadas foi a redução temporária de investimentos e a criação de soluções alternativas para a continuidade dos serviços, com vistas a mitigar eventual onerosidade excessiva<sup>13</sup> do prestador. A hipótese parece bastante ajustada, pois não é legítimo obrigar a manutenção integral de obrigações de investimentos diante de cenário de perda de receitas (ainda que temporária).

## 2.2 Falta de clareza na definição normativa

A falta de clareza e de uniformidade na definição de normas trouxeram incremento de dificuldades ao processo de enfrentamento da pandemia no âmbito dos serviços públicos de água e esgoto.

Várias são as justificativas que podem ser acrescentadas ao ineditismo e à falta de previsibilidade para um evento pandêmico dessa natureza. A primeira delas é a fase ainda de consolidação e o caminho para a maturidade institucional que está sendo trilhado pela regulação infranacional<sup>14</sup>.

11 A nomenclatura infranacional tem sido adotada para designar as agências reguladoras que não foram criadas pela União. São as agências reguladoras de saneamento básico, que podem ser constituídas no âmbito do município (agências municipais), por união de municípios formando consórcios públicos (agências intermunicipais) ou no âmbito do Estado da Federação (agências estaduais). Essa particularidade na modelagem da agência decorre da titularidade municipal dos serviços públicos de saneamento básico e teve tratamento disciplinado pelo art. 31 do Decreto federal nº 7.217/2010. A tese da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico resulta de interpretação do art. 30, inc. V, da Constituição Federal, segundo o qual: “Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]”

12 Cf. art. 23 da Lei federal nº 11.445/2007.

13 O tema da onerosidade excessiva é tratado no âmbito privado pelo art. 317 do Código Civil: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” A Lei de Licitações, no art. 65, II, ‘d’, estabelece: “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. Para as hipóteses de delegação mediante contrato de concessão, o art. 9º da Lei nº 8.987/95 enxerga que existe a necessidade de reequilibrar os contratos de concessão quando: a) há a criação de encargos que provocam impacto na equação econômico-financeira (§ 3º) ou b) há uma alteração unilateral que afete o equilíbrio (§ 4º).

14 Destaca Juliana Bonacorsi de Palma: “É inigualável o tamanho da burocracia e a quantidade de funções públicas que o legislador a impõe, tanto que a função administrativa apenas é definível residualmente. Administrar não é aplicar a lei de ofício. Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, maio/ago. 2020, p.227).

Como sabemos, as agências reguladoras infranacionais foram criadas com o intuito de profissionalizar o saneamento básico<sup>15</sup> e definidas como componentes da política pública setorial somente no ano de 2007, com a edição da Lei Federal nº 11.445.

Muitas dúvidas afloraram com a Lei e vários reguladores somente foram criados ou passaram a atuar com maior envergadura a partir de 2010, com o Decreto federal nº 7.217, que regulamentou a Política Nacional de Saneamento Básico<sup>16</sup>.

Ora, como se vê, a lei setorial tem pouco mais de 10 anos e a sua regulamentação só foi implantada na última década. Sabemos dos desafios e obstáculos para implantação de uma política pública em âmbito nacional, já que muitas são as assimetrias sociais e econômicas, além dos percalços próprios de estruturação administrativa da Administração Pública.

Nesse sentido, a falta de uma regulação consolidada e com padrões uniformes de ações trouxe preocupações aos setores regulados.

Segundo ponto de destaque é o modelo constitucional que reconhece a competência (titularidade) dos serviços de saneamento básico aos Municípios, o que evidenciou a falta de racionalidade e as disputas por competências normativas entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades reguladoras nos temas ligados à pandemia.

Na tentativa de minimizar a falta de racionalidade normativa, já que muitas foram as leis e decretos com conteúdo atrelado à prestação de serviços e cobrança para água e esgoto, a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei COVID), determinou a articulação normativa prévia com o regulador para tomada de decisões dessa natureza (art. 3º, §10).

Foram poucos os casos efetivos de articulação prévia com os reguladores e, diante da situação de excepcionalidade, muitos foram os decretos ou atos equivalentes que trataram de organização do serviço (horário de atendimento do prestador), redução de mobilidade para contenção da pandemia, mediante sanção premial<sup>17</sup> (isenção de multa e alteração da data de vencimento), bem como alteração do regime de cobrança de serviços (alteração de vencimento das contas, isenção para categorias e suspensão de reajustes), sendo que essas últimas providências serão, a posteriori, quantificadas e equacionadas pelo ente regulador.

### 2.3 Fragilidade de conteúdo dos contratos

Os contratos administrativos firmados para a prestação de serviços de saneamento básico, em especial os contratos de concessão e de programa, sempre foram bastante frágeis e rasos para a previsão de fatos evidenciados como pandemias, como é o caso da COVID-19.

15 Destaca Floriano Azevedo Marque Neto: “Dentre todos os setores de infraestrutura que envolvam indústrias de rede e serviços de universalização obrigatória, o saneamento é um dos mais complexos do ponto de vista regulatório. É que nele vemos características típicas de uma atividade passível de exploração econômica (como é o tratamento de efluentes industriais), um núcleo caracterizador de um serviço público, e, ainda, uma infinidade de interfaces com políticas públicas específicas (saúde, ambiental, recursos hídricos, urbanismo). Tudo isso sem falar na interminável disputa em torno da titularidade do serviço”. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009, p. 175).

16 As agências reguladoras somente passam a integrar a realidade brasileira na década de 1990, com o programa de privatizações do Governo Federal. O modelo que se mostrava bastante inovador já era muito utilizado por outros países, como destaca Pedro Filipe Gonçalves da Rocha: “Se, no panorama europeu, as autoridades reguladoras começaram a surgir apenas no pós-guerra, a sua origem remonta a muito antes, com a aprovação, pelo Governo Federal dos Estados Unidos da América do *Interstate Commerce Act*, em 1887, e com a instituição da *Interstate Commerce Commission*, que reunia importantes poderes no domínio ferroviário. Coube a Thatcher a importação, para o panorama europeu, da experiência regulatória estadunidense. Daí, o fenômeno da regulação por autoridades reguladoras difundiu-se por toda a Europa, nomeadamente visando a abertura dos mercados”. (ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*. Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abr. 2020, p. 4. Disponível em: [https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public\\_38.pdf](https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf). Acesso em: 09 set. 2020).

17 Destaca Sílvio de Salvo Venosa: “Quando o ordenamento desejar estimular certos comportamentos sociais, incentiva determinadas condutas, estas assim denominadas sanções premiaiais, prevendo que determinada ação ou omissão seja estimulada de alguma forma. Assim, é possível concluir que as sanções punitivas são os castigos, e as positivas são as premiaiais. As sanções punitivas decorrem da violação da norma, enquanto que as sanções premiaiais ou compensatórias decorrem de ações positivas benéficas para a sociedade”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 10 ago. 2020).

A definição da partilha de riscos sempre foi uma crítica apontada à Lei Geral de Concessões<sup>18</sup>, que tem delimitação insuficiente. A previsão expressa, e com detalhamento para a existência de matriz de riscos específica, surge somente na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei federal nº 11.079/2004).

Diante desse cenário de incertezas jurídicas, foi instalada a controvérsia sobre a distribuição dos riscos por conta dos efeitos (de receita e de despesas) decorrentes da pandemia. Teses defendem o risco integral da Administração Pública, por fato do príncipe ou de força maior; outros defendem o compartilhamento de ônus em virtude da ausência de causa por parte do Poder Público.

Não são raras as opiniões que vociferam contra os contratos, alegando que são mal dimensionados ou que apresentam falha na concepção, o que não pode ser tomado como uma verdade absoluta.

Há de se frisar que os contratos de concessão de serviços públicos, por sua grande parcela de investimentos e infraestrutura, são de longa duração e com grande complexidade, o que gera uma característica natural de incompletude. É absolutamente impossível prever em um único instrumento contratual todas as hipóteses de acontecimentos passíveis de serem enfrentados em duas ou três décadas.

A teoria da incompletude dos contratos pressupõe que estruturação é sempre de longo prazo, o que torna fundamental o reconhecimento da sua natural incompletude e, por conseguinte, da necessidade de mecanismos que confirmem flexibilidade às partes para adaptação às novas realidades. Quanto mais incompleto, mais naturalmente mutável será o contrato, o que coloca em causa, por se tratar de contrato submetido ao Direito Público, a contraposição de limites e valores como a concorrência, que tornam mais complexa a sua adaptabilidade<sup>19</sup>.

As lacunas do contrato, principalmente quando tratam de partilha de riscos, trazem para o regulador a árdua tarefa de mediar conflitos e instaurar procedimentos que podem levar a grandes discussões regulatórias ou até mesmo judiciais, o que aponta, infelizmente, como um dos caminhos futuros para a responsabilização pelas perdas econômicas decorrentes da pandemia da COVID-19. Como bem destaca Flávio Amaral Garcia<sup>20</sup>:

A incompletude contratual e a construção de soluções participativas, negociadas e dialógicas, conta, nos setores duplamente regulados, com o papel fundamental da Agência que tem, entre outras, a missão de manter o equilíbrio sistêmico de todos os interesses que estão em jogo e que transcendem apenas àqueles afetos as partes no contrato. Daí se cogitar de uma função integrativa que, a partir do método da ponderação, contribua para a evolução dinâmica do marco regulatório traçado no contrato, com a sua releitura como fruto de novas circunstâncias e contingências que surjam no decorrer da sua execução.

## 2.4 Ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos

Aliado aos desafios dos contratos incompletos, que pedirão forte atuação do ente regulador na integração das normas e interpretação dos instrumentos contratuais, temos

18 A grande controvérsia sobre a divisão de riscos decorre da equivocada redação da Lei federal nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), pois o art. 2º, III, atribuiu ao concessionário um conjunto de riscos ao cravar a expressão “por sua conta e risco”, dando-se a entender que todo risco oriundo do contrato seria de exclusiva responsabilidade do concessionário desde a assunção da delegação dos serviços públicos. (OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.81).

19 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago., 2014, p. 79.

20 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago., 2014, p.80.



um histórico bastante consistente – principalmente nos contratos antigos –, de ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos.

A regulação setorial do saneamento básico trouxe para a agência reguladora uma tarefa relevante para a resolução de conflitos entre prestador e poder concedente, em especial por sua função de regular e fiscalizar o contrato. Entretanto, havendo discordância dessa mediação ou insatisfação das partes, é possível que outras arenas e avaliações possam ser acionadas, notadamente a arbitragem.

O procedimento arbitral conquistou recentemente a simpatia dos contratantes por conta da especialidade que reveste a atuação do árbitro (em detrimento das incertezas do Poder Judiciário diante de casos extremamente complexos), além da possibilidade de maior agilidade no deslinde da controvérsia.

Ocorre que os contratos mais antigos simplesmente não possuem cláusulas para a arbitragem e mediação e os mais recentes contam com cláusulas vazias<sup>21</sup>, o que dificulta o processo de busca por soluções otimizadas e mais céleres que o Judiciário diante da existência de conflitos.

Dessa forma, emerge a relevância do regulador na busca por soluções consensadas e ponderadas na distribuição dos riscos decorrentes das perdas oriundas da pandemia da COVID-19, não só pela incompletude dos contratos no tocante à matriz de riscos, mas também pela ausência ou deficiência de cláusulas de soluções alternativas.

A remessa de tais debates ao Poder Judiciário não se mostra adequada por vários fatores, principalmente: 1) ausência de conhecimentos técnicos sobre os serviços regulados (especialidade); 2) os crônicos e notórios problemas de morosidade (que não podem refletir em serviços contínuos); e 3) o papel de articulador especialmente conferido ao ente regulador.

### **3 POSIÇÃO DO REGULADOR DIANTE DA PANDEMIA**

Diante das dificuldades elencadas, que impuseram desafios ao setor de saneamento básico, não só pela falta de regras claras nos contratos, mas também pela necessidade de assegurar aos usuários a continuidade da prestação dos serviços em cenário de severos impactos sociais e econômicos, o regulador foi chamado a se manifestar.

Algumas ações propositivas foram traçadas, sendo a primeira a postura colaborativa do regulador. Evitar ambiente de hiper-regulamentação e assumir o papel de ouvinte otimizam o entendimento dos problemas e trazem clareza para compreensão das soluções tomadas pelos prestadores para assegurar a continuidade dos serviços. Nesse sentido, as recomendações da ABAR<sup>22</sup>:

Levando em consideração a regulação infranacional, visando garantir a continuidade da prestação dos serviços de água e esgoto na fase crítica da crise, tem-se como macro diretriz que o regulador deve assumir postura colaborativa, compreendendo as dificuldades do momento e o nível de informações reportadas pelos regulados (art. 20 e 24 da Lei de Introdução às Normas do direito Brasileiro (LINB)).

---

21 Na cláusula incompleta, ou vazia, as partes precisam de consenso para iniciar a arbitragem, pois os elementos essenciais de validade não estão explícitos, como o número de árbitros ou sua forma de escolha, o lugar da arbitragem, entre outros. Não havendo convergência quanto aos elementos incompletos, somente resta à parte buscar o Poder Judiciário para que seja suprido o vazio.

22 Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020, p.4.

Outra ação foi o intercâmbio constante de informações e levantamento de dados, com o especial propósito de mensurar os impactos decorrentes da pandemia e diminuir assimetrias de informações.

Pautou-se, também, o problema da onerosidade excessiva. Como os prestadores apresentam queda considerável nas receitas e não conseguem fazer frente aos investimentos inicialmente pactuados, foram propostas revisões das metas impostas pelo regulador, do cronograma de investimentos do contrato e das não-conformidades apontadas na prestação dos serviços.

Para atendimento às necessidades básicas dos usuários, foram sugeridas medidas que suspendem cortes, prorrogam vencimentos de contas e outros incentivos concedidos por ato do titular para garantir o isolamento social sem prejuízo dos serviços.

São incentivadas as trocas de correspondências e documentos para comprovação das dificuldades dos prestadores em momento de epidemia, para que não haja dúvidas sobre o mérito de pleitos futuros, nos termos do art. 22 da LINDB<sup>23</sup>, que pondera os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (princípio da precaução e nível de informações disponíveis à época dos fatos).

Diante desse cenário e respeitando o poder normativo de cada agência reguladora infranacional, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR editou, em caráter voluntário<sup>24</sup>, recomendações para suporte aos reguladores.

Evidente que as diretrizes balizadoras tem a finalidade de sugerir ações positivas de uniformização, o que não exclui a liberdade de atuação empresarial dos prestadores para a busca de soluções gestadas pelo próprio serviço, notadamente após a edição da Lei de Liberdade Econômica<sup>25</sup>.

#### **4 MODELAGEM PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR<sup>26</sup>**

Dentre as recomendações de caráter voluntário que foram emitidas pela ABAR, destacamos três blocos temáticos: i) jurídicos e institucionais; ii) operacionais; e iii) econômico-financeiros.

23 Nesse sentido, conferir: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago., 2020.

24 Com a sanção da Lei federal nº 14.026/2020, passamos a ter a delegação de competências para edição de normas de referência por parte da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, sendo que a não adoção das normas de referência impede o acesso dos prestadores de serviços a recursos orçamentários da União ou a financiamento com entidades federais.

25 Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica (Lei federal nº 13.874/2019), ao evidenciar hipóteses de abuso do poder regulatório: “Art. 4º. É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

26 Destaca-se que as 20 ações aqui apresentadas configuram recomendações às Agências Reguladoras do país, reforçando a necessária articulação entre Regulador, Poder Concedente, Prestadoras e Usuários, dentro de um ambiente de Governança Regulatória dotado de segurança jurídica, considerando-se as especificidades de cada prestadora e de seus respectivos contratos e/ou forma de constituição/atuação. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020, p.9).

#### 4.1 Aspectos jurídicos e institucionais

*Recomendação nº 1. Ações recomendadas quando a prestação de serviços de água e esgoto é realizada mediante contrato.*

Em se tratando de hipótese de prestação de serviços mediante contrato (concessão plena, contrato de programa e parceria público-privada), cientes da ausência de regras específicas e claras acerca de eventos como a pandemia – o que é próprio de contratos de longo prazo, que não conseguem capturar todos os cenários possíveis de imprevisão (incompletude dos contratos), recomenda-se ao regulador:

- Acionar junto aos regulados o dever de informar, minimizando, assim, as assimetrias de informações que possam existir em eventual revisão ou repactuação de investimentos ou cláusulas do contrato;
- Analisar a matriz de riscos do contrato, quando existente, e avaliar a distribuição de responsabilidades diante de eventos imprevistos, como os relacionados à pandemia;
- Verificar a existência de cláusula de solução negociada (autocompositiva) de mediação, para consulta às partes sobre eventual interesse em acordo de consensualidade (intermediado pelo regulador), em busca de configuração da partilha de riscos (quando inexistente ou incompleta no contrato);
- Verificar a existência de seguro contratual para a cobertura de danos decorrentes de caso fortuito ou de força maior (redução de receita, por exemplo);
- Levantar informações sobre Termos de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público e avaliar potenciais impactos na prestação dos serviços; e
- Reavaliar prazos processuais, Termos de Ajustamento de Conduta assinados com a Agência e aplicação de sanções pelo regulador, na busca de soluções alternativas em casos que não afetem a continuidade e a qualidade dos serviços de água e esgoto.

*Recomendação nº 2. Ações recomendadas quando não há contrato para prestação de serviços de água e esgoto.*

Em se tratando de hipótese de prestação de serviços sem contrato, quer seja em razão da ausência de contrato de programa ou por prestação por entidade de Administração Direta (Departamentos) ou Indireta (Autarquia) dos Municípios, recomenda-se à Agência:

- Procedimentalizar, por meio de Resolução ou Deliberação, a relação jurídico-regulatória entre regulador e regulado em situação de pandemia, impondo-se ao ente regulado o dever de informar sobre receitas, isenções e prorrogações de pagamentos, bem como ações emergenciais tomadas que possam impactar na tarifa;
- Orientar, em ação coordenada com os titulares dos serviços, a emissão de qualquer ato administrativo que impacte na prestação de serviços regulados, como: proibição de corte, suspensão de pagamentos, isenções para tarifas sociais, entre outros;
- Levantar informações sobre Termos de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público e avaliar potenciais impactos na prestação dos serviços; e
- Reavaliar prazos processuais, Termos de Ajustamento de Conduta assinados com a Agência e aplicação de sanções pelo regulador, na busca de soluções alternativas em casos que não afetem a continuidade e a qualidade dos serviços de água e esgoto.

### *Recomendação nº 3. População vulnerável.*

Passada a etapa mais crítica da pandemia, recomenda-se às Agências a organização de uma base de informações acerca de áreas vulneráveis e assentamentos irregulares, em geral, não cobertas por ações das prestadoras de serviços nos contratos e planos municipais de saneamento básico. O objetivo é prover subsídios para que o Poder Concedente estabeleça políticas públicas para a prestação de serviços formais a essa população, em parceria com as prestadoras de serviços e outros entes públicos. Ademais, cabe ainda estabelecer procedimento de atualização da base de dados dos usuários beneficiados pelas tarifas sociais.

## **4.2 Aspectos operacionais**

Para o enfrentamento de emergências de saúde pública, além das ações de proteção individual para os trabalhadores do setor, recomenda-se que sejam adotadas as seguintes ações técnicas e operacionais, bem como a realização de investimentos que visem minimizar os impactos para o usuário e para a prestadora de serviços de água e esgoto.

### *Recomendação nº 4. Suspensão temporária dos cortes por inadimplência.*

É recomendável que as Agências Reguladoras, quando for o caso, regulamentem a suspensão temporária dos cortes de fornecimento de água, em especial de usuários das categorias sociais e de serviços essenciais. Além disso, que solicitem às prestadoras reguladas, em prazo a ser estipulado pela Agência, levantamento dessas ocorrências e a apresentação de propostas contendo critérios que balizem a religação de usuários que tiveram o fornecimento de água cortado, visando minimizar tanto os impactos sociais como os impactos financeiros para os outros usuários e para a prestadora;

### *Recomendação nº 5. Calendário para retomada dos cortes por inadimplência.*

As Agências podem estabelecer, em conjunto com as prestadoras reguladas, um calendário planejado da retomada do corte por inadimplência para momento oportuno, com possibilidade de renegociação e parcelamento de débitos, considerando a retomada gradual da economia e a fragilidade financeira de uma parcela dos usuários. É fundamental que seja dada publicidade ao calendário, bem como aos critérios de renegociação e parcelamento de débitos;

### *Recomendação nº 6. Canais de atendimento adequados aos usuários.*

Considerado o estado de calamidade pública por conta da pandemia da COVID-19, muitos dos serviços presenciais foram suspensos. Nesse sentido, é recomendável que as Agências Reguladoras atuem junto às prestadoras, avaliando e monitorando a disponibilidade e efetividade de canais alternativos de atendimento aos usuários, em especial para registros de reclamações sobre a qualidade e a falta de água, bem como problemas de cadastro na tarifa social. Além disso, recomenda-se às Agências o estabelecimento de canais alternativos de comunicação que orientem os usuários quanto às formas de contato com as prestadoras;

*Recomendação nº 7. Fiscalizações de campo.*

A recomendação é que as Agências avaliem a possibilidade de suspender temporariamente as fiscalizações de campo que não estejam diretamente ligadas a garantir a continuidade e a qualidade do fornecimento de água, priorizando a atuação em regiões mais vulneráveis e com registros de intermitências. No serviço de esgotamento sanitário, recomenda-se que as Agências solicitem das prestadoras informações acerca dos procedimentos adicionais de segurança que estão sendo adotados pelas equipes de manutenção e operação, haja vista a possibilidade de a COVID-19 ser transmissível pelo esgoto. Excetuam-se casos emergenciais, em que a presença da Agência Reguladora é indispensável;

*Recomendação nº 8. Fiscalizações remotas/indiretas.*

As fiscalizações podem seguir de maneira remota, por meio de monitoramento e avaliação de indicadores, e de acompanhamento de informações de incidentes, interrupções programadas e reclamações de usuários. É importante que sejam monitorados, em especial, os registros de reclamações de falta de água ou redução de pressão, com o menor intervalo de tempo possível, para identificação tempestiva de problemas sistêmicos de abastecimento de água;

*Recomendação nº 9. Ações de contingência/emergência.*

É importante que as Agências Reguladoras acompanhem as ações de contingência/emergência planejadas pelas prestadoras, de forma a garantir o abastecimento de usuários das categorias sociais e de serviços essenciais, nos casos em que essas se fizerem necessárias;

*Recomendação nº 10. Prazos de regularização de não conformidades.*

Visando otimizar as ações de equipes operacionais das prestadoras, recomenda-se que as Agências Reguladoras avaliem a possibilidade de suspensão temporária de prazos para a regularização de não conformidades de menor impacto aos serviços, e que não estejam diretamente relacionadas à qualidade da água e/ou que possam gerar danos ao meio ambiente. Oportunamente, podem estabelecer um cronograma para repactuação dos prazos de regularização, de acordo com o cenário local;

*Recomendação nº 11. Planos de investimentos.*

A partir de uma análise da gravidade dos impactos no fluxo de caixa das prestadoras, na disponibilidade de recursos para financiamento, nas questões sanitárias e trabalhistas para a retomada das obras e outras, sugere-se que seja avaliada, em conjunto com prestadoras e municípios e/ou estados, a suspensão ou postergação de alguns investimentos, levando-se em conta o previsto nos planos municipais de saneamento básico. Em casos extremos, em que essa medida contribua para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras e cause menor impacto aos usuários, sugere-se a repactuação formal de metas e de planos de investimentos, visando dar maior segurança jurídica aos atores envolvidos na prestação de serviço. É importante atentar para possíveis impactos no processo de universalização dos serviços;



*Recomendação nº 12. Prazos de atendimento de serviços acessórios.*

Sugere-se que as Agências Reguladoras avaliem, em conjunto com as prestadoras reguladas, a possibilidade de flexibilização temporária dos prazos de atendimento de serviços acessórios (fornecimento de diretrizes, reposição de pavimentos, emissão de certificados, entre outros) e que não estejam diretamente relacionados à qualidade, continuidade e universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. O período e o nível da flexibilização devem ser avaliados de acordo com o cenário local;

*Recomendação nº 13. Leitura de hidrômetros.*

Sugere-se que as Agências Reguladoras avaliem, em conjunto com as prestadoras reguladas, a possibilidade de flexibilização do faturamento, permitindo a utilização da média de medições anteriores e/ou a alteração do período de leitura, considerando as restrições locais e o risco de contaminação dos funcionários que exercem tal atividade de leitura. No caso de adoção da autoleitura, garantir que os canais de atendimento operem de maneira adequada; e

*Recomendação nº 14. Aprimoramento dos planos de contingência/emergência.*

Considerando as lições aprendidas por conta da crise causada pela COVID-19, recomenda-se às Agências Reguladoras a revisão de normativos afetos ao tema, notadamente, medidas de contingência e de emergência, utilizando a crise como catalisador de melhorias e inovações para o aumento da resiliência do setor de saneamento.

### **4.3 Aspectos econômico-financeiros**

Em decorrência da pandemia, instaurou-se uma crise econômica no país. Os parágrafos seguintes apresentam diretrizes que objetivam mitigar os impactos aos usuários e garantir a sustentabilidade econômico-financeira das prestadoras de serviços de água e esgoto.

*Recomendação nº 15. Processos tarifários.*

No contexto da pandemia, recomenda-se avaliar a pertinência de suspensão temporária das revisões e reajustes tarifários. Os usuários, em geral, enfrentam considerável redução de renda e conseqüente perda do poder de compra. Essa medida visa reduzir o comprometimento da renda das famílias nesse momento crítico. Entretanto, é essencial que haja mensuração dessas perdas e compensação futura para as prestadoras de serviços;

*Recomendação nº 16. Inadimplência.*

Estabelecer regramentos para endereçar o possível crescimento da inadimplência, especialmente em função de medidas de limitação nos cortes por ausência de pagamento. Recomenda-se a realização de estudos sobre alterações nos parâmetros de inadimplência, bem como a adoção de medidas que garantam, no mínimo, o parcelamento de débitos acumulados durante a pandemia;

### *Recomendação nº 17. Tarifa Social.*

É necessário resguardar a saúde e a segurança dos usuários, especialmente daqueles em situação de vulnerabilidade social, promovendo medidas de negociação de multas e juros por atraso de pagamento. Adicionalmente, recomenda-se fornecer a esses usuários condições adequadas de renegociação de débitos, bem como fomentar a criação de canais virtuais para cadastramento na Tarifa Social, uma vez que a limitação de atendimento presencial tem sido uma constante nesse período de isolamento;

### *Recomendação nº 18. Monitoramento de indicadores e informações.*

É de suma importância o monitoramento de informações e indicadores que permitam uma correta mensuração dos efeitos da pandemia. É recomendável que a frequência de apuração desses dados seja mensal e que observe, no mínimo, questões relacionadas a faturamento, arrecadação, liquidez, endividamento e inadimplência;

### *Recomendação nº 19. Impactos sobre fluxo de caixa.*

Recomenda-se a solicitação às prestadoras reguladas de uma avaliação dos impactos em seus fluxos de caixa decorrentes das medidas de suspensão de corte e de isenções ou postergações de cobranças aos usuários. Devem ser observadas também outras ações que impactam o fluxo de caixa das prestadoras de serviços, tais como renegociações de empréstimos, reavaliação de investimentos, cumprimento e revisão de *covenants*; e

### *Recomendação nº 20. Equilíbrio econômico-financeiro.*

Os reguladores devem procurar manter o equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras e, simultaneamente, reduzir o impacto aos usuários. Para isso, deve ser avaliada, conforme a situação e disponibilidade de caixa dos regulados, a possibilidade de que os impactos da pandemia sejam compensados de forma fracionada no tempo. Além disso, pode-se avaliar, em conjunto com os diferentes poderes, formas alternativas para buscar o reequilíbrio, tais como o acesso a recursos de orçamento geral e eventuais prorrogações contratuais.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O trabalho pretendeu mostrar, em breves linhas, os impactos provocados pela pandemia da COVID-19 nos serviços de saneamento básico, notadamente para o abastecimento de água e esgotamento sanitário e as estratégias regulatórias adotadas para o enfrentamento da crise.

Ao ente regulador infranacional, coube a missão de adotar postura colaborativa para apoiar os prestadores na tarefa de conciliar a manutenção dos serviços em condições adequadas, mesmo diante de restrições sanitárias, dificuldades operacionais e queda de arrecadação.

Dentre os comandos normativos mais comuns, estão: i) a proibição de interrupção no fornecimento de água, mesmo em situações de inadimplência; ii) a gratuidade do serviço para os usuários beneficiários da tarifa social; iii) o abastecimento, mesmo que de forma alternativa, às populações que ainda não têm acesso aos serviços; iv) a proibição de cobrança de multas e juros sobre contas que não forem pagas; v) a postergação/diferimento de reajustes e revisões tarifárias; e vi) a obrigatoriedade de utilização de equipamentos de

proteção individual (EPIs) específicos.

Em termos contratuais e de modelagem econômica, o cenário da pandemia desafia a clássica formatação dos contratos administrativos de concessão e de programa. A falta de mecanismos legais para o adequado enfrentamento das novas medidas esperadas – tanto no campo das adaptações técnicas para manutenção dos serviços, quanto na perspectiva tarifária para a viabilidade do negócio –, gera expectativas e insegurança jurídica.

Nesse sentido, com o intuito de agregar um padrão mínimo de segurança jurídica e de previsibilidade, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, respeitando o poder normativo inerente a cada agência reguladora infranacional, em caráter voluntário, editou recomendações para suporte aos reguladores.

As diretrizes balizadoras são apenas orientações e têm a finalidade de sugerir ações positivas de uniformização, e não excluem a liberdade empresarial e a gestão do negócio por parte dos prestadores na busca por soluções otimizadoras dos serviços.

As vinte recomendações emitidas abrangem aspectos jurídicos e institucionais, questões operacionais relevantes e aspectos econômico-financeiros.

O documento da Associação enfrenta com rigor os seguintes pontos: 1) desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da COVID-19 (dificuldades operacionais e alterações de protocolos para redução de riscos de contaminações); 2) a situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento, tanto na prestação direta, quanto nos serviços delegados mediante concessão; 3) a falta de clareza na definição das normas diante da imprevisibilidade que caracteriza a pandemia, bem como as fragilidades de conteúdo dos contratos de concessão; 4) a ausência de cláusulas contratuais de autocomposição; 5) dificuldades de posicionamento do ente regulador diante do impensado cenário de pandemia; e 6) a solução jurídica proposta, por ato voluntário, através de vinte recomendações da ABAR.

Questões de maior complexidade, que envolvam reequilíbrio de tarifas, revisão de cronograma de obras e investimentos, eventual discussão sobre matriz de riscos e o devido compartilhamento de responsabilidades, serão pensadas após a fase aguda da crise, momento em que haverá espaço para rodadas de negociações consensuais – sempre com a mediação preponderante da agência reguladora –, buscando adaptar os padrões da prestação de serviços ao “novo normal”.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018*. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657/1942, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm). Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Decreto federal nº 7.217/2010, de 21 de junho de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm). Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Decreto federal nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm). Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.107/2005, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm). Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.445/2007, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm). Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 13.874/2019, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm). Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 14.026/2020, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6). Acesso em: 08 set. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago., 2014.

GONÇALVES, Pedro Costa. Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. In: *Observatório Alameda*, Lisboa – maio/2020. Disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>. Acesso em: 10 set. 2020.

GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 1064 e segs. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol112/iss5/8>. Acesso em: 02 set. 2020.

LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio; PEGORETTI JÚNIOR, Carlos Roberto. *Da autonomia municipal*. Disponível em: <https://www.semanaacademica.org.br/system/files/artigos/meu4oartigo.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MAÇÃS, Maria Fernanda. O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes, Coimbra: *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, jul./ago., 2006.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago., 2020.

ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*. Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abr. 2020, p.4. Disponível em: [https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public\\_38.pdf](https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf). Acesso em: 09 set. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 10 ago. 2020.

---

**Recebido em:** 11.09.2020

**Aprovado em:** 21.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Prestação de serviços públicos de saneamento básico, regulação e os impactos da pandemia da covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.197-213, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-12.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# COVID-19 E CORRUPÇÃO NO BRASIL: DESAFIOS E RECOMENDAÇÕES DE GOVERNANÇA EM SITUAÇÃO DE CRISE

## COVID-19 AND CORRUPTION IN BRAZIL: GOVERNANCE CHALLENGES AND RECOMMENDATIONS IN A CRISIS SITUATION

Ligia Maura Costa <sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo a análise da crise global de saúde causada pela COVID-19 e os aspectos relacionados à corrupção no Brasil. Essa pandemia trouxe várias possibilidades e oportunidades para a corrupção. Existe uma grande preocupação de que os fundos públicos possam ser apropriados por agentes públicos e privados e prejudicar os movimentos para reter a explosão, a disseminação e a contenção do vírus SARS-CoV-2 no país. A corrupção pode prejudicar a resposta governamental à pandemia e certamente nega o acesso às pessoas ao sistema de saúde pública. É uma pesquisa teórica baseada em trabalhos específicos sobre corrupção no setor da saúde. O Brasil foi selecionado como amostra desta pesquisa por dois motivos principais. Primeiro, é um país em desenvolvimento onde a corrupção é um grande desafio. Segundo, pouquíssimos estudos analisaram o setor de saúde brasileiro e os impactos da corrupção durante uma crise de pandemia. As recomendações deste artigo indicam que os mecanismos de transparência e prestação de contas no processo de compras públicas por meio da autorregulação da indústria em projetos de ação coletiva podem melhorar e fortalecer a luta contra a corrupção e o vírus SARS-CoV-2 no Brasil.

**Palavras-chave:** contratação pública; corrupção; covid-19; governança; saúde pública; transparência.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the health crisis caused by COVID-19 and corruption aspects in Brazil. There is a major concern that public funds may be appropriated by private and public agents and undermine the movements to slow down the outburst, spread, and containment of the SARS-CoV-2 virus in the country. It is a theoretical research based on specific works on corruption in the health sector. Brazil was selected as sample of this research for three primary reasons. First, it is a developing country where corruption is a major challenge. Second, very few studies have analyzed the Brazilian health sector and the impacts of corruption during a pandemic crisis. Third, Brazil has one of the largest number of COVID-19 cases globally. Recommendations indicate that transparency and accountability mechanisms in the public procurement process through industry self-regulation in collective action projects may improve and strengthen battling corruption and the SARS-CoV-2 virus.

**Keywords:** corruption; covid-19; governance; public health; public procurement; transparency.

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Negociações Internacionais pela Sciences Po/Paris. Doutora em Direito Internacional pela Université de Paris-X. Mestra em Direito do Comércio Internacional (DESS) pela Université de Paris-X. Livre-Docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Professora Titular e Coordenadora do Centro de Pesquisas FGVethics da Escola de Administração de Empresas de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas (FGV EAESP). Membro da Academic Initiative Against Corruption (ACAD) e do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

Os países ao redor do mundo enfrentam uma crise global de saúde pública com a rápida disseminação do vírus SARS-CoV-2 e da doença que ele causa – a COVID-19. O surto pandêmico está afetando a todos os países, desenvolvidos e em desenvolvimento. As nações estão lutando para controlar a pandemia da COVID-19. A promoção da saúde e da segurança para todos os cidadãos é uma prioridade dos governos. Mais de 38 milhões de pessoas tiveram o vírus e mais de 1 milhão de pessoas já morreram na batalha contra ele. Esses números são preocupantes e aumentam dia após dia. O SARS-CoV-2 é um vírus invisível, mas a corrupção também. Infelizmente, a corrupção pode prosperar em tempos de crise, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil. Esta pandemia expôs mais do que nunca rachaduras nos sistemas públicos de saúde em todo o mundo e mostrou várias possibilidades e oportunidades de condutas corruptas. A corrupção pode prejudicar a resposta governamental à pandemia e certamente negar às pessoas o acesso ao sistema público de saúde. De acordo com um relatório da Transparência Internacional, a corrupção no setor da saúde, a nível global, gera perdas regulares de mais de US\$500 bilhões por ano. A corrupção prejudica a capacidade governamental de oferecer os cuidados de saúde adequados, principalmente para os mais necessitados.

O Brasil atualmente está entre os cinco países mais afetados, no mundo, pela COVID-19, de acordo com o site Worldometer<sup>2</sup>. De acordo com o site do Ministério da Saúde<sup>3</sup>, o país tem mais de 5.000.000 de pessoas infectadas e mais de 150.000 mortos, até 12 de outubro de 2020, a maioria desses casos está localizada na rica região sudeste, representada pelos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro. Ainda assim, os sistemas de saúde dos estados mais pobres do Brasil são os que mais sofrem com as deficiências sistêmicas que estão tornando, praticamente, impossível uma resposta eficaz à COVID-19. Responder a um surto, requer velocidade e não burocracia. O Congresso Brasileiro aprovou o Decreto Legislativo nº 6, em 20 de março de 2020<sup>4</sup>, que reconheceu o estado de calamidade pública no país a vigorar até 31 de dezembro de 2020, e o governo estabeleceu um pacote emergencial de apoio com recursos de mais de R\$ 500 milhões para combater a COVID-19.<sup>5</sup> Esta pandemia é vista, por muitos, como uma oportunidade de práticas corruptas. Devido ao estado de calamidade pública, houve um “relaxamento” legal das regras de contratação pública no país. Sem depender de políticas e programas anticorrupção tradicionais para identificar e prevenir a corrupção, os recursos públicos poderão ser desviados e seus respectivos documentos falsificados.

A corrupção pode minar a resposta do governo brasileiro à pandemia e, com isso, certamente negar o acesso das pessoas mais necessitadas ao sistema público de saúde. Com esses grandes desembolsos de recursos públicos, pode ocorrer a tentação de alguns atores dos setores tanto público quanto privado de posicionar a urgência e a rapidez acima de tudo, inclusive acima da integridade. Como a pandemia da COVID-19 continua se espalhando por todo o país, é importante discutir sobre as vulnerabilidades do Brasil, que o tornariam mais suscetível à corrupção no seu sistema de saúde público. Identificar a corrupção antes que ela aconteça pode ajudar a levar os cuidados necessários de saúde pública para aqueles que mais precisam.

---

2 WORLDOMETER. *Coronavirus update*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>. Acesso em: 10 set. 2020.

3 Ministério da Saúde. *Painel Coronavirus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 set. 2020.

4 Decreto Legislativo n.6, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso em: 10 set. 2020.

5 V. Tesouro Transparente. *Monitoramento dos gastos da União com combate à COVID-19*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2020.

## 2 REVISÃO DA LITERATURA

A corrupção emerge nas fronteiras entre os setores público e privado<sup>6</sup>. Ela afeta a eficiência e a legitimidade das atividades do Estado e distorce os critérios pelos quais as políticas públicas são decididas<sup>7</sup>. A corrupção prejudica a boa governança. Na maioria dos países em desenvolvimento, como o Brasil, a corrupção se tornou sistêmica.

Tabela 1 – Brasil: Índice de Percepção da Corrupção TI

BRASIL		
Ano	Índice/ Pontos	Ranking/Países
2019	35/100	106/180
2018	35/100	105/180
2017	37/100	96/180
2016	40/100	79/176
2015	38/100	76/167
2014	43/100	69/174

Fonte: Transparência Internacional, 2020

Em termos gerais, a corrupção é compreendida como o uso indevido de recursos públicos por funcionários públicos, para ganhos privados. Dentre as definições mais aceitas na literatura especializada, a corrupção é definida como “abuso de cargo público para ganho privado”<sup>8</sup>. É uma definição usada por uma ampla gama de instituições internacionais e ONGs, incluindo o Banco Mundial (BM), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Transparência Internacional (TI). Considerada pela TI como um dos maiores desafios do mundo moderno, a corrupção pode paralisar a boa governança governamental, distorcer políticas públicas, causar má alocação de fundos e recursos públicos, prejudicar o setor privado e afetar principalmente a população mais vulnerável<sup>9</sup>. Como já escrevia Nye, em sua obra clássica, a corrupção é um “comportamento que se desvia dos deveres formais da função pública (eleita ou nomeada) por causa da riqueza dos ganhos ou do status privado (pessoal, família próxima, camarilha privada)”<sup>10</sup>. A corrupção pode ter várias formas, significados e funções em diferentes circunstâncias, que vão desde subornos simples até o mau funcionamento de todo o sistema político, econômico e jurídico.

A estrutura jurídica brasileira, tanto sob o prisma doméstico quanto internacional, estabelece padrões anticorrupção e inclui: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)<sup>11</sup>, a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários

6 ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption: a study in political economy*. Academic Press: New York, 1978.

7 YOU, J.-S.; KHAGRAM, S. A Comparative study of inequality and corruption. *American Sociological Review*, v.70, n.1, p.136-157, 2005. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/241644122\\_A\\_Comparative\\_Study\\_of\\_Inequality\\_and\\_Corruption](https://www.researchgate.net/publication/241644122_A_Comparative_Study_of_Inequality_and_Corruption). Acesso em: 10 set. 2020.

8 ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*, London: Cambridge University Press, 1999; KAUFMANN, D. Corruption: the facts. *Foreign Policy*, n. 107, 1997. Disponível em: [http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp\\_summer97.pdf](http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp_summer97.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

9 Transparência Internacional. 2001. *Annual report 2001*. Disponível em: [https://www.toronto.ca/ext/digital\\_comm/inquiry/inquiry\\_site/cd/gg/add\\_pdf/77/Procurement/Electronic\\_Documents/Miscellaneous/Transparency\\_Internation.pdf](https://www.toronto.ca/ext/digital_comm/inquiry/inquiry_site/cd/gg/add_pdf/77/Procurement/Electronic_Documents/Miscellaneous/Transparency_Internation.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

10 NYE, J. S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, v.61, n.2, p.417-427, jun. 1967, p.418.

11 V. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. 2004. Disponível em: [https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools\\_and\\_publications/UN-convention-against-corruption.html](https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html). Acesso em: 10 set. 2020.

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE contra a Corrupção)<sup>12</sup>, a Convenção da OCDE contra a Corrupção, a Lei Anticorrupção dos Estados Unidos da América (*Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*)<sup>13</sup>, Convenção Interamericana contra a Corrupção<sup>14</sup>, Lei Anticorrupção Brasileira<sup>15</sup>, Código Penal<sup>16</sup>, Código de Processo Penal<sup>17</sup>, Lei Antitruste<sup>18</sup>, Lei sobre Licitações e Contratos Públicos<sup>19</sup>.

Como as doenças, a corrupção existirá sempre. Mas esse fato não pode impedir uma tentativa de enfraquecer a doença, nem paralisar os esforços para curá-la. No Brasil, a corrupção pode desempenhar um papel negativo no lento combate ao surto, disseminação e contenção da COVID-19. Em grande medida, a corrupção sistêmica é um indicador de um estado não eficiente, o qual deve ser compreendido dentro de um contexto teórico mais amplo do que simplesmente o de uma governança frágil. A corrupção é permitida, senão estimulada, por alguns problemas no país e floresce devido à falta de responsabilização nos processos de licitação, da atuação de servidores públicos e atores privados, no controle dos recursos públicos<sup>20</sup>. A impunidade reina.

A Constituição Federal de 1988 (Constituição) diz em seu art. 196 que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>21</sup>

Ela estrutura o sistema de saúde brasileiro com base nos seguintes pilares: equidade, descentralização política e operacional, financiamento tripartite e universalização<sup>22</sup>. Além disso, a Constituição, no seu art. 199, determina que a saúde é uma atividade econômica livre à iniciativa privada, da seguinte forma: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”<sup>23</sup> A Lei Complementar n. 8.080/1990<sup>24</sup> estabelece as atribuições, competências e responsabilidades do Sistema Único de Saúde (conhecido pela sigla SUS) e a Lei

12 V. Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

13 V. *Foreign Corrupt Practices Act*. 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

14 V. Convenção Interamericana contra a Corrupção. 1996. Disponível em: [http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_B-58\\_against\\_Corruption.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp). Acesso em: 10 set. 2020.

15 V. Brazilian Clean Company Act. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%2C%20nacional%20ou%20estrangeira](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%2C%20nacional%20ou%20estrangeira). Acesso em: 10 set. 2020.

16 V. Código Penal Brasileiro. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

17 V. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

18 V. Lei Antitruste. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso). Acesso em: 10 set. 2020.

19 V. Lei sobre Licitações e Contratos Públicos. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

20 COSTA, L. M. The dynamics of corruption in Brazil: From trivial bribes to a corruption scandal. *Corruption scandals and their global impact*, ed. Abingdon-Thames: Routledge, 2018. pp. 189-203.

21 Constituição Federal. 1988. Art. 196. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte\\_en\\_us/anexo/constituicao\\_ingles\\_3ed2010.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

22 Constituição Federal. 1988. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte\\_en\\_us/anexo/constituicao\\_ingles\\_3ed2010.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

23 Constituição Federal. 1988. Art. 199. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte\\_en\\_us/anexo/constituicao\\_ingles\\_3ed2010.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

24 Lei n. 8.080. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

Complementar n. 8.142/1990<sup>25</sup> determina sobre a participação social e as transferências de recursos intergovernamentais no SUS. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (conhecida pela sigla ANS) foi assim criada para regular as relações contratuais públicas com o setor privado de assistência médico-hospitalar<sup>26</sup>.

Cohen, Mrazek e Hawkins lembram que embora a corrupção no sistema público de saúde, durante uma crise pandêmica, possa afetar toda a população de um país, geralmente são sobre os pobres e os mais vulneráveis que seus efeitos destrutivos são mais sentidos<sup>27</sup>. Alguns estudiosos argumentam que a corrupção pode ser considerada como a ameaça mais generalizada à gestão eficiente do setor da saúde pública, visto que esse setor está muito mais exposto às práticas corruptas, em razão de um grande número de motivos. As grandes somas de dinheiro envolvidas, o grande número de diferentes partes interessadas e a relação assimétrica entre profissionais de saúde e pacientes são apenas alguns desses motivos<sup>28</sup>.

De todas as atividades governamentais, as compras públicas são uma das atividades mais vulneráveis à corrupção<sup>29</sup>. Transparência, integridade, justiça, concorrência e responsabilidade são provavelmente os pontos mais importantes do mecanismo de compras públicas<sup>30</sup>. De certa forma, os países fazem uso das regras e regulamentos sobre compras públicas para promover objetivos de política pública, como o combate à corrupção<sup>31</sup>. De acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime<sup>32</sup>, cerca de 10-25 por cento dos recursos mundiais desembolsados nas compras públicas é desperdiçado em esquemas de corrupção. E, a sua maior parte está relacionada com às compras governamentais de suprimentos médicos e medicamentos.

A obra de Becker sobre crime e punição traz uma estrutura útil para projetar um sistema ideal de aplicação da lei contra a corrupção, onde criminosos racionais comparam o benefício de violar a lei com o possível custo da violação – probabilidade e severidade da punição (valor da pena, anos em prisão, etc.)<sup>33</sup>. O cálculo favorável a uma conduta corrupta deriva do resultado econômico feito por um indivíduo que acredita que não será pego e, portanto, nunca pagará por seu crime<sup>34</sup>. Os grandes montantes e a velocidade dos gastos de recursos públicos para o combate à COVID-19 pelo governo brasileiro, a execução das penas de prisão somente após esgotadas todas as opções de recursos, bem como, a “flexibilização” da regulamentação e do controle das compras públicas podem interferir no controle de fiscalização dos mecanismos anticorrupção e permitir que atores sejam eles do setor público quanto privado tirem proveito da crise pandêmica para ganho próprio e/ou benefício privado.

25 Lei n. 8.142. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

26 BARBOSA, A. P.; MALIK, A. M.. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. *Rev. Adm. Pública*, v. 49, n. 5, 2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122015000501143&lng=en&nrm=iso&tlng=pt#B5](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000501143&lng=en&nrm=iso&tlng=pt#B5). Acesso em: 10 set. 2020.

27 COHEN, J.; MRAZEK, M.; HAWKINS, L. Corruption and pharmaceuticals: strengthening good governance to improve access. In: CAMPOS, J. E.; PRADHAN, S. (Eds.) *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. World Bank, Washington, DC (USA), 2007, pp. 29-62. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/6848>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

28 AVELINO, George; BARBERIA, L. G.; BIDERMAN, C. Governance in managing public health resources in Brazilian municipalities. *Health Policy and Planning*, v.28, p.1-9, 2013. Disponível em: [https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/biderman\\_-\\_governance\\_in\\_managing\\_public\\_health\\_resources\\_in\\_brazilian\\_municipalities.pdf](https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/biderman_-_governance_in_managing_public_health_resources_in_brazilian_municipalities.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

29 OCDE. *Principles for integrity in public procurement*, 2009. <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

30 OCDE. *Principles for integrity in public procurement*, 2009. <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

31 NIJBOER, K.; SENDEN, S.; TELGEN, J. Cross-country learning in public procurement: An exploratory study. *Journal of Public Procurement*. v.17, n.4, p.449-482, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JOPP-17-04-2017-B001>. Acesso em: 10 set. 2020.

32 UNODC. *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances*. 2013. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook\\_on\\_anti-corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_and\\_the\\_management\\_of\\_public\\_finances.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf), p.1. Acesso em: 10 set. 2020.

33 BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v.76, n.2, p.169-217, mar./apr., 1968.

34 BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v.76, n.2, p.169-217, mar./apr., 1968.



As compras públicas são uma atividade econômica importante para os governos, representando um percentual importante do produto interno bruto (PIB) dos países. O setor da saúde, a aquisição pública de suprimentos médicos e medicamentos é uma das áreas mais vulneráveis à corrupção. Os recursos dedicados ao combate da COVID-19 podem ser desviados, ou podem ser mal administrados por corruptos e, assim, podem representar a diferença entre a vida e a morte para a população mais necessitada. A experiência mundial de epidemias anteriores mostra que se trata de um ambiente perfeito para o florescimento da corrupção, com perdas de mais vidas e diminuição da confiança do público. Isso nos traz algumas questões, tais como, i) se a corrupção no Brasil está desempenhando um papel negativo no controle do surto dessa doença, bem como, ii) se os fundos emergenciais estão sendo utilizados de forma adequada.

Elinor Ostrom apontou que

[...] um importante desafio que enfrentam os cientistas políticos é desenvolver teorias da organização humana com base na avaliação realista das capacidades e limitações humanas para lidar com uma variedade de situações que inicialmente compartilham alguns ou todos os aspectos de uma tragédia de comuns.<sup>35</sup>

Vários estudiosos afirmam que a corrupção deve ser vista como uma solução de problemas por meio de uma ação coletiva, e isso particularmente num contexto de corrupção sistêmica<sup>36</sup>. Ação Coletiva é definida como

[...] um processo colaborativo e sustentado de cooperação entre as partes interessadas ... [que] aumenta o impacto e a credibilidade da ação individual, traz jogadores individuais vulneráveis em uma aliança de organizações com ideias semelhantes e nivela o campo de jogo entre os concorrentes.<sup>37</sup>

A ação coletiva tem sido usada com sucesso como um método para combater a corrupção<sup>38</sup>. Existem quatro tipos principais de ação coletiva: i) declarações anticorrupção, ii) iniciativas baseadas em princípios, iii) certificação de coalizões empresariais e iv) pactos de integridade. O combate à corrupção deve permanecer sendo uma prioridade em tempos de crise e, neste caso particular, no surto da COVID-19. Uma ação coletiva de autorregulação do setor saúde contra a corrupção pode ser uma ferramenta importante.

### 3 RECOMENDAÇÕES

Este artigo se baseia numa seleção de relatórios de políticas públicas, livros e artigos de pesquisa, principalmente sobre corrupção e, em particular, sobre o setor da saúde. Seu principal objetivo é assim tentar promover o combate à corrupção durante as crises pandêmicas no setor da saúde pública por meio da autorregulação da indústria em projetos de ação coletiva. Para garantir transparência, prestação de contas e integridade nos processos

35 OSTRUM, E. *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Disponível em: [https://wtf.tw/ref/ostrom\\_1990.pdf](https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

36 ROTHSTEIN, B. Anti-corruption: the indirect 'big bang' approach. *Review of International Political Economy*, v. 18, n. 2, p. 228-250, 2011; MUNGIU-PIPPIDI, A. Contextual choices in fighting corruption: lessons learned, NORAD, Report 4/2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/countries/vietnam/48912957.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

37 WORLD BANK INSTITUTE. *Fighting corruption through collective action. A guide for business*, 2008. Disponível em: [https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighiting\\_corruption\\_through\\_collective\\_action.pdf](https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighiting_corruption_through_collective_action.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

38 PERSSON, A.; ROTHSTEIN, B.; TEORELL, J. Why anticorruption reforms fail. Systemic corruption as a collective action problem. *Governance*, v. 26, n. 3, p. 449-471, 2013.

de contratação pública, os projetos de ação coletiva devem contar com a participação de todas as partes interessadas (ONGs, academia, empresas multinacionais e domésticas, outros grupos de interesse e governos nos níveis federal, estadual e municipal). O objetivo final dos projetos de ação coletiva é criar condições para que todas as partes interessadas evitem as tentações da corrupção, em especial devido ao estado de calamidade pública e ao “relaxamento” das regras de contratação pública no país. Ao fortalecer a transparência, usar novas tecnologias e inteligência artificial e desenvolver um plano robusto de prevenção e detecção por meio de uma ação coletiva de autorregulação do setor de saúde contra a corrupção, o Brasil poderia estar em melhor posição para responder a uma pandemia em grande escala, como a COVID-19.

Dentre as modalidades de ação coletiva, nos parece que o pacto de integridade é o instrumento mais eficaz para prevenir a corrupção nas contratações públicas. Ele é um documento formal assinado pelo poder público contratante e pelos licitantes para cumprimento das melhores práticas e com a máxima transparência e prestação de contas. Um terceiro ator, geralmente uma organização da sociedade civil, monitora o processo e os compromissos assumidos por ambas as partes. As organizações da sociedade civil podem desempenhar um papel de supervisão, como atores para apoiar no monitoramento das ferramentas de responsabilização e na função de compartilhamento de informações, para impedir práticas corruptas. Todos os relatórios do monitoramento e dos resultados do projeto do pacto de integridade são disponibilizados ao público<sup>39</sup>.

Os pactos de integridade têm um importante custo operacional e podem, por essa razão, não ser a primeira escolha, principalmente durante uma crise pandêmica. Mas, nesta circunstância única, a corrupção não pode jamais ser ignorada. O monitoramento eficaz é a única maneira de evitar que atores corruptos avancem com seus comportamentos corruptos e de aumentar as ações disciplinares, sanções e penalidades contra eles. Pode-se argumentar que o monitoramento eficaz não é um custo, mas sim um investimento que pode salvar vidas. Na verdade, o surgimento de novas tecnologias digitais oferece ferramentas valiosas para todas as partes interessadas – principalmente, os governos, o setor privado e os cidadãos – para melhorar a transparência e a eficiência dos investimentos públicos no setor da saúde<sup>40</sup>.

Há alguns exemplos encorajadores de ferramentas digitais que são meios poderosos para erradicar a corrupção governamental, praticada por funcionários públicos inescrupulosos e por seus parceiros no crime no setor privado. Por exemplo, o Observatório da Despesa Pública (conhecido pela sigla em português ODP<sup>41</sup>) visa a contribuir para o aprimoramento do controle interno e funcionar como uma ferramenta de apoio à gestão pública brasileira; os resultados do ODP servem de subsídio para a realização de auditorias e fiscalizações conduzidas pela Controladoria-Geral da União (conhecida pela sigla CGU) em decisões estratégicas de monitoramento dos gastos públicos (site do ODP). Além disso, a plataforma InvestmentMap, lançada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)<sup>42</sup>, permite ao usuário acompanhar o andamento físico e financeiro de projetos de investimento público em

39 World Bank Institute. *Fighting corruption through collective action. A guide for business*. 2008. Disponível em: [https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting\\_corruption\\_through\\_collective\\_action.pdf](https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting_corruption_through_collective_action.pdf), p. 4. Acesso em: 10 set. 2020.

40 MORENO, L.A. How tech can fight corruption in Latin America and the Caribbean. *World Economic Forum*, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/12/how-technology-is-becoming-a-powerful-ally-in-the-fight-against-corruption-in-latin-america-and-the-caribbean>. Acesso em: 10 set. 2020.

41 Observatório da Despesa Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/informacoes-estrategicas/observatorio-da-despesa-publica>. Acesso em: 10 set. 2020.

42 Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

países da América Latina, por meio de visualizações de dados e mapas georreferenciados. A plataforma incentiva a participação dos cidadãos por meio de comentários, recomendações e demandas aos formuladores das políticas públicas, bem como, através do compartilhamento de fotos relativas ao andamento dos projetos (site do BID<sup>43</sup>). Diante do desafio histórico da COVID-19 à corrupção, a plataforma InvestmentMap já desenvolveu um módulo específico para monitorar os gastos de recursos nesta crise pandêmica. (site do BID<sup>44</sup>).

A Transparency International Brasil analisou sites de todos os 26 estados brasileiros e do Distrito Federal, com relação às informações fornecidas para os contratos de licitação pública relacionados à Covid-19, no início de maio de 2020<sup>45</sup>. A conclusão de primeiro relatório sobre o tema mostra que 4 dos 26 estados e o Distrito Federal apresentam um excelente nível de transparência. Poucos têm um bom nível e a maioria tem um nível regular de transparência. Dois estados têm um nível de transparência muito baixo.

<b>Transparência nas Contratações Públicas.</b>	
<b>Nível de Transparência</b>	<b>Número de estados e DF</b>
Excelente	4
Ótimo	9
Bom	12
Ruim	2

Fonte: Transparência Internacional, 2020

No que diz respeito às recomendações para o combate à corrupção no setor saúde durante a crise da COVID-19, este estudo propõe o que segue:

- Formulação de estratégias de longo prazo para reforçar os compromissos com a boa governança.
- Promoção da transparência e da responsabilidade através das publicações no site dos governos (federal, estadual e municipal) de todas as informações relacionadas aos recursos liberados e dos contratos públicos para aquisição, com nomes e informações sobre a propriedade das empresas que celebraram os contratos etc.
- Incentivo às ferramentas de tecnologias digitais, como meio poderoso para erradicação da corrupção no setor saúde.
- Limitação da utilização de processos emergenciais e sem licitação, finda a crise pandêmica.
- Fortalecimento de projetos de ações coletivas para autorregulação, visando monitorar as condições de mercado para evitar conluios ou superfaturamentos.
- Realização de auditoria com auditores internos (CGU) e auditores

43 Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

44 Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

45 Transparência Internacional. *Ranking de transparência no combate à covid-19*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 10 set. 2020.

independentes (ações coletivas, cidadãos etc.) relacionadas à utilização dos recursos emergenciais para a COVID-19.

- Fortalecimento das legislações anticorrupção e de lavagem de dinheiro para enfrentar as atuais lacunas e limitações legais.

#### **4 CONCLUSÃO**

O surto da COVID-19 afeta os países desenvolvidos e em desenvolvimento, que lutam para controlar a crise pandêmica. Uma resposta a um surto pandêmico requer rapidez, não burocracia. Mas, sem depender das tradicionais políticas e programas anticorrupção para identificar e prevenir a corrupção, os recursos públicos podem desaparecer. A corrupção pode desviar os recursos para aquisição de suprimentos médicos e remédios necessários para combater a crise pandêmica. A corrupção é encorajada, por alguns fatores no Brasil. Floresceu devido à falta de prestação de contas nos processos de licitações, devido o desempenho de funcionários públicos e atores privados e na falta de controle de recursos públicos. A aquisição pelo governo de suprimentos médicos e medicamentos é uma das áreas mais vulneráveis à corrupção no setor da saúde. A experiência mundial em epidemias anteriores traz um ambiente de tempestade perfeito para a corrupção. Isso levanta questões sobre se a corrupção no Brasil está desempenhando um papel relevante na ausência efetiva de controle da doença, bem como, se os fundos emergenciais estão sendo usados de forma adequada. Em um contexto de corrupção sistêmica, alguns argumentam que a corrupção deve ser vista como um problema que pode ser resolvido por meio de ação coletiva.

Com base numa seleção de relatórios de políticas públicas, artigos e livros sobre corrupção em geral e, em particular, sobre o setor de saúde, este artigo tem como objetivo recomendar fortemente a necessidade do combate à corrupção durante crises pandêmicas no setor da saúde pública, por meio da autorregulação da indústria em projetos de ação coletiva. As medidas de autorregulação ajudam a elevar os padrões da indústria. Ao fortalecer a transparência, usar novas tecnologias e inteligência artificial e desenvolver um plano robusto de prevenção e detecção por meio de uma ação coletiva de autorregulação do setor de saúde contra a corrupção, o Brasil poderia estar numa melhor posição para responder a uma pandemia de grande escala, como a COVID-19.

Esse estudo tem várias limitações. Em primeiro lugar, ele se baseia em relatórios de políticas públicas disponíveis, artigos e livros sobre corrupção em geral e, em particular, no setor da saúde; devido às limitações de tempo, não inclui informações de fundo que poderiam ser obtidas explorando dados qualitativos ou quantitativos por meio de entrevistas com os principais interessados no setor da saúde. Em segundo lugar, não traz evidências empíricas para respaldar quais projetos de ações coletivas funcionam melhor e porque alguns são limitados. Embora esta pesquisa possa ter alguns limites, ainda assim tem valor no sentido de ajudar a trazer uma proposta de combate à corrupção no setor saúde durante uma crise pandêmica. Os resultados deste estudo encorajam pesquisas futuras sobre estudos de caso em outros países, que podem ajudar na construção de dados empíricos, cujas intervenções podem funcionar de forma mais eficaz.

## REFERÊNCIAS

AVELINO, George; BARBERIA, L. G.; BIDERMAN, C. Governance in managing public health resources in Brazilian municipalities. *Health Policy and Planning*, v.28, p.1-9, 2013. Disponível em: [https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/biderman\\_-\\_governance\\_in\\_managing\\_public\\_health\\_resources\\_in\\_brazilian\\_municipalities.pdf](https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/biderman_-_governance_in_managing_public_health_resources_in_brazilian_municipalities.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

BARBOSA, A. P.; MALIK, A. M.. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. *Rev. Adm. Pública*, v.49, n.5, 2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122015000501143&lng=en&nrm=iso&tling=pt#B5](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000501143&lng=en&nrm=iso&tling=pt#B5). Acesso em: 10 set. 2020.

Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v.76, n.2, p.169-217, mar./apr., 1968.

BRASIL. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Código Penal. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Seção II. Artigos 196 a 200. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 6. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei Anticorrupção. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei Antitruste. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.080/1990. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.142/1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei sobre Licitações e Contratos Públicos. (1993). [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde, *Painel Coronavirus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 set. 2020.

CARTIER-BRESSON, J. Corruption network, transaction security and illegal social exchange. *Political Studies*, v. 45, n. 3, p. 463-476, 1997.

COHEN, J.; MRAZEK, M.; HAWKINS, L. Corruption and pharmaceuticals: strengthening good governance to improve access. In: CAMPOS, J. E.; PRADHAN, S. (Eds.) *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. World Bank, Washington, DC (USA), 2007, pp. 29-62. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/6848>. Acesso em: 10 set. 2020.

COSTA, L. M. The dynamics of corruption in Brazil: From trivial bribes to a corruption scandal. *Corruption scandals and their global impact*, ed. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2018, pp.189-203.



- FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- KAUFMANN, D. Corruption: the facts. *Foreign Policy*, n. 107, 1997. Disponível em: [http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp\\_summer97.pdf](http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp_summer97.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.
- MORENO, L.A. How tech can fight corruption in Latin America and the Caribbean. *World Economic Forum*, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/12/how-technology-is-becoming-a-powerful-ally-in-the-fight-against-corruption-in-latin-america-and-the-caribbean>. Acesso em: 10 set. 2020.
- MUNGIU-PIPPIDI, A. Contextual choices in fighting corruption: lessons learned, *NORAD*, Report 4/2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/countries/vietnam/48912957.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- NIJBOER, K.; SENDEN, S.; TELGEN, J. *Cross-country learning in public procurement: An exploratory study*. *Journal of Public Procurement*. v. 17, n. 4, p. 449-482, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JOPP-17-04-2017-B001>. Acesso em: 10 set. 2020.
- NYE, J. S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*. v. 61, n. 2, p. 417-427, 1967.
- OAS. Convenção Interamericana contra a Corrupção. (1996). Disponível em: [http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_B-58\\_against\\_Corruption.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp). Acesso em: 10 set. 2020.
- Observatório da Despesa Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/informacoes-estrategicas/observatorio-da-despesa-publica>. Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. *Principles for integrity in public procurement*, 2009. <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- ONU. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, 2004. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.
- OSTROM, E. *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Disponível em: [https://wtf.tw/ref/ostrom\\_1990.pdf](https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.
- PERSSON, A.; ROTHSTEIN, B.; TEORELL, J. Why anticorruption reforms fail. Systemic corruption as a collective action problem. *Governance*, v. 26, n.3, p.449-471, 2013.
- ProZorro. Disponível em: <https://prozorro.gov.ua/en>. Acesso em: 10 set. 2020.
- ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption: a study in political economy*. Academic Press: New York, 1978.
- ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*, London: Cambridge University Press, 1999.
- ROTHSTEIN, B. Anti-corruption: the indirect 'big bang' approach. *Review of International Political Economy*, v. 18, n. 2, p. 228-250, 2011.
- SILVA, M. F. da The political economy of corruption in Brazil. *RAE*, v. 39, n. 3, p. 26-41, 1999. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75901999000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901999000300004). Acesso em: 10 set. 2020.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Annual report 2001*. 2001. Disponível em: [https://www.toronto.ca/ext/digital\\_comm/inquiry/inquiry\\_site/cd/gg/add\\_pdf/77/Procurement/Electronic\\_Documents/Miscellaneous/Transparency\\_Internation.pdf](https://www.toronto.ca/ext/digital_comm/inquiry/inquiry_site/cd/gg/add_pdf/77/Procurement/Electronic_Documents/Miscellaneous/Transparency_Internation.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2014. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2014/results>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2015. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2015>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2016. Disponível em: [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016). Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2017. Disponível em: [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2017](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017). Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2018. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2019. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2019>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *The ignored pandemic. How corruption in healthcare service delivery threatens universal health coverage*. 2019. Disponível em: <http://ti-health.org/wp-content/uploads/2019/03/IgnoredPandemic-WEB-v3.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Ranking the transparência no combate à covid-19*. 2020. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 10 set. 2020.

TESOURO TRANSPARENTE. *Monitoramento dos gastos da União com combate à COVID-19*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2020.

WORLD BANK INSTITUTE. *Fighting corruption through collective action. A guide for business*, 2008. Disponível em: [https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting\\_corruption\\_through\\_collective\\_action.pdf](https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting_corruption_through_collective_action.pdf). Acesso em: 10 set. 2020.

YOU, J.-S.; KHAGRAM, S. A Comparative study of inequality and corruption. *American Sociological Review*, v. 70, n. 1, p. 136-157, 2005. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/241644122\\_A\\_Comparative\\_Study\\_of\\_Inequality\\_and\\_Corruption](https://www.researchgate.net/publication/241644122_A_Comparative_Study_of_Inequality_and_Corruption). Acesso em: 10 set. 2020.

WORLDOMETER. *Coronavirus update*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>. Acesso em: 10 set. 2020.

---

**Recebido em:** 13.10.2020

**Aprovado em:** 09.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

COSTA, Ligia Maura. Covid-19 e corrupção no Brasil: desafios e recomendações de governança em situação de crise. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.214-225, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-13.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/20 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ANALISAR A SUA CONSTITUCIONALIDADE<sup>1</sup>

## THE CIVIL LIABILITY OF THE PUBLIC AGENT DURING THE PANDEMIC OF COVID-19: A ANALYSES OF THE PROVISIONAL MEASURE N. 966/20 AND THE GROUNDS USED BY SUPREME FEDERAL COURT ABOUT IT'S CONSTITUTIONALITY

Felipe Dalenogare Alves <sup>2</sup>  
Gabriela de Souza Graeff <sup>3</sup>

**RESUMO:** Este trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática da responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, tendo como objetivo principal analisar, levando em consideração o período excepcional, os contornos da Medida Provisória n. 966/20 e, ainda, os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da concessão de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acerca do tema. Assim, no decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de questões importantes ao tema, as quais justificam a pesquisa pela sua relevância, como o seguinte problema: é juridicamente possível que haja a restrição da responsabilidade civil dos agentes públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro e a predefinição de suas hipóteses? A hipótese levada a teste é a de que o legislador poderá restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva. Para tanto, são abordados aspectos importantes referentes ao tema, como a Responsabilidade Civil do Estado e do agente público no ordenamento jurídico brasileiro, a edição da Medida Provisória n. 966/20, versando sobre a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, e o julgamento que compreendeu pela constitucionalidade da Medida Provisória n. 966/20, dando-a interpretação conforme a Constituição, com fixação de tese, a nosso ver restritiva, objetivando-se, ao final, confirmar a hipótese lançada ao problema. Por derradeiro, dentre os resultados encontrados, confirmou-se a hipótese de pesquisa, no sentido de que o legislador pode restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

**Palavras-chave:** covid-19; medida provisória n. 966/20; responsabilidade civil do estado; responsabilidade civil do agente público.

**ABSTRACT:** This paper exposes the result of a bibliographic research, using the deductive methods, for purposes of approach, and monographic, as a procedural title, on the theme of accountability of public agents during the pandemic of COVID-19, with the main objective of analyzing, taking into account the exceptional period, the contours of Provisional Measure no. 966/20 and, also, the grounds used by the Supreme Federal Court when granting a precautionary measure in Direct Unconstitutionality Actions on the subject. Thus, in the course of the work, we sought to clarify important issues to the theme, which justify the research for its relevance, such as the following problem: is it legally possible for civil servants to be restricted from civil liability to cases of intent or gross error and to define their hypotheses? The hypothesis taken to test is that the legislator may restrict the constitutionally responsible guilt of regressive accountability of the public agent, provided for in § 6, of art. 37, of the Federal Constitution of 1988, to inexcusable guilt and that the concept of gross error is undetermined legal, that is, factual-legal (not containing normative taxativity), which, in each concrete case, will start from a penumbra zone, reaching an area of negative or positive certainty. To this end, important aspects related to the theme are addressed, such as the Civil Liability of the State and the public agent in the Brazilian legal system, the edition of Provisional Measure no. 966/20, dealing with the accountability of public agents during the COVID-19 pandemic, and the judgment that comprised the constitutionality of Provisional Measure no. 966/20, giving it an interpretation according to the Constitution, with a thesis fixation, in our view restrictive, aiming, at the end, to confirm the hypothesis raised to the problem. Finally, among the results found, the research hypothesis was confirmed, in the sense that the legislator can restrict the constitutionally responsible guilt of regressive accountability of the public agent, provided for in § 6, of art. 37, of the Federal Constitution of 1988, to inexcusable guilt and that the concept of gross error is undetermined legal, that is, factual-legal (not including normative taxativity), which, in each concrete case, will start from a penumbra zone, reaching an area of negative or positive certainty.

**Keywords:** covid-19; provisional measure no. 966/20; civil liability of the state; civil liability of the public agent.

1 Artigo resultante das pesquisas realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito e Sociedade", coordenado pelo Prof. Dr. Felipe Dalenogare Alves e vinculado ao Instituto Educacional Estudos de Direito.

2 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto (FDA). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Militar pela Faculdade Futura (FFut.). Especialista em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito (IbiJus), da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Coordenador do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito e Sociedade" vinculado ao Instituto Educacional Estudos de Direito.

3 Especialista em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do Grupo de Pesquisa "Estado, Direito e Sociedade". Advogada.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática da responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, tendo como objetivo principal analisar, levando em consideração o período excepcional, os contornos da Medida Provisória n. 966/20 e, ainda, os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da concessão de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acerca do tema.

Analisa-se, sumariamente, o contexto histórico da responsabilidade civil do Estado, que tem início com a irresponsabilidade dos agentes públicos, chegando-se a responsabilidade subjetiva por dolo ou erro grosseiro de seus agentes, prevista inicialmente na LINDB e reproduzidas na MP n. 966/20, analisando-se as teorias adotadas no Direito brasileiro para a responsabilização do Estado (pelo particular) e do Agente público (pelo Estado).

Posteriormente, passa-se ao estudo da Medida Provisória n. 966/20, que regula a responsabilidade civil dos agentes públicos (perante o Estado) no período da pandemia causada pela COVID-19, restringindo a responsabilização dos agentes por decisões e opiniões técnicas apenas em caso de dolo ou erro grosseiro, analisando-se as decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6428 e 6431, julgadas de forma conjunta, demonstrando-se a interpretação conforme a Constituição realizada pelo STF e o receio de reflexo restritivo ao conceito jurídico indeterminado.

Formado o contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes que cercam a temática, como o seguinte problema: é juridicamente possível que haja a restrição da responsabilidade civil dos agentes públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro e a predefinição de suas hipóteses?

A hipótese levada a teste é a de que o legislador poderá restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

Para tanto, são abordados aspectos importantes referentes ao tema, como a Responsabilidade Civil do Estado e do agente público no ordenamento jurídico brasileiro, a edição da Medida Provisória n. 966/20, versando sobre a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, e o julgamento que compreendeu pela constitucionalidade da Medida Provisória n. 966/20, dando-a interpretação conforme a Constituição, com fixação de tese, a nosso ver restritiva, objetivando-se, ao final, confirmar a hipótese lançada ao problema.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITOS

A responsabilidade civil surge com o pressuposto de que, ao causar um dano a outrem, o sujeito será responsável por sua conduta, através de uma sanção. Esse dano, atualmente, perpassa o conceito básico de dano patrimonial e compreende, ainda, o que atinge as íferas mais íntimas do indivíduo, conhecido como dano moral.<sup>4</sup>

Por sua vez, o dever do Estado em reparar o dano que causa a um particular nem

---

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.593.

sempre foi reconhecido por todos os Estados. Alguns países como os Estados Unidos e a Inglaterra somente passaram a admitir tal responsabilização a partir dos anos 1940, embora cada país apresente características distintas.<sup>5</sup>

Tal responsabilidade engloba os três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, tendo em vista a excepcionalidade da responsabilização nos dois últimos casos, torna-se mais evidente a responsabilidade em atos decorrentes do Poder Executivo.<sup>6</sup>

No que tange à evolução da responsabilidade civil do Estado, compreendida na obrigação da Fazenda Pública reparar um dano a terceiro causado por agentes públicos, esta inicia com o conceito de irresponsabilidade do Estado, comum em regimes absolutistas, em que se negava qualquer responsabilidade pública por atos de seus agentes.<sup>7</sup>

A partir do princípio da igualdade, surgiu o dever de responsabilização por danos causados a direitos alheios e, sendo assim, tornou-se ilógico que o Estado tivesse a prerrogativa de lesar um particular sem a necessidade de reparação.<sup>8</sup>

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade não foi aplicada pelo Judiciário, que sempre reconheceu a responsabilidade do Estado em ressarcir prejuízos causados por seus agentes a particulares. Algumas legislações, inclusive, já versavam sobre prejuízos causados em decorrência de linhas telegráficas, estradas de ferro ou até mesmo aos serviços de Correios.<sup>9</sup>

O reconhecimento da responsabilidade do Estado teve seu marco em 1873, no aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, como um princípio de responsabilização, sem lei específica ou regulado por regras especiais. A partir de sua expansão, surgiu a responsabilidade subjetiva, com necessidade de comprovação de culpa do agente.<sup>10</sup>

Conforme elucida Mello, para caracterizar a responsabilidade subjetiva “é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado aos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis”. Sendo assim, quando o Estado age em desacordo com os padrões dos quais deveria ou deixa de agir em determinada situação em que deveria, há possibilidade de responsabilização.<sup>11</sup>

Surge, posteriormente, a teoria da responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, tendo em vista as prerrogativas do Estado em detrimento aos particulares e, ainda, devido a necessidade da aplicação de princípios do Direito Público na fixação da responsabilidade. A partir daí, surgiram as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, pautadas na responsabilidade objetiva da administração pública.<sup>12</sup>

Na teoria do risco administrativo, a responsabilidade estatal encontra limites em caso de participação total ou parcial do particular lesado em que, no primeiro caso, não haverá qualquer responsabilização e, no segundo, a indenização será atenuada. Por outro lado, na teoria do risco integral, utilizada em raríssimos casos<sup>13</sup>, a responsabilização ocorrerá mesmo

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1019.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 697.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 680-681.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1027.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1054-1055.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1030-1031.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1033.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 680.

13 Pode-se destacar como exemplos de aplicabilidade da teoria do risco integral o dano nuclear ocasionado pelo Estado (art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, da CF/88 com regulamentação na Lei nº 6.453/77), dano ocasionado por queda de aeronaves de matrícula brasileira – excluídas as de táxi aéreo – por ato de guerra, terrorista ou correlatos (art. 1º da Lei nº 10.744/03, regulamentada pelo Decreto nº 5.035/04) e dano ambiental ocasionado pelo Estado (art. 225, § 3º, da CF/88 e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81).



quando a culpa for da vítima e, ainda, independe denexo causal.<sup>14</sup>

No Brasil, ainda no Código Civil de 1916, houve grande divergência doutrinária acerca da responsabilidade, vez que o artigo que versava sobre o tema não deixava clara a necessidade ou não de comprovação de culpa em caso de dano. Não obstante as divergências, a teoria adotada foi a subjetiva, com a necessidade de comprovação de culpa.<sup>15</sup>

Por conseguinte, a partir da Constituição de 1946, que retirou pressupostos relacionados à culpa positivados no Código Civil de 1916, tornou-se pacífico o entendimento entre doutrina e jurisprudência que a teoria utilizada para auferir a responsabilidade civil do Estado é a objetiva.<sup>16</sup>

A concepção da Constituição de 1946, que expressamente admitiu a teoria do risco administrativo, derogando, assim, os dispositivos do Código Civil que versavam sobre o tema, fora mantida até a Constituição atual e a responsabilidade civil do Estado passou a, de fato, compactuar com o ordenamento jurídico atual e as complexidades que o direito contemporâneo aponta.<sup>17</sup>

Sendo assim, seguindo a linha das constituições anteriores, a Constituição Cidadã manteve a teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração. No parágrafo 6º do art. 37, a Constituição de 1988 dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”.<sup>18</sup>

Por sua vez, o Código Civil de 2002, no artigo 42, dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros”.<sup>19</sup> Ainda, ficam ressalvados o direito de regresso do Estado contra terceiros, desde que comprovado, neste caso, dolo ou culpa.

Em relação ao termo agente público, empregado em ambos dispositivos, este engloba todas as espécies de agentes públicos, em sentido amplo, qual seja, todas as pessoas incumbidas de um serviço público, permanente ou transitório, desde que na qualidade de agente público, mesmo que não estejam no exercício de suas funções<sup>20 21</sup>.

Outro ponto pertinente ao estudo refere-se aos danos causados pela omissão estatal, em que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva. É possível responsabilizar o Estado quando há o descumprimento de uma obrigação em que possui o dever de evitar o evento danoso. Nesse sentido, coexiste a necessidade de comprovação desta obrigação estatal para responsabilização, na forma de dolo ou culpa. Nas palavras de Mello, “é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”.<sup>22</sup>

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 597.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p.684.

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1027.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 685.

18 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

19 BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 30 de ago. 2020.

20 Corroborando com o entendimento de Meirelles, veja-se como exemplo a responsabilidade civil objetiva do Estado, nos casos de crime praticado por policial militar durante o período de folga, usando arma da corporação, amplamente reconhecida pelo STF (RE 418.023 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 9-9-2008, 2ª T, DJE de 17-10-2008, ARE 751.186 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 2-12-2014, 2ª T, DJE de 17-12-2014, RE 213.525 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-12-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009, RE 630817, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-03-2011, DJE de 21-03-2011).

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 687.

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1042.

A responsabilidade subjetiva, aplicada à omissão estatal, também é aplicada ao agente causador do dano na via regressiva. Há de se perceber, assim, que a responsabilidade civil no Brasil possui duas relações jurídicas distintas: primeiro a do Estado com a pessoa lesada e, segundo, do Estado com o agente público causador do dano. Sendo assim, em relação ao dano causado pelo Estado em detrimento de particular, a responsabilidade será objetiva, sem necessidade de comprovação de culpa em sentido amplo. No entanto, em relação ao direito de regresso do Estado contra o agente público, a responsabilidade é subjetiva e, portanto, será necessária a comprovação de culpa<sup>23 24</sup>.

Caminhando ao propósito específico do estudo, relacionado à responsabilidade do agente pelas suas decisões ou opiniões técnicas durante o estado de Pandemia da COVID-19, há de se dizer a jurisprudência brasileira, há algum tempo, já vinha cunhando o entendimento de que, nestas hipóteses, o agente público responderia em caso de dolo ou culpa inexcusável (erro grosseiro).

Em 2012, ao julgar o MS 29137, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se analisava a responsabilidade de advogado público pela manifestação jurídica em parecer, a 2ª Turma do STF já havia fixado que estes, eventualmente, poderiam “ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro”. O mesmo se assegurou no julgamento do ARE 739881, de relatoria do Min. Dias Toffoli, em 2013, quando se analisou eventual indenização por dano moral em virtude de oferecimento e recebimento de denúncia contra Delegado de Polícia, em que se destacou a “inexistência de dolo ou erro grosseiro de parte das referidas autoridades”.

A necessidade da demonstração de dolo ou erro grosseiro para responsabilização do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas continuou a ser exigida pelo STF, como se observa no julgamento do AgRegREA 1.090.515, de relatoria do min. Gilmar Mendes, julgado em 20 de fevereiro de 2018, e no REA 1.210.470, de relatoria do Min. Roberto Barroso, no ano de 2018.

Atento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e codificando um anseio dos agentes públicos em busca da segurança jurídica<sup>25</sup>, o legislador editou a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu o art. 28 na LINDB, com a seguinte redação: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.<sup>26</sup>

O artigo 28 refere-se a decisões e orientações de agentes públicos e abrange desde contribuições técnicas até ações concretas que causem transformações a nível prático. No mais, para responsabilização, o artigo deixa clara a necessidade de dolo ou erro grosseiro nas opiniões ou decisões e, em caso de pareceres, tal responsabilização independe de seu teor decisório ou inclusive de seu caráter vinculante.<sup>27</sup>

23 No Brasil, embora a literalidade do art. 37, § 6º, seja latente, durante muito tempo se discutiu se o agente público causador do dano poderia ou não ser demandado juntamente com o Estado nas ações indenizatórias. A impossibilidade foi assentada em 14 ago 19, por ocasião do julgamento do RE 1027633, em que o Supremo Tribunal Federal assentou a seguinte tese de repercussão geral: “A teor do disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 604.

25 O projeto de Lei (PL 349/2015) que resultou na inserção legislativa foi apresentado pelo Senador Antonio Anastasia e se assentou em estudo realizado pelos Administrativistas Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, junto à Fundação Getúlio Vargas e publicado no ano de 2013 (*Contratações Públicas e Seu Controle*, São Paulo: Malheiros, 2013). O PL original, além da redação inalterada do caput, previa dois parágrafos vetados, nos quais se sustentava que: “§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais” e “§ 2º. O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa”.

26 BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) >. Acesso em: 30 ago. 2020.

27 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 210.

Nestes casos, o dolo ocorre quando o agente pratica ou recomenda um ato de forma intencional contra à Administração Pública e, ainda, pode ser de difícil dilação probatória. Todavia, no que tange o conceito de erro, trata-se de uma falsa percepção da realidade e, no caso do artigo da LINDB, a punição somente ocorre em caso de erro grosseiro.<sup>28</sup>

E é nesse sentido que Binebojm e Cyrino elucidam “será erro grosseiro, e.g, a aplicação de norma jurídica revogada, ou a decisão (e/ou opinião) que ignore a ocorrência de uma prescrição, a despeito de as informações pertinentes constarem do processo administrativo”.<sup>29</sup>

Embora não se discorde dos exemplos trazidos pelos autores, defendemos que o legislador não poderia estabelecer um rol taxativo do que pode ou não ser considerado erro grosseiro. Isso porque este conceito jurídico indeterminado só atingirá sua zona de certeza positiva ou negativa na análise do caso concreto, tratando-se, portanto, de um conceito fático-jurídico, dependendo de apreciação concreta para aferição. Veja-se o porquê da impossibilidade de codificação de suas hipóteses: atualmente, com o avanço dos recursos de tecnologia de informação e da difusão dos meios de comunicação, até pode ser que a aplicação de uma norma jurídica revogada constitua erro grosseiro por parte do agente público. Pergunto: há vinte anos tal erro poderia ser considerado grosseiro?

Nesse sentido, no âmbito federal, o Decreto nº 9.830/19, ao regulamentar o erro grosseiro, cingiu-se a traçar parâmetros interpretativos, no art. 12, §1º ao § 5º, estabelecendo-se que “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Ao mesmo passo, resguardou que “não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizá-los”.

Buscou, por fim, dar segurança jurídica para sua aferição concreta, assegurando que “o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público”, que “a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público” e que “o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo”.<sup>30</sup>No que toca a responsabilidade civil do Estado, o tema envolve diversas nuances e está em constante evolução. A mais recente alteração acerca do assunto ocorreu em 2020, durante o período excepcional enfrentado pelo Direito: a pandemia causada pela COVID-19. A Medida Provisória n. 966, a ser estudada na próxima seção, dispôs sobre a responsabilização dos agentes públicos pelos atos e decisões tomados durante o estado de calamidade pública, sendo, inclusive, objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

---

28 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 212.  
29 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 213.  
30 BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm). Acesso em: 8 de set. 2020.

### 3. A MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/20, A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E A POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2020, o mundo foi surpreendido com a pandemia da COVID-19 que causou, dentre outros setores, diversas consequências para o mundo jurídico. Com o fim de combater a aceleração da doença e uma possível crise econômica, o Presidente da República editou diversas medidas provisórias acerca do assunto, dentre elas, a polêmica MP n. 966.

Esta Medida Provisória, publicada em 13 de maio de 2020<sup>31</sup>, dispõe acerca da responsabilidade dos agentes públicos por atos e omissões relacionados a pandemia da COVID-19, a fim de resguardar atos praticados com boa fé e não responsabilizar agentes por atos que não foram praticados por vontade própria ou falha grosseira.<sup>32</sup> Passa-se, então, a análise da exposição de motivos da referida Medida Provisória.

A razão para edição da Medida Provisória, pautada na relevância e urgência, conforme exposto nos motivos, justifica-se pela insuficiência das normas reguladoras da LINBD, que já versaram de forma superficial sobre o tema, como visto anteriormente.<sup>33</sup>

A condição de pandemia e estado de calamidade pública também são utilizadas como justificativas para tal medida, vez que, neste período excepcional, são necessárias ações contundentes dos agentes públicos nos mais diversos ramos e com pouca previsibilidade dos resultados, com ações e decisões, inclusive, contrárias ao habitual.<sup>34</sup>

Através da necessidade de “salvaguardar vidas e combater os efeitos econômicos e fiscais da população brasileira” torna-se possível a flexibilização na interpretação de regramentos e de medidas que, em situação ordinária, não são discutíveis. Tais regras, que não foram pensadas para momentos excepcionais, podem não ser suficientes para abarcar as situações e peculiaridades que são impostas pela pandemia.<sup>35</sup>

Pensando nisso, a Medida Provisória busca resguardar a segurança jurídica dos agentes públicos neste período para que possam continuar desempenhando suas funções com o objetivo de garantir o direito à vida e manter a economia estável no país, desde que tomadas a partir da boa-fé e com base nesses objetivos.<sup>36</sup>

Assim, qualquer ação tomada pelo agente público que não atinja o objetivo a que se propõe somente será punida “caso se tenha tomado tal decisão de forma dolosa ou com um grau elevado de negligência, imprudência ou imperícia.”<sup>37</sup>

Nesse sentido, as decisões acerca da responsabilização do agente público serão

31 Até a data de submissão do presente artigo, em 8 set. 2020, a MP ainda se encontra em vigência.

32 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

33 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

34 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

35 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

36 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

37 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.



tomadas com base no período de exceção que se vivencia atualmente decorrente da pandemia da COVID-19 e, principalmente, guiados pela referida Medida Provisória. Sendo assim, após uma breve análise da exposição dos motivos, passa-se à análise dos principais dispositivos da Medida Provisória n. 966 de 2020.<sup>38</sup>

Logo no primeiro artigo, a Medida já deixa claro que a responsabilização dos agentes somente ocorrerá em caso dolo ou erro grosseiro relacionados, de forma direta ou indireta, com o “enfrentamento da emergência de saúde pública” e “combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da COVID-19”.<sup>39</sup>

Além disso, a responsabilização por opiniões técnicas não é estendida de forma automática para quem decidiu com base nela, ocorrendo apenas em casos excepcionais, de dolo ou erro grosseiro ou, ainda, se houver conluio com entre agentes.<sup>40</sup>

Em relação ao agente que emite decisão baseado em opinião técnica de outrem, nada mudou, uma vez que o Decreto 9.830/19 já previa esta atenuação especial. Nestes casos, o agente somente será responsabilizado se possuir a mesma capacidade técnica de quem emitiu a opinião ou, caso não possua, somente se agir com erro grosseiro ou em conluio.<sup>41</sup>

Como exemplo, podemos dizer que, caso um agente público tome determinada decisão com base em um parecer jurídico em que o parecerista cometeu erro grosseiro, a responsabilidade pelo dano causado não é transferida automaticamente ao agente público decisor, uma vez que, salvo prova em contrário ou conluio, não possuía conhecimento técnico para aferir o erro grosseiro constante no parecer. Assim, a responsabilização caberá ao agente emissor da opinião e não ao decisor.

Reproduzindo o que já havia no Decreto 9.830/19, a Medida Provisória assenta que a simples comprovação de nexos causal entre conduta e dano não gera responsabilização do agente público.<sup>42</sup> Pois bem, veja-se que, aqui, se está diante da relação Estado-Agente causador do dano e não Estado-particular lesado. Assim, obviamente, que por força do art. 37, § 6º, parte *in fine*, da CF/88, a presença dos elementos objetivos (conduta, dano e nexos de causalidade) não são suficientes para a responsabilização do agente público, impondo-se também a demonstração inequívoca do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Já no segundo artigo, a Medida traça os mesmos parâmetros interpretativos, já presentes no Regulamento da LINDB, à definição de erro grosseiro, sendo “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.<sup>43</sup> Significa dizer que o elemento subjetivo não estará evidenciado em qualquer modalidade de culpa, mas somente nos casos

38 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

39 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

40 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

41 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

42 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

43 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.



de culpa inescusável, e, evidentemente, nas ações ou omissões dolosas.

Ao balizar os caminhos para a aferição do erro grosseiro no contexto da pandemia, a MP adaptou as disposições já existentes no Decreto 9.830/19, dispondo que devem ser consideradas algumas circunstâncias peculiares, dentre elas, as dificuldades enfrentadas pelo agente público, a complexidade de suas atribuições e da matéria exercidas, a falta de informação decorrente da situação emergencial e urgente em que o país se encontra, as circunstâncias fáticas do ocorrido e, ainda, o contexto incerto em relação as medidas tomadas para combate a pandemia, inclusive as econômicas.<sup>44</sup>

A norma é ampla e abarca todos atos do Poder Público, sendo atos interpretativos ou de execução, desde que estejam relacionados ao período de emergência causado pela pandemia da COVID-19 e, assim, sujeitar-se-ão ao regime especial de responsabilização.<sup>45</sup>

Concordando-se com Oliveira, a MP regula a possibilidade de regresso do Estado contra o agente que causou o dano e não a forma de responsabilização do próprio Estado, quando demandado por particular que tenha sofrido eventual dano, a qual, constitucionalmente, é objetiva. Ou seja, o particular que se sentir lesado por ato praticado neste período pode ingressar pleiteando indenização contra o Estado, que responderá independentemente do dolo ou erro grosseiro de seu agente. No entanto, o Estado somente poderá regressar contra o agente público em caso de dolo ou erro grosseiro (culpa inexcusável).<sup>46</sup>

Assim, a responsabilidade subjetiva do agente público, já ressaltada pela Constituição Federal através do direito de regresso do Estado, se mantém na Medida Provisória, no entanto, se dispõe sob forma especial, adaptando-se o que já era previsto na LINDB. Obviamente, como sempre se postou, a demonstração do dolo ou erro grosseiro cabe à Administração, uma vez que o ônus da prova é do autor sendo, nestes casos, difícil de demonstrar a intenção do agente em causar aquele dano ou, ainda, que houve erro grosseiro em sua conduta no momento da produção danosa.<sup>47</sup>

A partir disso, surgiram diversas discussões, dentre elas, a (in)constitucionalidade da Medida Provisória, o que culminou em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Na visão de Oliveira, a qual coadunamos, a Medida Provisória faz-se necessária neste período levando em consideração a imprescindibilidade da ação pelos agentes públicos, que precisam atuar de forma emergente no combate à pandemia. No entanto, isso não significa que os agentes públicos estão desobrigados da probidade e de agir conforme os princípios administrativos, visto que a própria legislação condena os atos praticados com dolo ou, até mesmo, erro grosseiro.<sup>48</sup> Como dito, em decorrência das controvérsias trazidas pela Medida Provisória n. 966, sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram levadas ao Supremo Tribunal Federal, sendo elas as de n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6428 e 6431, todas com pedido de medida cautelar, sendo todas de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Algumas ações, ainda, intentam

44 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

45 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

46 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

47 REIS JUNIOR, Antonio dos. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de COVID-19: Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar na ADI nº 6421 e outras. *Revista IBERC*, v. 3, n.2, p.305-328, maio/ago. 2020. Disponível em <<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/136/99>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

48 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

também a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo 28 da LINDB e dos artigos 12 e 14 do Decreto n. 9.830/19, que regulamenta a LINDB.<sup>49</sup>

Em relação às alegações, inicialmente, buscou-se a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória, vez que inexistente o binômio da relevância e urgência. Por sua vez, no que tange ao sentido material, a alegação tocou questões como a minimização da responsabilidade dos agentes públicos e a incongruência com a Constituição Federal no que se refere à responsabilidade subjetiva dos agentes por dolo ou culpa.<sup>50</sup>

Em relação ao erro grosseiro, presente na Medida, a alegação que se fez se fundamenta na afirmação que a responsabilidade subjetiva contida na Constituição Federal exige somente a culpa, em qualquer modalidade, ou dolo do agente público. A utilização do termo erro grosseiro, conforme alegado, poderia ensejar uma limitação na responsabilidade apenas para casos de culpa grave.<sup>51</sup>

Além disso, por estarem dispendo de bens e interesses públicos, que pertencem ao coletivo, os agentes precisam ter reforçada sua responsabilização e não podem usufruir de um regime mais brando em relação aos particulares, que respondem em caso de culpa.<sup>52</sup>

Por fim, alegou-se que “a norma minimiza a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade”, onde viola-se diversos princípios constitucionais, como a moralidade e a eficiência. No mais, destacou-se que a medida poderia ser uma forma de atenuação ou isenção da responsabilidade de diversas autoridades que, no período de pandemia, resistiram em seguir recomendações científicas e sanitárias no combate à pandemia, causando prejuízos à saúde da população.<sup>53</sup>

Para fins da concessão de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a decisão se restringe somente à Medida Provisória n. 966, que trata sobre a responsabilidade dos agentes no período da pandemia. Em relação ao art. 28 da LINDB, em vigor há mais de dois anos, a jurisprudência daquele Tribunal já é pacífica no sentido de que o prolongamento do tempo entre a sua sanção e o ajuizamento da ação questionando sua inconstitucionalidade afasta o *periculum in mora* necessário à apreciação em sede cautelar.

Em relação a inconstitucionalidade formal alegada, o Tribunal Constitucional entendeu que estão presentes os requisitos de relevância e urgência para edição da supramencionada Medida Provisória, visto que trata da responsabilização de agentes que estão lidando com um período excepcional – a pandemia causada pela COVID-19.<sup>54</sup>

Para decidir o mérito, o Ministro Relator contextualizou a pandemia da COVID-19 e o

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

cenário em que o Brasil está inserido. Através de dados, demonstra-se a gravidade da situação e a necessidade de medidas como isolamento social para diminuição dos riscos à saúde e à vida da população. Além disso, decorre da pandemia outro problema que envolve diretamente agentes públicos, uma possível recessão econômica, que inclusive já está ocorrendo.<sup>55</sup>

A partir disso, surge um grande problema acerca da adoção de políticas públicas que precisam retomar a economia e, ao mesmo tempo, não colocar em risco a população, levando em conta a necessidade de isolamento social para diminuir os riscos de contágio e, assim, não abarrotar o sistema de saúde com um número demasiado de casos ao mesmo tempo.<sup>56</sup>

Um ponto de tensão que se torna nítido neste período é o conflito de competências e atuação entre os Entes Federativos. Enquanto há uma resistência do governo federal em adotar medidas de distanciamento, os governos estaduais e municipais buscam medidas de isolamento mais severas. Outro debate importante é acerca da “utilização de determinados medicamentos, de eficácia ou segurança ainda controvertidas na comunidade científica”.<sup>57</sup>

Em meio a esses debates, surgiu a Medida Provisória n. 966, com o intuito de proporcionar segurança aos agentes públicos que estão em posições decisórias e de restringir suas responsabilidades aos casos de dolo ou erro grosseiro, como já estudado anteriormente.

Para o STF, a Medida não aumenta a segurança dos agentes públicos e não foi editada para dirimir decisões equivocadas, uma vez que condutas ilícitas continuam ilícitas e não estão abarcadas pela norma. Os atos de improbidade, por exemplo, continuam sendo regulados pela sua devida legislação e qualquer interpretação que esteja em desacordo com o já firmado pela Corte não será aceita.<sup>58</sup>

Em relação a proteção da vida e da saúde, os parâmetros já utilizados pelo Supremo Tribunal Federal devem seguir sendo utilizados, qual seja, “devem observar *standards* técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional ou nacionalmente reconhecidas”.<sup>59</sup>

Nesse sentido versa a Lei 13.979/20, também editada no período de pandemia. A norma deixa clara a necessidade de que as decisões e medidas de enfrentamento à doença sejam tomadas com “base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.<sup>60</sup>

Por conseguinte, as decisões e políticas públicas que envolvem a saúde da população e o direito à vida, conforme jurisprudência da própria Corte, devem estar pautadas nos princípios da prevenção e precaução, ou seja, recomenda-se a autocontenção em caso de

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

60 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

incertezas sobre a medida a ser tomada.<sup>61</sup>

No entanto, para o Ministro Relator Barroso, a complexidade da Medida está nos dois extremos da discussão, quais sejam “tanto o administrador desonesto que leva vantagem, como o administrador honesto que tem medo de decidir e tem medo de fazer o que precisa ser feito”, envolvendo a questão sobre a tipificação do erro grosseiro e o que ele significa.<sup>62</sup>

Assim, seguindo o entendimento do relator, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 1º e 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas, bem como os princípios constitucionais da precaução e da prevenção. O agente decisor deve exigir, ainda, que a opinião técnica fundamente de modo expresso sua opinião nestes elementos.<sup>63</sup>

Por fim, em sentido diverso do que fez o legislador ao editar a LINDB, o Supremo Tribunal Federal firmou tese tentando tipificar o que, a seu ver, configura erro grosseiro, entendendo que “configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção”.<sup>64</sup>

Neste ponto, entendemos que o STF, ao buscar a definição taxativa para um conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fático-jurídico, que deveria ser aferido no caso concreto, poderá alcançar sentido diverso daquele almejado, ou seja, reduzindo seu alcance. Isso porque o conceito que poderia ter seu conteúdo (largamente) aferido no caso concreto (saindo-se de uma zona de penumbra para se chegar a uma zona de certeza positiva ou negativa) passa a ter conteúdo (estritamente) restrito a uma tese suprema, de modo que um erro (grosseiramente) cometido já nasce na zona de certeza negativa pelo fato de não estar nela abarcado.

#### 4. CONCLUSÃO

Como visto, a Responsabilidade Civil do Estado passou por diversas alterações ao longo do tempo e consolidou-se no Brasil através da teoria da responsabilidade objetiva. Ao mesmo tempo, a responsabilidade civil do agente público causador do dano, na via regressiva, consolidou-se pela teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, ensejando a demonstração, além dos elementos objetivos conduta, dano e nexos de causalidade, o elemento subjetivo dolo ou culpa.

No ano de 2018, espelhando-se no entendimento jurisprudencial que já havia se estabelecido no Supremo Tribunal Federal, o legislador restringiu na LINDB a responsabilidade

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.



civil dos agentes públicos, nos casos de opinião ou decisão técnica, às hipóteses de dolo ou culpa inexcusável (erro grosseiro).

Por sua vez, em razão da pandemia da COVID-19, espelhando-se na LINDB e no seu regulamento, editou-se a Medida Provisória n. 966/20, objetivando-se dar segurança jurídica especial no contexto pandêmico, restringindo-se a responsabilização dos agentes públicos por decisões e opiniões técnicas relacionadas à pandemia apenas para casos que envolvem erro grosseiro ou dolo, o que culminou em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Ao se fazer uma análise da decisão que apreciou de forma conjunta as ações que questionavam a (in)constitucionalidade da MP n. 966/20, verificou-se que o STF compreendeu pela sua constitucionalidade, dando, porém interpretação conforme à Constituição, levando em consideração o período excepcional enfrentado pelo direito contemporâneo em decorrência da pandemia e a necessidade de ações para enfrentamento da doença.

Conforme apontado, a interpretação da norma deverá ser no sentido de que os agentes públicos deverão agir com base nos princípios da precaução e da prevenção e, ainda, em conformidade com pareceres técnicos e evidências científicas, sendo que, do contrário, conforme a tese suprema, poderá haver erro grosseiro na decisão administrativa.

Em sentido crítico, dentre os resultados da pesquisa, respondendo-se o problema que a ensejou, entendemos que o STF, ao buscar a definição taxativa para um conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fático-jurídico, que deveria ser aferido no caso concreto, poderá alcançar sentido diverso daquele almejado, ou seja, reduzindo seu alcance. Isso porque o conceito que poderia ter seu conteúdo (largamente) aferido no caso concreto (saindo-se de uma zona de penumbra para se chegar a uma zona de certeza positiva ou negativa) passa a ter conteúdo (estritamente) restrito a uma tese suprema, de modo que um erro (grosseiramente) cometido já nasce na zona de certeza negativa pelo fato de não estar nela abarcado.

No mais, o Supremo entende que a Medida Provisória não diminui a responsabilização de agentes pratiquem medidas equivocadas ou ilícitas, uma vez que a lei de improbidade administrativa continua em vigor e, ainda, a própria Medida trata da possibilidade de responsabilização em caso de dolo.

Por derradeiro, confirma-se a hipótese de pesquisa, no sentido de que o legislador pode restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 30 de ago. 2020.



BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm). Acesso em: 8 de set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) >. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

REIS JUNIOR, Antonio dos. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de COVID-19: Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar na ADI nº 6421 e outras. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 305-328, maio/ago. 2020. Disponível em <<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/136/99>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

---

**Recebido em:** 08/09/2020

**Aprovado em:** 10/12/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

ALVES, Felipe Dalenogare; GRAEFF, Gabriela de Souza. A responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da covid-19: uma análise da Medida Provisória n. 966/20 e o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a sua constitucionalidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.226-239, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-14.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS: DIVULGAR PARA PROTEGER?

## SENSITIVE PERSONAL DATA AND THE CORONAVIRUS PANDEMIC: DISCLOSE TO PROTECT?

Edith Maria Barbosa Ramos <sup>1</sup>  
Maria Célia Delduque <sup>2</sup>  
Sandra Mara Campos Alves <sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo teve objetivo analisar a colisão entre a garantia da proteção da vida privada e intimidade, por um lado, e o armazenamento, tratamento e utilização de dados pessoais sensíveis de saúde por entidades públicas e privadas, de outro lado. Para o desenvolvimento da presente pesquisa utilizou-se o método dedutivo, com a apropriação de conceitos como dados pessoais sensíveis presentes na Lei de Proteção de Dados Pessoais brasileira, pandemia e direitos fundamentais. Para o levantamento das informações utilizou-se os procedimentos bibliográficos e documentais. Constatou-se, ao final, que a proteção da saúde coletiva pode ser caracterizada como elemento necessário a atuação do Poder Público para o enfrentamento dos riscos sanitários, no entanto, entende-se que não pode ser configurado como instrumento suficiente para justificar a ampliação ilimitada dos direitos individuais, mesmo em tempos de pandemia.

**Palavras-chave:** covid-19; health database; sensitive health data; pandemic, individual rights

**ABSTRACT:** The purpose of this article was to analyze the collision between guaranteeing the protection of privacy and privacy, on the one hand, and the storage, treatment and use of sensitive personal health data by public and private entities, on the other hand. For the development of this research, the deductive method was used, with the appropriation of concepts such as sensitive personal data present in the Brazilian Personal Data Protection Law, pandemic, and fundamental rights. To collect the information, bibliographic and documentary procedures were used. It was found, in the end, that the protection of public health can be characterized as a necessary element for the Government to act to face health risks, however, it is understood that it cannot be configured as a sufficient instrument to justify unlimited expansion. individual rights, even in times of pandemic.

**Keywords:** covid-19; health database; sensitive health data; pandemic, individual rights

---

1 Pós Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora da graduação e Pós-graduação da Universidade do CEUMA/UNICEUMA. Coordenadora do Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade do CEUMA/UNICEUMA. Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário. Membro da Associação Lusófona de Direito da Saúde (ALDIS).

2 Pós Doutora em Direito na Universidade de Cantábria/Espanha. Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. Mestra em Planejamento e Gestão Ambiental pela Universidade Católica de Brasília. Editora científica da Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. Membro da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário. Membro da European Association of Health Law.

3 Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. Mestra em Política Social pela Universidade de Brasília. Pesquisadora em Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz. Coordenadora do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz.

## 1 INTRODUÇÃO

O Ministério da Saúde do Brasil declarou, no mês de fevereiro do corrente ano (2020), emergência em saúde pública de importância nacional em decorrência da COVID-19. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), os primeiros casos do novo coronavírus foram identificados na cidade de *Wuhan*, província de *Hubei*, na República Popular da China, em dezembro de 2019. Até a data de 28 de julho de 2020, foram confirmados 16.341.920 casos no mundo, e 650.805 mortes, sendo o continente americano o mais afetado.<sup>4</sup>

A ocorrência de pandemias exige dos Estados nacionais, no âmbito da Comunidade Internacional, respostas rápidas voltadas à mitigação da doença e a garantia da saúde da coletividade. Para tanto, são necessárias informações não apenas acerca da doença enfrentada, mas da própria condição de saúde da população. Identificação nominal dos infectados, histórico de saúde, relações sexuais recentes, etc. são apenas alguns dos dados pessoais sensíveis que por vezes precisam ser acessados pelas autoridades responsáveis e competentes do Poder Público para a adoção de medidas de prevenção, controle e tratamento dos casos, estejam eles em bancos de dados públicos ou privados.

Nesse contexto, não se pode olvidar o relevante papel que a informação ocupa em nossa sociedade. Fundamentada no paradigma tecnológico e no uso de tecnologia de informação e comunicação (TICs) para coletar, tratar, manipular e distribuir dados, a 'Nova Revolução Industrial' ocorreu graças ao advento dos equipamentos eletrônicos de computação e, posteriormente, a da própria rede mundial de computadores (*world wide web*, ou simplesmente *www*), que transformou o modo como a sociedade se relaciona com a informação, configurada como um novo bem de consumo.<sup>5 6</sup>

A relação da sociedade com a informação tem sido profundamente alterada, não apenas pela rapidez de divulgação das informações, mas também pela forma de consumo e utilização. Observa-se seus impactos no campo das ciências, das políticas públicas, na vida privada, nas atividades econômico-empresariais e na própria atuação do Estado, que se vê instado a regular essa nova conjuntura. Trata-se, pois, de fenômeno mundial irreversível.<sup>7</sup>

Paralelamente, aguça-se a discussão acerca da necessidade de garantia da proteção à vida privada e à intimidade ante esse novo contexto.<sup>8</sup> A relevância e atualidade da temática da utilização de dados pessoais sensíveis no âmbito da saúde e a ocorrência da atual pandemia em ordem mundial em razão do novo coronavírus é o que impulsiona a razão do presente artigo, que apresenta questões controvertidas sobre o compartilhamento e utilização de dados pessoais pelas autoridades públicas e pessoas jurídicas de direito privado. Por essas razões, a pesquisa utilizou o método dedutivo, com a apropriação de conceitos como dados pessoais sensíveis, pandemia, privacidade e direitos fundamentais.

4 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*: Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. [atualizado em 28 de julho de 2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=com%20COVID%2D19%3F-,Os%20sintomas%20mais%20comuns%20da%20COVID%2D19%20s%C3%A3o%20febre%2C%20cansa%C3%A7o,das%20m%C3%A3os%20ou%20dos%20p%C3%A9s>. Acesso em: 29 jul. 2020.

5 CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

6 ALVES, Sandra Mara Campos. Os sistemas de informação de saúde no Brasil e o direito à intimidade. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília-DF, v. 3, n. 1, p. 84-93, jan./jun. 2014.

7 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/18). *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, p.159-180, set./dez. 2018.

8 VENTURA, Miriam; COELI, Cláudia Medina. Para além da privacidade: direito à informação na saúde, proteção de dados pessoais e governança. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p.1-4, 2018.

Para o levantamento das informações, os procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais. Para o levantamento bibliográfico, utilizou-se de bancos de dados e repositórios públicos disponíveis na internet. Foram utilizadas as palavras-chave: Covid-19, banco de dados em saúde, dados sensíveis em saúde, pandemia e selecionados os textos acadêmicos publicados em língua portuguesa, e disponibilizados gratuitamente.

Ademais, foram selecionados livros e revistas científicas na área do Direito Constitucional e da Proteção de Dados, utilizando os descritores de buscas: Direitos fundamentais; Liberdades públicas; Dados pessoais sensíveis; Direito à informação; Direito à privacidade e Pandemia.

O artigo está estruturado da seguinte maneira: O primeiro capítulo discorre sobre a evolução histórica da construção do direito à privacidade e os desafios da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, destacando as alterações durante a *vacatio legis*. O segundo capítulo analisa a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira à luz dos marcos do Direito à Saúde. No terceiro capítulo, é abordado o uso/divulgação de dados de saúde (dados sensíveis) em contexto de pandemia. O artigo conclui que a proteção à saúde coletiva e a manutenção do sistema de garantias de direitos individuais devem ser observados como parâmetros para o desenvolvimento científico, mesmo em tempos de pandemia.

## **2 O COMPLEXO DESAFIO DA VIGÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL**

Para Oliveira *et al.*<sup>9</sup>, o desenvolvimento tecnológico experimentado pela sociedade nas últimas décadas ofusca o fato de que um longo percurso histórico teve de ser percorrido até que a privacidade pudesse ser reconhecida como um bem jurídico digno de tutela estatal. Os autores destacam a importância dos juristas norte-americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, com a publicação do primeiro artigo científico dedicado ao tema, intitulado *The Right to Privacy*, de 1890.<sup>10</sup>

No trabalho, Warren e Brandeis argumentaram que os direitos individuais derivariam da proteção da pessoa ou da propriedade, e, de quando em quando, modificações nos panoramas político, social e econômico impulsionariam uma reavaliação da natureza e extensão desses bens jurídicos.

A partir desse pressuposto, os autores buscaram ressignificar o direito à vida privada e a intimidade em virtude do surgimento de nova tecnologia das câmeras fotográficas instantâneas. Esses equipamentos estavam sendo utilizadas pela imprensa e, não raro, invadindo a vida privada e doméstica das pessoas, causando desgastes e dores, que segundo os autores, poderia ser superior, em alguns casos, a uma lesão corporal. Após analisarem diversas decisões de tribunais americanos e ingleses, Warren e Brandeis desenvolveram a existência de um princípio geral na *Common law*, denominado *Right to Privacy*, expresso pela sentença *the right to be let alone*, que em uma tradução livre significa: o direito de não ser perturbado ou incomodado.

Oliveira *et al.*<sup>11</sup> recordam que com a evolução das tecnologias, paulatinamente a privacidade foi ganhando importância e reconhecimento jurídico no cenário internacional. Para corroborar essa assertiva, deve-se mencionar, exemplificativamente, documentos

---

9 OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019.

10 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

11 OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019.

expressivos como a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que em seu artigo V declara que: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.”<sup>12</sup> Precisa-se, ainda, lembrar da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do mesmo ano, que em seu artigo 12 estatui que:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.<sup>13</sup>

A preocupação com o tratamento de dados pessoais como desdobramento da privacidade, como enfatiza Oliveira *et al.*, é um efeito colateral da mudança de paradigma trazida pela Quarta Revolução Industrial. Segundo os autores esse fenômeno é resultado da “informacionalização da sociedade”.<sup>14</sup>

Souza e Silva<sup>15</sup> destacam que em matéria de dados pessoais, a atuação legislativa no Brasil tem sido fragmentada e bastante controversa. Dentre as principais normas sobre o tema, os autores destacam: os artigos 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor; a Lei n.º 12.527/2011, que trata do acesso à informação perante entes públicos, como concretização da garantia prevista art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Os autores ressaltam, ainda, a Lei n.º 12.737/2012 “Lei Carolina Dieckmann” que trata dos crimes cibernéticos e a Lei n.º 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet como o marco normativo sobre o direito à privacidade e proteção dos dados, demonstrando o ciclo de discussão e amadurecimento do tema de proteção de dados no Brasil.

No entendimento de Souza e Silva, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei n.º 13.709/2018. Nesse contexto, “[...] acena em direção a já longa demanda por um estatuto mais abrangente da matéria, capaz de conferir certa sistematicidade ao seu tratamento legislativo.”<sup>16</sup> Porém, como ocorre com qualquer estatuto, ressaltam os autores que “[...] sua edição traz à tona o risco, há muito denunciado pela doutrina civil-constitucional, da interpretação fragmentária e setorial do diploma, na lógica dos muito aludidos microssistemas.”<sup>17</sup> O fato é que uma estrutura social cada vez mais tecnológica e digital, caracterizada por uma avalanche ilimitada de compartilhamento e de disseminação de informações exige regulamentação. Isso porque, a sociedade hodierna é marcada pela conectividade, um ambiente estruturado em rede, que representa um processo contínuo de desenvolvimento e progresso cibernético.<sup>18</sup> Assim é que é preciso considerar que a

12 DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 9., Bogotá. *Resolução 30*. Ata Final. Bogotá, 1948a. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_dev\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf). Acesso em: 15 abr. 2020.

13 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 3., França. *Resolução nº 217A*. França: ONU, 1948b. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaracao%3A7%3A30-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.

14 OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019, p. 4.

15 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019.

16 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019, p. 2.

17 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019, p. 2.

18 DONEDA, Danilo; MENDES, Laura. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 555-570, nov./dez. 2018.



proliferação de informações conectadas também exige cautela, segurança dos dados e recomenda a construção de um arcabouço capaz de garantir a integridade das informações armazenadas e compartilhadas.

A LGPD foi aprovada após percurso polêmico no Congresso Nacional. Em que pese a discussão legislativa ter sido principiada com o Projeto de Lei (PL) nº 4.060/2012<sup>19</sup> foi uma iniciativa liderada pelo Poder Executivo, por meio do Ministério da Justiça, em 2015, que ganhou visibilidade e legitimidade nos debates feitos entre os diversos atores da sociedade, como o setor privado, academia, sociedade civil e o próprio governo, recebendo mais de 1.000 contribuições.

O texto na Câmara dos Deputados, foi consubstanciado no PL nº 5.276/2016, tendo, como pilares centrais, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada inserido no contexto de uma sociedade de informação. Contudo, obedecendo ao Regimento Interno da respectiva Casa Legislativa, foi apensado ao PL nº 4.060/2012, por tratar de matéria correlata.<sup>20</sup>

Mas, apenas em 2018, o tema novamente ganhou relevo com o escândalo noticiado internacionalmente, do uso indevido de dados pessoais de usuários do *Facebook*, pela empresa de marketing político *Cambridge Analytica*, incluindo dados de 443 mil usuários brasileiros. Nesse contexto polêmico, a matéria foi aprovada na Câmara dos Deputados no fim de maio daquele ano, e, logo em seguida, no Senado Federal, em regime de urgência (PLC 53/2018), sendo finalmente transformada na Lei Ordinária nº 13.709 em 15 de agosto de 2018.<sup>21</sup>

A elaboração da LGPD apresenta-se, ao menos teoricamente, como uma engenharia jurídica marcada pela transparência nas relações que envolvem tratamento de dados, como o escopo de conjugar, normativamente, regras mais claras, ambiente mais seguro e confiável para o usuário, bem como permitir que as instituições públicas e privadas tenham maior segurança na realização de negócios jurídicos em/na rede.<sup>22</sup>

Embora com previsão de início da vigência em agosto de 2020, mas entrando em vigor no dia 18 de setembro de 2020, uma pesquisa realizada pela Serasa Experian,<sup>23</sup> durante o período da *vacatio legis*, informa que 85% das empresas não estão preparadas para atender as exigências da nova lei.

A pesquisa ouviu um total de 508 empresas, de todos os portes e segmentos, e destacou que as empresas de saúde ocupam a última posição, com apenas 8,7% das companhias em conformidade com a lei. Mesmo diante de tantos desafios, pode-se afirmar, ainda que inicialmente, que a LGPD representa um marco normativo que propiciará uma profunda transformação nas empresas, instituições, profissionais, consumidores e na própria sociedade.

Deve-se considerar que o Presidente da República sancionou em 12 de junho de 2020 a Lei nº 14.010 que, entre outras determinações, estabeleceu a prorrogação para o dia 1º de agosto de 2021 o início da vigência dos artigos da LGPD que tratam de matéria de sanções administrativas e multas.

A previsão inicial era que esses dispositivos entrassem em vigor em agosto de 2020.

19 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4060/2012*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 30 jul. 2020.

20 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5276/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>. Acesso em: 30 jul. 2020.

21 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara: PLC nº 53 de 2018a*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/133486>. Acesso em: 30 jul. 2020.

22 MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na lei geral de proteção de dados do Brasil? *Artigo estratégico*, n. 39, p. 1-14, dez. 2018.

23 SERASA EXPERIAN. *Pesquisa Global de Gestão de Dados*. 2020. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/85-das-empresas-declararam-que-ainda-nao-estao-prontas-para-atender-as-exigencias-da-lei-de-protecao-de-dados-pessoais-mostra-pesquisa-da-serasa-experian>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Cabe ressaltar que a Lei nº 14.010/2020 trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) e altera diversas normas do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista atenuar as consequências socioeconômicas da Covid-19, sob o argumento de preservar contratos e servir de base para futuras decisões judiciais.

Consta esclarecer também que a Lei 14.010/2020 não trata especificadamente da vigência da LGPD como um todo, tendo em vista que a Medida Provisória (MP) 956/2020, publicada no dia 29 de abril de 2020, em uma edição extra do Diário Oficial da União, definiu a prorrogação da LGPD para 3 de maio de 2021. Essa MP estava em tramitação no Congresso Nacional e perdeu validade. O prazo inicial de validade da MP era 28 de junho de 2020 (os primeiros 60 dias), mas com a prorrogação automática pelo mesmo período, em razão de determinação constitucional, soma-se 120 dias de vigência. O prazo final dessa MP era 27 de agosto de 2020 e como não teve sua votação concluída nas duas casas legislativas, a MP perdeu eficácia desde sua edição.

Entende-se desnecessária a prorrogação da vigência da LGPD, porque verifica-se, na verdade, que a pandemia está sendo utilizada como pretexto para a edição de um conjunto de elementos normativos oportunistas, sem a reflexão e a avaliação devidas.

Pode-se perceber que as autoridades públicas têm se utilizado das circunstâncias para a elaboração de normas com temas desprovidos de urgência e completamente dispensáveis no enfrentamento da situação de crise em razão do surto da Covid-19. Como ressalta Frazão<sup>24</sup>, a lei não é uma solução mágica para resolução de demandas socioeconômicas e políticas da sociedade, mas em certa medida, pode se configurar como um mecanismo de afrouxamento do sistema de direitos existente.

### 3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO À SAÚDE

A lei brasileira classifica os dados pessoais de saúde como sensíveis, conceito constante no artigo 5º, inciso II da nº 13.709/2018 - LGPD<sup>25</sup>, o que impõe um grau maior de cuidado e um conjunto maior de restrições para seu uso. Deve-se considerar que dados pessoais sensíveis sobre saúde representam um enorme desafio aos sistemas político, econômico e de justiça, tendo em vista o envolvimento de uma multiplicidade de sujeitos, interesses e racionalidades.

A disponibilidade de dados sobre pacientes e usuários dos sistemas de saúde de um modo geral é cada vez maior<sup>26</sup>, seja por meio de prontuário eletrônico, como regulamentado pela Lei nº 13.787/2018, seja com a troca de informações sobre pacientes entre laboratórios, hospitais, clínicas, médicos e grupos de pesquisa. A troca de informações pessoais sensíveis pode redundar num processo mais robusto e seguro sobre as condições epidemiológicas de grupos populacionais, permitindo, por um lado, a consecução de políticas públicas mais adequadas e precisas, mas por outro lado, pode acarretar a invasão da liberdade e privacidade dos cidadãos, que terão suas vidas devassadas ou mesmo destruídas com a disseminação irresponsável e indiscriminada dessas informações.<sup>27 28</sup>

24 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

25 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

26 ARAGÃO, Suélllyn Mattos de; SCHIOCCET, Taysa. *Lei Geral de Proteção de Dados: desafios do Sistema Único de Saúde. Recis – Rev Eletron Comun Inf Inov Saúde*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 692-708, jul./set. 2020.

27 LEME, Renata Salgado; BLANK, Marcelo. *Lei Geral de Proteção de Dados e segurança da informação na área da saúde. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 3, p. 210-224, jul./set. 2020.

28 KEINERT, Tania Margarete Mezzomo; CORTIZO, Carlos Tato. *Dimensões da privacidade das informações em saúde. Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p.1-4, 2018.

Ademais, a saúde está entre os problemas que mais afligem as pessoas. Desta feita, entende-se que todas as informações geradas em âmbito da saúde, sejam médicas ou de pesquisa, impactam decisivamente os usuários, as empresas e o Poder Público.

Percebe-se, assim, que o tema goza de grande atualidade, pelo grau de utilidade e riscos inerentes, deve-se reconhecer que os dados pessoais estão em constante riscos de segurança no processo de disponibilização, o que gera a necessidade permanente de avaliação dos mecanismos de controle de divulgação das informações provenientes dos dados acessados; a responsabilização do Poder Público, das empresas ou do usuário no caso de eventual vazamento de informações ou de revelação indevida (as chamadas *data breaches* ou violação de dados), além de questões específicas relacionadas à tecnologia da informação e à disponibilidade de recursos humanos especializados.

A contemporaneidade e a relevância do tema de pesquisa despontam sua magnitude na compreensão dos riscos inerentes à sociedade digital, cuja existência dos indivíduos enquanto cidadãos está vinculada à ideia de que a informação é elemento essencial à democracia.

O acesso e o controle dessas informações representam subsídio fundamental para a definição de estruturas de poder. Decisões políticas e econômicas sobre tratamentos, medicamentos e pesquisas, por vezes, dependem do acesso a dados pessoais e sensíveis, o que pode levar a proteção ou violação dos direitos individuais, a liberdade e a privacidade e/ou a garantia ou violação do interesse da coletividade, onerando os países e diminuindo a equidade em saúde entre os indivíduos.

Precisa-se observar que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018) foi alterada pela conversão da Medida Provisória n.º 869/2018 em lei – Lei n.º 13.853/2019. O texto final da LGPD, aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, e foi sancionado no dia 8 de julho de 2019, trazendo, entre outras modificações, relevantes alterações na proteção de dados sensíveis relativos à saúde.

A lei original estabelecia, e isso não foi alterado pela Medida Provisória mencionada, as definições de dado pessoal e dado pessoal sensível. De acordo com o artigo 5.º, I da referida norma, dado pessoal é toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Dado pessoal sensível, ao revés, é qualquer dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Pode-se perceber que esses dados podem ensejar comportamento discriminatório em relação ao seu titular.<sup>29 30</sup> A esses dados, a lei deu proteção ainda mais efetiva. A redação original do artigo 11 enunciava:

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto os casos de portabilidade de dados quando consentido pelo titular.<sup>31</sup>

Com a alteração da Lei n.º 13.853/2019 pela conversão da Medida Provisória n.º 869/2018 em lei, o dispositivo passou a ter a seguinte redação:

29 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

30 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense; 2018.

31 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: I – a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou II – as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.<sup>32</sup>

Pode-se observar que as modificações introduziram duas novas possibilidades de comunicação ou uso compartilhado de dados sensíveis entre controladores, mesmo sem o consentimento do titular da informação. Assim, percebe-se que essas alterações desencadearam implicações importantes aos operadores e titulares dos dados sensíveis.

Na primeira versão da lei, somente era permitida uma possibilidade de controladores comunicarem ou compartilharem entre si dados pessoais sensíveis referentes à saúde dos indivíduos com objetivo de obter vantagem econômica, qual seja, nos casos de portabilidade de dados quando consentido pelo titular.

No entanto, a nova redação da lei estabeleceu que a comunicação e o compartilhamento de dados de saúde entre controladores são possíveis, além do caso especificado, para a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados e para as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços anteriormente mencionados. Em outras palavras, a lei trouxe duas novas possibilidades da comunicação ou compartilhamento de dados sem o consentimento dos titulares.

Pode-se observar que as novas hipóteses de comunicação de compartilhamento de dados apresentam-se extremamente amplas, o que poderia, caso não seja interpretada adequadamente, no sentido de proteção do direito de privacidade, ensejar usos indevidos pelos operadores. O setor de saúde é extremamente sensível ao compartilhamento de dados sensíveis às pessoas, observa-se, cotidianamente, a utilização de dados pessoais entre operadores, entre operadores e titulares, entre instituições estatais, entre instituições estatais e empresas, entre empresas, entre o poder público e os titulares dos dados etc.

A título de exemplo, pode-se citar: a) o pedido de reembolso por despesas médicas aos seguros de saúde, em que o titular dos dados somente recupera os valores gastos se o médico que o atendeu encaminhar um descritivo do procedimento médico realizado; b) a autorização dos planos de saúde para realização de procedimentos médicos mediante o fornecimento de laudo de exames do titular dos dados; c) em discussões de casos, médicos e demais profissionais de saúde, compartilham informações e exames entre si; d) profissionais de saúde, ainda, compartilham informações clínicas e exames de imagens, muitas vezes, por meio de aplicativos de mensagens entre colegas a fim de trocar opinião;

32 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019a*. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm). Acesso em: 30 jul. 2020a.

e) o titular do dado, ao aderir ao seguro de saúde, preenche a declaração de saúde onde faz constar dados sensíveis como doenças pré-existentes; f) o titular do dado em busca do menor preço em farmácias e drogarias e em razão do uso contínuo de medicamentos, para participação de alguns programas de descontos, estão condicionados ao preenchimento de cadastros nas farmácias participantes; g) caso o titular dos dados precise de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde precisará preencher um cadastro para ter acesso aos programas públicos de fornecimento de medicação; h) caso o titular dos dados participe de alguma pesquisa científica e de acompanhamento também precisará preencher cadastro com informações pessoais; i) caso o titular dos dados estejam acometido com alguma doença de notificação obrigatória terá seus dados pessoais inseridos em sistema de controle e acompanhamento.

Percebe-se, assim, que esses são apenas alguns exemplos que expõem como o compartilhamento dos dados pessoais é essencial para o funcionamento do setor de prestação de serviços de saúde. Entretanto, justamente em função de sua essencialidade, o setor da saúde enfrenta entre todos os outros um dos maiores desafios na adequação aos princípios das novas normas mundiais de proteção de dados pessoais<sup>33</sup>. Na proteção de dados pessoais deve-se ter em conta os princípios previstos nas legislações, quais sejam: o respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, dos direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Deve-se aqui destacar que o Supremo Tribunal Federal em maio de 2020 suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A ministra Rosa Weber, relatora das ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema, destacou a gravidade da situação pandêmica mundial, mas ressaltou a impossibilidade de se legitimar, no combate a crise sanitária, o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal de 1988.<sup>34</sup> Cabe, também, mencionar que o Senado Federal aprovou em plenário a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019 que insere a proteção de dados, incluindo os digitalizados, no rol de garantias individuais constitucionalmente protegido, aguardado aprovação da Câmara dos Deputados.<sup>35</sup>

Assim, é preciso ficar claro que os tratamentos de dados podem e devem ser realizados sem, contudo, perder o foco do objeto de tutela: a pessoa humana. O setor de saúde está essencial e fundamentalmente baseado no uso de dados pessoais de saúde dos titulares, e isso não pode ser mudado. O que precisa ser garantido é o respeito aos direitos dos titulares dos dados e a consecução dos melhores parâmetros mundiais de proteção da dignidade humana.

#### **4 USO/DIVULGAÇÃO DE DADOS DE SAÚDE (DADOS SENSÍVEIS) EM CONTEXTO DA ATUAL PANDEMIA DE CORONAVÍRUS**

Para monitorar pessoas e grupos populacionais, com fulcro no controle e localização precisa das áreas com maior disseminação do Sars-Cov2, diferentes autoridades públicas,

33 ARAGÃO, Suélllyn Mattos de; SCHIOCCET, Taysa. Lei Geral de Proteção de Dados: desafios do Sistema Único de Saúde. *Reciis – Rev. Eletron. Comum. Inf. Inov. Saúde*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, jul.-set. 2020, p. 692-708.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende compartilhamento dados de usuários de telefônicas com IBGE*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 9 maio 2020.

35 BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 17, de 2019b*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 7 jul. 2020.



médicas, sanitárias e até mesmo o setor privado, em âmbitos nacional e internacional, têm compartilhado enorme quantidade de informações sobre às condições de saúde dos indivíduos. Trata-se de um contínuo monitoramento de suspeitos e vigilância ininterrupta de doentes confirmados.

Para organizações internacionais de saúde como a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), há um conjunto forte de argumentos para esse tipo de ação das autoridades, seja para o fortalecimento da rede de informações e troca de dados sobre as populações em risco e infectadas, seja para garantir a formação de um sistema de vigilância entre Estados nacionais e regiões específicas, tudo com o escopo de detectar e prevenir da forma mais precoce possível os casos de pessoas confirmadas com a Covid-19. Em outras palavras, sob a justificativa de garantir a mais adequada preparação do grupo de linha de frente para atendimento dos infectados nos serviços de saúde, estão autorizados o uso e compartilhamento de dados pessoais sensíveis.

Assim, o agravamento da pandemia e a necessidade de contenção do vírus acabou por desencadear entre as autoridades mundiais uma tendência de flexibilização das normas restritivas relacionadas à utilização de dados pessoais, exatamente sob a justificativa de facilitar os processos de monitoramento das informações sobre o surto e a busca de ações mais adequadas.

A *Global Privacy Assembly*<sup>36</sup> identificou diversas alterações nos sistemas de proteção de dados e privacidade de no mínimo 27 países, destaca-se os casos da China, Espanha e Hong Kong, apenas para exemplificar.<sup>37</sup> Em Hong Kong o poder público permitiu a extração de informações de redes sociais, com o escopo de rastrear pessoas contaminadas pelo vírus.<sup>38</sup> A Espanha se utilizou do artigo 46 da Lei Geral de Proteção de Dados da Comunidade Europeia para obrigar controladores de empresas (públicas e privadas) fornecerem informações sobre seus empregados contaminados pela Covid-19, assim como permitiu o tratamento de dados pessoais sem o consentimento do titular.<sup>39</sup>

Na China, os usuários de transporte público, em todo país, são obrigados a informar dados pessoais antes de utilizar os veículos, assim como é permitida a utilização de aplicativos para identificação de pessoas que tenham frequentado transporte com indivíduo contaminado pelo novo Coronavírus.<sup>40</sup> Na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), também na China, foi implementada a Declaração Diária de Saúde, amparada na Lei nº 2/2004, como condição de ingresso a locais públicos e privados da região. Trata-se de formulário de preenchimento eletrônico no próprio site dos serviços de saúde de Macau, com validade de um dia, em que o indivíduo deve informar para além de seus dados pessoais e contato, os locais frequentados nos últimos quatorze dias, e eventuais sintomas de saúde que esteja apresentando. Quando do preenchimento, há concordância com a comunicação dos dados e sua divulgação a outros departamentos do próprio governo.<sup>41</sup> Assim, medidas excessivas

36 GPA. *COVID-19 Response Repository*. 2020. Disponível em: <https://globalprivacyassembly.org/covid19/covid19-taskforce/>. Acesso em 25 jul. 2020.

37 GUARIENTO, Daniel; MARTINS, Ricardo Mafféis. Reflexos da COVID-19 na proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/impressoes-digitais/322854/reflexos-do-covid-19-na-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 10 abr. 2020.

38 PCPD.ORG.HK. O uso de informações nas mídias sociais para rastrear possíveis transportadoras do COVID-19. 2020. Disponível em: [https://www.pcpd.org.hk/english/news\\_events/media\\_statements/press\\_20200226.html](https://www.pcpd.org.hk/english/news_events/media_statements/press_20200226.html). Acesso em: 10 mar. 2020.

39 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Report from the state legal service (Detached Department of the SLS at the Spanish DPA) on processing activities relating to the obligation for controllers from private companies and public administrations to report on workers suffering from COVID-19. 2020. Disponível em: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017-en.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

40 GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Mafféis. Reflexos da COVID-19 na proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/impressoes-digitais/322854/reflexos-do-covid-19-na-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 30 mar. 2020.

41 RAPOSO, Vera Lúcia. Macau, a luta contra a Covid-19 no olho do furacão. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p.12-28, abr./jun. 2020.

e, não raro, desproporcionais são justificadas pelo risco sanitário.

Entre as principais medidas protocolares de enfrentamento ao novo coronavírus são, entre outras: o isolamento de pessoas contaminadas; o monitoramento dos indivíduos que tiveram contato próximo com pessoas contaminadas; o treinamento de profissionais de saúde; a estruturação ou reestruturação dos sistemas de saúde, com aquisição de insumos, equipamentos e medicamentos; o fechamento temporário de estabelecimentos públicos e privados e o cancelamento de eventos que tenham propensão para causar aglomerações de menor ou maior porte. Diante disso, a informação, notadamente os dados pessoais sensíveis em âmbito de saúde, torna-se o novo petróleo, o verdadeiro diamante do Século XXI.

Em 7 de fevereiro de 2020, o presidente da República brasileira sancionou a Lei nº 13.979/2020 - a “Lei do Coronavírus”. Essa norma dispõe sobre as medidas de enfrentamento à emergência em saúde pública de proporções internacionais decorrentes do surto da Covid-19. Além desse ato normativo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) aprovou a Resolução Normativa nº 453/2020, a fim de regulamentar o rol de procedimentos e eventos no âmbito dos planos e seguros de saúde e a utilização de testes diagnósticos para detecção do novo Coronavírus.<sup>42</sup> Instituído-se protocolos clínicos a serem seguidos quando o paciente estiver enquadrado na definição de caso suspeito.

As questões que fundamentaram tais medidas foram a coleta e a utilização massiva de dados pessoais dos pacientes confirmados ou em investigação de contaminação pelo novo Coronavírus. A própria Lei nº 13.979/2020 determinou o dever de compartilhamento entre as Autoridades Públicas e as pessoas jurídicas de direito privado, com o intuito de rastrear as pessoas infectadas, bem como o grupo de risco. Contudo, não houve qualquer referência ao tratamento desses dados com o fito de evitar condutas abusivas e/ou discriminatórias, conforme previsto na LGPD.

A utilização e o compartilhamento de dados pessoais, entre as questões que se pode levantar deve-se mencionar a probabilidade de eventual discriminação que os pacientes infectados e monitorados possam vir a sofrer, caso essas informações se tornem públicas sem autorização. Em primeiro momento, pode-se imaginar que não há violação da privacidade dos indivíduos na identificação e no compartilhamento de dados pessoais dos infectados ou suspeitos de infecção, tendo em vista que a própria Lei do Coronavírus determina a notificação compulsória e a troca de informações entre entidades de saúde, inclusive pessoas jurídicas de direito privado. No entanto o maior fluxo de dados pessoais pela via digital desencadeado pela pandemia criou um alto índice de exposição de dados a situações e ambientes inseguros, seja pelos ataques de *hackers* ou vazamento acidental.<sup>43</sup>

A LGPD dispõe as hipóteses em que poderá haver tratamento de dados sensíveis, prescindindo do consentimento do titular. Dentre as hipóteses legais, destacam-se, as alíneas “a” e “f” do inciso II artigo 11 da LGPD, quando determinam que:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: [...]

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for

42 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 453, de 12 de março de 2020*. Altera a Resolução Normativa - RN 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 cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ==>. Acesso em: 15 abr. 2020.

43 GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. *Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei*. Brasília-DF: UNICEUB, 2019. Disponível em: [https://www.uniceub.br/arquivo/144ng\\_20190730051313\\*.pdf?AID=3007](https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*.pdf?AID=3007). Acesso em: 10 jan. 2020.

indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

[...]

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; [...]<sup>44</sup>

Quanto ao princípio da finalidade, expresso no artigo 6º, I da LGPD observa-se a adequação em relação à Lei do Coronavírus, pois o fim específico de utilização dos dados é evitar a propagação da doença e neutralizar o surto do vírus:

Art. 6º, I - As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.<sup>45</sup>

Ocorre que a adequação do tratamento a um dos dispositivos da LGPD não confere, por si só, o poder absoluto aos controladores e operadores a permissão de coleta, compartilhamento e o armazenamento indiscriminado dos dados pessoais sensíveis dos indivíduos, pois não está claro, na legislação ou nas ações das autoridades, os limites de seu tratamento e utilização. Deve-se, pois, questionar o compartilhamento de todo o prontuário médico do paciente sob o argumento da avaliação do risco da infecção da Covid-19, notadamente quando o paciente for portador de doença grave e passível de discriminação. Deve-se considerar ainda, a normatização infraconstitucional prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei 13.787/2019 que determina que os documentos oriundos da digitalização de prontuários de pacientes serão controlados por meio de sistema especializado de gerenciamento eletrônico de documentos, cujas características e requisitos serão especificados em regulamento.

Deve-se considerar que o poder da Administração Pública não pode ser ilimitado. A LGPD atribui regime próprio de proteção e segurança de dados sensíveis de saúde, tendo em vista a alta complexidade e o grau de risco envolvido com a divulgação indiscriminada dessas informações pessoais. Assim, mesmo diante de uma situação pandêmica, a urgência não pode sobrepor-se à prudência do tratamento e a garantia da privacidade das informações pessoais de saúde do indivíduo, enquanto direito fundamental. Quem controla e trata dados pessoais, notadamente os dados sensíveis de saúde, no âmbito dos princípios da LGPD, em especial quando se trata da responsabilização e prestação de contas, deve pautar-se em um sistema de segurança da informação alicerçado em boas práticas de segurança.<sup>46</sup>

Entende-se que os dados precisam ser tratados, como especificado no artigo 5º, inciso X, da LGPD, em razão do momento excepcional de risco à saúde coletiva, mas deve-se considerar a necessidade de obediência a critérios básicos de respeito ao direito à privacidade dos sujeitos de direitos, quais sejam: a coleta do mínimo de informações necessárias, trata-se

---

44 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

45 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

46 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. *Guia boas práticas e governança em proteção de dados pessoais na incorporação imobiliária*. São Paulo: ABRAINC, 2020. Disponível em: [https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Guia\\_Abrainc\\_Bluz\\_2020\\_vf.pdf](https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Guia_Abrainc_Bluz_2020_vf.pdf). Acesso em: 29 ago. 2020.

da função estruturante do princípio “privacy by design”; a garantia da não divulgação pública dos dados desnecessários ao enfrentamento da pandemia; a garantia de adoção de medidas administrativas e técnicas para proteção dos dados de acesso não autorizados; a garantia que os dados não serão utilizados para fins de discriminação das pessoas e/ou grupos e, por fim, a segurança da responsabilização e a prestação de contas, especialmente dos entes governamentais responsáveis. Deve-se destacar que a segurança da responsabilização e a prestação de contas são princípios previstos no inciso X, do artigo 6º da LGPD, exigindo a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância, o cumprimento e a eficácia das normas de proteção de dados pessoais.

Cabe considerar que durante uma situação excepcional e de risco, como durante uma situação pandêmica, desenvolve-se terreno fértil para uma crescente utilização de tecnologias de rastreamento de pessoas, bem como de coleta de dados biológicos para contenção de doenças. Essas ações certamente podem levar a resultados positivos, como a constituição de um banco de informações a serem disponibilizado aos pesquisadores, mas também representam um grande risco para a liberdade das pessoas, tendo em vista que terão seus dados biológicos constantes em sistemas de informação, públicos ou privados.

Frazão<sup>47</sup> destaca que experiências históricas demonstram que governos têm utilizado a crise, em especial as crises de terror e sanitárias, para instrumentalizar interesses obscuros e fragilizar o sistema de proteção de direitos individuais e a própria democracia. A autora continua argumentando que a estratégia seria aproveitar a apatia da população e a confusão mental das pessoas, bem como se servir da fragmentação da opinião pública e o afrouxamento dos controles institucionais para pôr em andamento ações violadoras das liberdades públicas fundamentais.

A utilização do medo e de momentos de crise para aprofundar mudança legislativa e desestruturar sistemas de direito têm sido práticas de diferentes líderes no âmbito da comunidade internacional, essas autoridades estão utilizando a declaração de pandemia mundial para reforçar seus poderes e desconfigurar democracias, ou mesmo aprofundar sistemas autocráticos e ditatoriais. Frazão<sup>48</sup> relata ocorrências como prisão de jornalistas, de ativistas de oposição, de trabalhadores da saúde e de todos os que se atrevem a criticar respostas oficiais ao novo Coronavírus nesses países.

A complexa relação de controle que os Estados nacionais podem exercer sobre seus cidadãos mediante o acesso a determinados dados já foi motivo de análises literárias profundas, como nas obras de Aldous Huxley<sup>49</sup> e George Orwell.<sup>50</sup> Na obra de Huxley o “Admirável mundo novo” é caracterizado como uma sociedade futura em que os indivíduos são condicionados, genética, biológica e psicologicamente a se conformarem de forma pacífica com regras sociais vigentes de um estado autoritário.

Na obra “1984”, Orwell desenvolve uma ficção que trata de um futuro da humanidade estruturado em um regime totalitário, baseado em uma guerra permanente, marcado pela coerção e limitação do pensamento, destaca a desumanização da sociedade e a ideia de

47 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

48 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

49 HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Rio de Janeiro: Globo, 1932.

50 ORWELL, George. *1984*. Trad.: Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

nivelamento dos indivíduos, como forma de eliminar pensamentos diferentes da ideologia dominante. Países como China, Taiwan e Coreia do Sul têm se utilizado de sistemas de geolocalização, via *smartphones*, para recrudescer o poder público e o cumprimento compulsório de decisões governamentais de ações durante a quarentena. No Brasil, para abordagem meramente exemplificativa, governos estaduais e municipais, atuaram no sentido de monitorar a localização das pessoas, sob o argumento de controlar de forma mais adequada e efetiva o isolamento social.<sup>51</sup>

Almeida *et al.*<sup>52</sup> apontam que os governos e o mercado, sob a justificativa da dificuldade de realização de diagnóstico da infecção no âmbito da população considerada em sua generalidade, têm impulsionado iniciativas tecnológicas para o rastreamento de sintomas, contatos e deslocamentos de pessoas, como mecanismo de monitoramento e vigilância de contágio. Esse processo suscitou a análise do tipo e quantidade de danos sobre os indivíduos necessários para efetivação desse empreendimento, além disso permitiu o levantamento de questões relacionadas aos graves desafios éticos, legais e técnicos nesse processo de coleta, acesso, compartilhamento e utilização dos dados. Os autores relatam que:

A Apple e a Google recentemente firmaram uma parceria, visando garantir a interoperabilidade entre os sistemas iOS e Android, para a criação de uma ferramenta de rastreamento para a COVID-19. Segundo as empresas, as pessoas terão a opção de participar, mas não mencionam a opção de retirada de consentimento a qualquer tempo. O sistema, de acordo com especificações divulgadas, apresenta semelhanças com soluções que vêm sendo referidas como 'contact tracing' e inspiram-se, grosso modo, em implementação já operacional em Singapura e propostas em desenvolvimento na Europa como a DP-3T (*Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing*) ou o projeto PEPP-PT (*Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*), esta proposta, assim como a *Safe Paths Platform* do MIT, buscam maximizar a privacidade.<sup>53</sup>

Essas soluções ocorrem com a troca de identificadores anônimos entre telefones próximos via *bluetooth*, por meio do Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI), entre outras. Assim, quando um paciente tiver resultado positivo para o novo coronavírus, deverá fazer o registro desse fato no aplicativo, que transmitirá as informações para a autoridade de saúde responsável. Depois disso, Almeida *et al.* relatam que:

Em seguida, as pessoas com as quais teve contato nos 14 dias anteriores serão alertadas que estiveram em contato com alguém que apresentou diagnóstico positivo para a doença. Como se trata de tecnologias que ainda estão em fase de desenvolvimento e amadurecimento, há diferenças entre implementações que, com o passar do tempo, podem demonstrar ser muito significativas, como, por exemplo, já parece ser o enfoque centralizado do PEPP-PT em contraste ao descentralizado do DP-3T.<sup>54</sup>

51 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

52 ALMEIDA, Bethania de Araújo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020.

53 ALMEIDA, Bethania de Araujo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020, p. 2488.

54 ALMEIDA, Bethania de Araujo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020, p. 2488.



Desta forma, se inicialmente a preocupação era a medição do contato, posteriormente o interesse recairá na fiscalização do cumprimento do isolamento, da quarentena, do contágio, de permissões para sair e/ou frequentar lugares, dentre um emaranhado de restrições que podem ser impostas às pessoas em razão das informações produzidas. Além disso, outra questão que se pode levantar deve-se destacar a possibilidade desses dados serem utilizados e compartilhados por diferentes pessoas e instituições e nesse processo serem divulgados de forma indiscriminada, prejudicando indivíduos e/ou grupos populacionais em virtude de informações sobre condições específicas de saúde, condições socioeconômicas de pessoas, etnicidade, sexualidade e demais circunstâncias que podem gerar discriminação e exclusão social dos sujeitos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre o direito à privacidade e o sigilo de dados sensíveis de caráter personalíssimo é preocupação de juristas há mais de um Século. Os norte-americanos foram os primeiros a formular o *Right to Privacy*, ou o *Right to let be alone*, batizando-o segundo a expressão muito corriqueira na América que é o *let me alone!*

O *Deixe-me em paz* ou o *Não me incomode* foi o mote para o desenvolvimento da teoria jurídica de que a privacidade e o sigilo dos dados sensíveis são bens jurídicos e que devem ser protegidos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos distinguiu em seus termos a proteção à vida privada.

Por outro lado, compreende-se que a ciência é um empreendimento coletivo, e como tal, necessita da colaboração de vários atores para a consecução de pesquisas, em especial na área da saúde que, com frequência, se utiliza de dados sensíveis para a realização de seus estudos. Nesse sentido, o uso e o compartilhamento dessas informações exigem cautela redobrada, especialmente em situações pandêmicas, em que aplicação de exceções ao sistema de proteção de direitos fundamentais é utilizada em nome da proteção da saúde coletiva.

A pandemia por Sars-Cov2 e a necessidade de contenção do vírus desencadearam entre as autoridades a tendência de flexibilizar as normas restritivas relacionadas à utilização de dados pessoais, sob a justificativa de facilitar os processos de monitoramento e acompanhamento das informações sobre o surto e a busca de tratamentos mais adequados para o grande número de infectados. Assim é que se tornou comum, ao redor do mundo, mudanças nas leis de proteção de dados realizadas às pressas, a fim de possibilitar a ação de governos e instituições envolvidas com o enfrentamento da Covid-19.

Em terras brasileiras em que há abundância de normas jurídicas, muitas delas casuísticas, para a proteção da privacidade, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a situação exige cautela redobrada. Deve-se considerar o especificado no artigo 26 da LGPD quando assevera que o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais estabelecidos no artigo 6<sup>a</sup> da LGPD.

A utilização e o compartilhamento massivo de dados pessoais, produzidos em função da pandemia além de propiciar eventual discriminação dos pacientes infectados e monitorados podem causar danos pessoais se tais informações se tornem públicas maliciosamente e sem autorização.

Não se discute que a tecnologia e a ciência avancem para tornar a vida das pessoas mais segura e que os Estados empreendam medidas sanitárias para garantir a higidez da saúde de seus nacionais. Contudo, padrões éticos e de proteção de direitos individuais mínimos devem ser observados de modo a responder a esse desafio que se impõe.

Como inexistente experiência prévia de proteção de dados pessoais no Brasil, é imperioso que o tema seja acompanhado de perto pelos estudiosos do Direito Sanitário, de modo a contribuir com essa discussão zelando pelo avanço da ciência de modo ético e responsável.

## REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Report from the state legal service (Detached Department of the SLS at the Spanish DPA) on processing activities relating to the obligation for controllers from private companies and public administrations to report on workers suffering from COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017-en.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 453, de 12 de março de 2020*. Altera a Resolução Normativa - RN 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 cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ==>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ALMEIDA, Bethania de Araújo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020.

ALVES, Sandra Mara Campos. Os sistemas de informação de saúde no Brasil e o direito à intimidade. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília-DF, v. 3, n. 1, p. 84-93, jan./jun. 2014.

ARAGÃO, Suélyn Mattos de; SCHIOCCET, Taysa. Lei Geral de Proteção de Dados: desafios do Sistema Único de Saúde. *Reciis – Rev. Eletron. Comum. Inf. Inov. Saúde*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 692-708, jul./set. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. *Guia boas práticas e governança em proteção de dados pessoais na incorporação imobiliária*. São Paulo: ABRAIN, 2020. Disponível em: [https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Guia\\_Abrainc\\_Bluz\\_2020\\_vf.pdf](https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Guia_Abrainc_Bluz_2020_vf.pdf). Acesso em: 29 ago. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense; 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4060/2012*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5276/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019a*. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm). Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara: PLC nº 53 de 2018a*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 17, de 2019b*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende compartilhamento dados de usuários de telefônicas com IBGE*. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 9 maio 2020.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 9., Bogotá. *Resolução 30*. Ata Final. Bogotá, 1948a. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-contenudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_dev\\_homem.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-contenudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf). Acesso em: 15 abr. 2020.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 3., França. *Resolução nº 217 A*. França: ONU, 1948b. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*. Rio de Janeiro: Renovar; 2005.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 555-570, nov./dez. 2018.

FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD*. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. *Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei*. Brasília-DF: UNICEUB, 2019. Disponível em: [https://www.uniceub.br/arquivo/144ng\\_20190730051313\\*pdf?AID=3007](https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*pdf?AID=3007). Acesso em: 10 jan. 2020.

GPA. *COVID-19 Response Repository*. 2020. Disponível em: <https://globalprivacyassembly.org/covid19/covid19-taskforce/>. Acesso em 25 jul. 2020.

GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Maffeis. Reflexos da COVID-19 na proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/impressoes-digitais/322854/reflexos-do-covid-19-na-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 30 mar. 2020.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Rio de Janeiro: Globo, 1932.

KEINERT, Tania Margarete Mezzomo; CORTIZO, Carlos Tato. Dimensões da privacidade das informações em saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p.1-4 2018.

LEME, Renata Salgado; BLANK, Marcelo. Lei Geral de Proteção de Dados e segurança da informação na área da saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v.9, n.3, p.210-224, jul./set. 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na lei geral de proteção de dados do Brasil? *Artigo estratégico*, n.39, p.1-14, dez. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/18). *Revista de Direito e Garantias*

*Fundamentais*, Vitória, v.19, p.159-180, set./dez. 2018.

OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019.

OPAS. *Folha informativa – COVID-19: Escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. [atualizado em 28 de julho de 2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=com%20COVID%2D19%3F-Os%20sintomas%20mais%20comuns%20da%20COVID%2D19%20s%C3%A3o%20febre%2C%20cansa%C3%A7o,das%20m%C3%A3os%20ou%20dos%20p%C3%A9s>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ORWELL, George. 1984. Trad.: Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PCPD.ORG.HK. *O uso de informações nas mídias sociais para rastrear possíveis transportadoras do COVID-19*. 2020. Disponível em: [https://www.pcpd.org.hk/english/news\\_events/media\\_statements/press\\_20200226.html](https://www.pcpd.org.hk/english/news_events/media_statements/press_20200226.html). Acesso em: 10 mar. 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia. Macau, a luta contra a Covid-19 no olho do furacão. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p.12-28, abr./jun. 2020.

SERASA EXPERIAN. *Pesquisa Global de Gestão de Dados*. 2020. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/85-das-empresas-declaram-que-ainda-nao-estao-prontas-para-atender-as-exigencias-da-lei-de-protexcao-de-dados-pessoais-mostra-pesquisa-da-serasa-experian>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019

VENTURA, Miriam; COELI, Cláudia Medina. Para além da privacidade: direito à informação na saúde, proteção de dados pessoais e governança. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p. 1-4, 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

---

**Recebido em:** 19.09.2020

**Aprovado em:** 17.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia; ALVES, Sandra Mara Campos. Dados pessoais sensíveis e a pandemia de coronavírus: Divulgar para proteger? *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.240-257, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-15.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# LEGAL SYSTEM OF EPIDEMIC PREVENTION AND CONTROL IN CHINA

## 中华人民共和国传染病防控法律体系

Yifei Chen<sup>1</sup>  
Mingsun Yang<sup>2</sup>

**ABSTRACT:** Since the reform and opening up, especially after SARS, China has accelerated its construction of legal system for the prevention and control of epidemic diseases, and has initially formed a legal system for the prevention and control of epidemic diseases with the Law of the people's Republic of China on the Prevention and Control of Infectious Diseases, the Law of the people's Republic of China on Emergency Response, and the Emergency Regulations for Public Health Emergencies as the core. However, the spread of COVID-19 in 2020 made a new challenge to the current national legal system for the prevention and control of epidemic diseases. China should adhere to the concept of overall national security, redefine and classify the epidemic situation scientifically, clarify its connotation and extension, at the same time China should change the concept of prevention and control based on abnormal state, and replace it with a regular, systematic and whole process comprehensive management method. Guided by problems and objectives, China should fully understand the shortcomings of the existing legal system for the prevention and control of the epidemic situation, pay close attention to mending the shortcomings, plugging loopholes, bolster weak spots, speed up the improvement of the legal system for the prevention and control of the epidemic situation, in order to build a sound national public health emergency management system and mechanism.

**Keywords:** epidemic prevention; emergency management; public health events; governing the country according to law.

**摘要:** 尤其是非典以后,我国加快了对疫情防治法律制度的建设,初步形成了以《中华人民共和国传染病防治法》、《中华人民共和国突发事件应对法》、《突发公共卫生事件应急条例》为核心的疫情防治法律体系,基本做到了有法可依。然而,2020年新型冠状病毒的蔓延事关国家安危,对当前国家疫情防治法律制度提出了新的挑战,我们必须坚持总体国家安全观的理念,对疫情重新科学定义和分类,明确其内涵和外延,同时改变以往非常态化为主的防治理念,替之以常态化、系统性的、全过程的综合治理方法。以问题和目的为导向,充分认识现有疫情防治法律制度的不足,抓紧补短板、堵漏洞、强弱项,加快完善疫情防治法律体系,构建健全的国家公共卫生应急管理体制和机制,为奋力打赢疫情防治这场人民战役提供牢固的制度保障。

**关键词:** 防疫;应急管理;公共卫生事件;依法治国。

1 Doctor of Law at Xiangtan University (Hunan/China). Professor in Law School at Anhui University of Finance and Economics (Bengbu/China).

2 Master of Law at National Taiwan University/China. Assistant research fellow in Dr. Sun Yat Sen Research Center (Taipei/China).



## 1 INTRODUCTION

At the end of January 2020, the original lively and peaceful Spring Festival, was broken by a sudden major epidemic, and the land of China was shrouded in the haze of a COVID-19 threat. Hubei Wuhan, tens of thousands of people were infected, thousands of people died, national economic life was greatly affected. At this critical juncture, the CPC Central Committee made wise decisions and directed all localities to mobilize quickly, and the whole country launched a war of epidemic prevention against the COVID-19. In response to this campaign, which posed a serious challenge to the ability of the party and the state to govern, General Secretary Xi Jinping, when he presided over the third meeting of the Central Committee on the Comprehensive Rule of Law, pointed out that the state “comprehensively improves the ability of preventing and controlling the epidemic according to law and provides strong legal protection.”<sup>3</sup>

Since the reform and opening-up, especially after entering the twenty-first century, China has successively promulgated the Law of the People’s Republic of China on the Prevention and Control of Infectious Diseases (hereinafter referred to as the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases), the Regulations on Emergency Response to Public Health Emergencies (hereinafter referred to as the Emergency Regulations) and the Law on Emergency Response of the People’s Republic of China (hereinafter referred to as the Law on Emergency Response), which have basically solved the problems of incomplete legal system, unscientific classification and inadequate institutional mechanisms in the prevention and control of epidemic situations, for China to effectively deal with the 2003 SARS epidemic, 2009 influenza A H1N1, 2012 Middle East respiratory syndrome, and Ebola haemorrhagic fever and other major outbreaks play an effective role in guidance, regulation and protection. However, with the emergence of sudden acute infectious diseases in the world, the risk of overseas import of infectious diseases and useless misuse of biotechnology is increasing. In recent years, the epidemic situation in China has entered a period of high incidence, which poses more and more serious challenges to China’s ability to deal with the epidemic situation, especially the major epidemic situation. In response to the COVID-19 epidemic, which has swept across the country and even spread to the world, although all Chinese departments, under the unified leadership of the CPC Central Committee and the State Council, have made decisive decisions in accordance with laws and regulations, made clear division of labor, acted quickly, joined forces, and ensured that the rapid spread of the virus has been curbed in a very short period of time, and good management effects and rule of law effects have been achieved, but many problems have also been exposed. According to the analysis of the 13<sup>th</sup> Five-Year Plan for the Construction of the National Emergency response system, the development of China’s emergency response system is not suitable for the severe public security situation. The main performance is: “after-treatment, less preparation, risk hidden trouble investigation and management is not in place, laws and standards system is not perfect, information resources sharing is not adequate.”<sup>4</sup> In view of the fact that the current legal system can no longer meet the overall needs of prevention and control, the Central Committee has proposed that “the relevant legislation on epidemic prevention and control, the construction of supporting systems, the improvement of punishment procedures, the strengthening of public safety and security, and the construction

---

3 People’s net. Chairman Xi Jinping convenes the Central Committee for the Comprehensive Rule of Law [OL]. Available at: <http://politics.people.com.cn/n1/2020/0206/c1024-31573100.html>. Access on: Feb. 06, 2020.

4 Baidu encyclopedia. Construction of National Emergency Response System [OL]. Available at: <https://baike.baidu.com/item/国家突发事件应急体系建设“十三五”规划/22035756?fr=aladdin>. Access on: July 01, 2017.

of a complete, scientific and operational legal system for epidemic prevention and control should be improved.” General requirements. It is an urgent task to study and perfect the legal system of epidemic prevention and control in China.

## **2 OVERVIEW OF CURRENT CHINESE LAW SYSTEM**

As part of the emergency legal system, China’s current content on epidemic prevention and control is mainly concentrated in the Law of the People’s Republic of China on the Prevention and Control of Infectious Diseases, the Regulations on Emergency Response to Public Health Emergencies and the Law of the People’s Republic of China on Emergency Response. The formulation of these three legal norms has its special historical background. As part of the legal system of administrative emergency, it follows special administrative principles and plays an important institutional support and guarantee role in the prevention and control of the epidemic situation.

### **2.1 Sources of law for the prevention and control of the epidemic**

China has always attached special importance to the prevention and control of infectious diseases. On February 21, 1989, the Standing Committee of the National People’s Congress adopted the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, which made China have laws to abide by. After the 1980s, with the rise of the concept of administrative emergency, countries, especially in Europe and the United States, began to pay attention to the huge impact of emergencies on the country. It is one of the most important non-technical support systems in the national public emergency system. Chinese academics follow the tide, the emphasis of theoretical research has gradually changed from normal administration to abnormal administration. At the same time, the epidemic situation as an important emergency has been more and more concerned by the theoretical community. However, due to objective constraints, the breadth and depth of the epidemic study has been inadequate, the legal system under the guidance of theory also shows lag. The SARS outbreak in 2003 was an opportunity and a turning point, in order to deal with the shortage of SARS, the State Council enacted the Emergency Regulations that year, this regulation was amended in 2011. After SARS, in accordance with the overall framework of the “one case, three systems” (emergency plan, emergency system, emergency mechanism and emergency legal system), step by step began the construction of the epidemic prevention and control legal system. By time, the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases was amended and perfected by the Standing Committee of the National People’s Congress in 2004 and 2013, on the basis of the State Council’s General Emergency Plan for Public Emergencies (hereinafter referred to as the Emergency Plan), the Law on Emergency Response was enacted on August 30, 2007. These two laws and the Emergency Regulations are the main sources of law for the prevention and management of the epidemic. Laws such as the Martial Law of the People’s Republic of China and the National Security Law of the People’s Republic of China, as part of the administrative emergency legal system, Fill in the lack of epidemic prevention and control.

### **2.2 Legal characteristics of epidemic prevention and control**

As a kind of administrative emergency law, the law of epidemic prevention and control embodies the characteristics of law and policy more than the administrative law in the conventional state. It mainly adjusts the relationship between state power, state power and

civil rights and civil rights under the outbreak of epidemic situation. In terms of legal function, the epidemic prevention and control law “mainly ensures that the abstract administrative regulations formulated by the administrative organs in response to all aspects of the emergency and the specific administrative decisions made can ‘prevent and reduce the occurrence of the emergency, control, mitigate and eliminate the serious social hazards caused by the emergency, protect the safety of people’s lives and property, and safeguard national security, public security, environmental security and social order’.”<sup>5</sup>

According to this requirement, the current epidemic prevention and control law has the characteristics of full inclusion, full coverage and all departments. “Full inclusion” refers to the inclusion of all infectious diseases in the epidemic prevention and control objects, and classified prevention and control. “Full coverage” refers to the whole process of monitoring and tracking the occurrence, outbreak and epidemic of the epidemic situation, to do a good job in the prevention, reporting, control and treatment of the epidemic situation, and to establish a mechanism for accountability. The whole system refers to the establishment of the epidemic prevention and control legal system with the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases as the overall plan, the Emergency regulations and the Emergency Plan as the emergency mechanism, the Emergency Law and other laws as the supporting laws, and the improvement of the public health emergency response mechanism from the central to the provincial and municipal levels.

In order to pay attention to the realization of the goal of epidemic prevention and control, the content of the law pays more attention to the means and measures to achieve the goal. Generally speaking, compared with the conventional state, the law of epidemic prevention and control has a certain degree of super-legal, centralized and expansion, more restrictions on civil rights, less relief, in other words, follow the “no law in emergency” provisions. Specifically, the current epidemic prevention and control legal system has the characteristics of “power priority, emergency treatment, procedural particularity, social cooperation, limited relief” and so on.<sup>6</sup>

### **2.3 Relevant provisions of the law on the prevention and control of the epidemic**

The Emergency Response Law, as a law regulating emergency response activities at the national level, highlights the concept of “comprehensive emergency management”, which is “all kinds of disasters on the object, whole process and multi-agent structure”, and strives to organize and mobilize all subjects. The whole process (including prevention and preparation, early warning and monitoring, rescue and disposal, rehabilitation and recovery) covers all kinds of public emergencies. The corresponding “emergency general plan” is also built into a “vertical to the end, horizontal to the edge” plan. Under this concept of comprehensive emergency response, the Emergency Response Law can not achieve the detailed provisions of the epidemic situation. In addition to Article 3, paragraph 1, of the Emergency Response Law, which explains the meaning of the emergency time, including the epidemic situation, the provisions that refer separately to the disposal of the emergency situation include Article 21 (risk sources, investigation and assessment of dangerous areas, etc.), Article 41 (monitoring system), Article 42 (early warning system), Article 49 (emergency measures), Article 56 (on-site rescue and disposal), and Article 58 (measures to stop emergency disposal). Most of these provisions are similar to the Infectious Disease Prevention and Control Act and the Emergency

---

5 JIANGANG, Qi. The rise of Emergency Administration and the Construction of Administrative Emergency Law [J]. *Law Research*, 2012, n.4, p.24-26.

6 CHUAN, Mo Yu. It is proposed to establish emergency procedure clause in China’s administrative procedure code [J]. *Politics and Law*, 2003, n.6, p.8-11.

Regulations, but more principled.

The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, as a special law for the prevention and control of infectious diseases, classifies infectious disease areas into categories A, B and C according to the outbreak, prevalence and degree of harm of infectious diseases, of which category A is the most harmful, and currently only includes plague and cholera (according to article 4 of the Law, three types of infectious diseases, such as infectious atypical pneumonia, are subject to the prevention and control measures of class A infectious diseases). The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases stipulates that people's governments at various levels shall lead the prevention and control of infectious diseases (Article 5), and the health administrative departments at all levels shall be responsible for the prevention and control of infectious diseases and their supervision within the region (Article 6). Starting from the construction of the whole process system for the prevention and control of infectious diseases, the Law stipulates that people's governments at all levels must do a good job in the prevention, reporting, notification and publication of infectious diseases, epidemic control, medical treatment, supervision and administration, and safeguard measures, and stipulate the legal responsibilities of the corresponding responsible departments. It should be said that the revised law is more informative, more hierarchical, more complete and more operational.

In order to solve the problems of inaccurate information, lack of response and insufficient emergency preparedness in the work of SARS period, a unified, efficient and authoritative emergency handling mechanism for epidemic situation was established to ensure public health and life safety, and to maintain social stability. The State Council adopted the Emergency Regulations on 7 May 2003 and revised them in 2011. In terms of content, first of all, the regulations stipulate the departments responsible for the prevention and control of the epidemic, and clarify the relevant principles of the prevention and control of the epidemic; secondly, the regulations establish a more detailed working mechanism from three aspects: prevention and emergency preparedness, reporting and information release, emergency handling, among which prevention and emergency response include early warning monitoring, information collection, analysis and processing, construction and training of emergency teams, and storage of emergency supplies; reporting and information release stipulate the time limits and procedures for reporting information to governments at all levels; and emergency handling prescribes specific measures for emergency disposal in various departments;

### **3 SHORTCOMINGS IN CURRENT LEGISLATION**

#### **3.1 The definition of the epidemic is unclear and the classification is inaccurate**

At present, the law does not give an accurate definition of "epidemic situation", it is not scientific in the classification of epidemic situation, and does not distinguish between general epidemic situation and major epidemic situation, which brings some difficulties to the prevention and control of epidemic situation.

The Law on Emergency Response as a law to deal with all emergencies is relatively broad, and does not define the concept, scope and specific operational norms of the epidemic. The Emergency Regulations only define the concept of "public health emergencies", which include not only outbreaks, but also mass diseases of unknown origin, major food and occupational poisoning.

The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, as the main law regulating infectious diseases, does not define infectious diseases clearly, and the classification is not

scientific. There are four outstanding issues:

First, the names of various infectious diseases are listed only by example, but the concept of infectious diseases is not summed up. The classification of infectious diseases is highly subjective and lacks objective standards.

Second, the word “epidemic” has been used in many places, but there is no accurate definition of “epidemic”, and the use of infectious diseases and “epidemic” is ambiguous. Since ancient times, the word “epidemic” refers to a disease that can be transmitted. In “Shuo Wen Jie Zi”, the word “epidemic.”<sup>7</sup> In modern times, infectious diseases are generally not distinguished, and the two are equivalent. The term “epidemic” is now generally interpreted as “the occurrence and spread of infectious diseases”, describing the process of epidemic occurrence of infectious diseases. The second chapter of the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases, “Prevention of Infectious Diseases”, includes the surveillance system and early warning system of infectious diseases, in which the contents of surveillance and early warning include the occurrence and prevalence of infectious diseases (Article 17). Chapter III Outbreaks in the Report, Notification and Publication of Outbreaks include outbreaks and epidemics (Article 31). It can be seen that “infectious disease” and “epidemic situation” both contain the meaning of occurrence and epidemic, the law does not make an effective distinction between the two, such cases in the Infectious Diseases Prevention and Control Law is not uncommon.

Third, the classification of epidemic situation is not scientific. According to the National Health Commission, the difference between influenza and COVID-19 infection is in four aspects: first, the source of the disease is different. Influenza is not a common cold, it is a respiratory infectious disease, it is caused by influenza virus, and the pneumonia infected by COVID-19 is an infectious disease, and it has a clear epidemiological history; secondly, the onset time is inconsistent. The high incidence of influenza is mainly in winter and spring, and the COVID-19-infected pneumonia is a newly developed disease in winter at the end of 2019; Thirdly, influenza has a very obvious fever, often high fever, but few systemic symptoms of muscle pain or fatigue, but COVID-19 infections often have fever, cough, fatigue, vomiting, abdominal pain, diarrhea, sore limbs, etc. Finally, the severity of the two is different from that of the susceptible population. Although both are susceptible to death in the whole population, the COVID-19 is more severe in the elderly and patients with chronic underlying diseases. People who first understand medical common sense can feel that the National Health and Health Commission is more reluctant to distinguish the two, can not be completely convincing.

Influenza is an acute respiratory infectious disease caused by influenza virus. There are many viruses causing influenza, there are thousands, from the performance, can be divided into simple influenza, pneumonia influenza, toxic influenza, gastrointestinal influenza and so on. Among them, pneumonia influenza and infectious atypical pneumonia have many similarities in the pathogenesis, not only the harm to the human body, but also the symptoms after the illness. Because the two are difficult to distinguish, it is understandable why people who are initially infected with the COVID-19 do not pay attention to it and treat it only as a common influenza.

At the same time, China can find that the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases lists rabies, neonatal tetanus and schistosomiasis as Class B infectious diseases, while influenza as Class C infectious diseases. Unlike influenza, other infections are generally transmitted between individuals in one-to-one form, with very little harm. But influenza is very

---

7 SHEN, Xu. (Eastern Han Dynasty). Explanation of Shuo Wen [M]. *Jiangsu Ancient Books Press*, 2001, p.156.



harmful to society, according to incomplete statistics, hundreds of thousands of people die from influenza every year. Therefore, there are some scholars doubt the rationality of the distinction between infectious diseases.

Fourth, there is no distinction between general and major epidemics. In the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, infectious diseases are classified only by etiology, not according to the influence of epidemic situation, and the general epidemic situation and major epidemic situation are distinguished, which results in inaccurate judgment of major epidemic situation and untimely disposal, which brings great difficulties to practical work.

### **3.2 The legal system for the prevention and control of the epidemic is not sound**

After years of hard work, China's epidemic prevention and control legal system has been initially established, basically achieved the law to abide by. But from the actual treatment effect, such legal system is still very imperfect, including the following three points: first, the construction of the legal system for epidemic prevention and control is relatively backward.

As early as the 1990s, China promulgated laws such as the Law of the People's Republic of China on Flood Control and the Law of the People's Republic of China on Earthquake Prevention and Disaster Reduction. Compared with the work of flood control and earthquake resistance, China's prevention and control of the epidemic situation is still in its infancy, the relevant legal system is also relatively backward, and the supporting system is not perfect. Second, there is a conflict between the legal norms of the epidemic situation. In terms of content, the contents of the three laws are intersected (as mentioned earlier), and the classification is unreasonable. As far as the legal effect is concerned, the Emergency Regulations, as the regulations promulgated by the State Council, are lower than the other two laws, but they are the main basis for the prevention and control of the epidemic situation. Third, the link with other administrative laws is not enough. First, the link with the normal administrative law is not enough. Major outbreaks may have a huge impact on the normal operation of the economy, industry, medical care, education and culture, making national life and social order completely out of control. For example, Article 52 of the Emergency Regulations stipulates that "In the event of an emergency, the public security organ or the administrative department for industry and commerce shall impose administrative penalties according to law; if a crime is constituted, criminal responsibility shall be investigated according to law." Such provisions are too vague and lack maneuverability. Second, the lack of a unified administrative emergency law coordination mechanism. In the absence of a state of emergency law in China, if the state enters a state of emergency because of the epidemic, how to balance the various administrative emergency laws, especially in the areas of administrative coercive measures such as restricting personal freedom, and traffic control, there is still a certain conflict between the laws, which needs to be coordinated by a unified and perfect legal system.

### **3.3 The content of the law is not comprehensive and targeted**

#### *3.3.1 The lack of Chinese administrative emergency legal theory research*

The basic principle of administrative law is the importance that the basic spiritual value of administrative law can be carried out in the administrative legal system, which is the basis or origin of the rules of administrative law. It guides all stages of administrative law, such as administrative legislation, administrative law enforcement, administrative judicial and administrative legal supervision, and runs through the whole of modern administrative law."<sup>8</sup> At

---

8 WANGHONG, Liu. Editor in chief. *Administrative Law* [C]. Nanjing: Nanjing normal University Press, 2005, p.57.

present, the mainstream view of China's administrative law circles holds that the basic principles of administrative law are "the principle of administrative legality (including the principle of legal reservation and legal priority), the principle of administrative reasonableness (including the principle of administrative openness, administrative justice, proportionality, trust protection and respect for human rights protection)."<sup>9</sup> Some scholars have also added the "principle of administrative efficiency", which focuses on restricting the power of the administrative subject in order to protect the legitimate rights of citizens. However, in the case of emergency, the academic circles of administrative subject exercising power according to what principles are not deep enough. According to the general viewpoint, the principle of emergency is followed in emergency state. Administrative organs will use summary procedures to formulate emergency rules and decisions, and give full play to the functions of administrative limitation and term system. The principle of contingency will weaken the principle of legal superiority and the principle of legal reservation in traditional administrative law".<sup>10</sup> Under the guidance of this principle, the law of epidemic prevention and control shows the characteristics of "emphasizing entity and procedure, power expansion and human rights protection, punishment and relief." When the major epidemic comes, many administrative organs do not act or act indiscriminately. During the prevention and treatment of the COVID-19 epidemic, the author found that many areas have issued emergency measures, such as "administrative detention of all people who refuse to wear masks to enter public places, administrative detention of all business owners in advance" and many other restrictions on personal freedom. What's more, in order to prohibit the movement of people, each place is separate, all the highway junctions leading to this area are closed, resulting in the first high speed of the people can not get off the high speed, artificially created in the high speed stranded on the homeless tragedy of more than ten days. These phenomena are different in the epidemic, regardless of whether these acts have a legal basis, whether there is a way for innocent people to recover in the future, the loss of compensation by the laws and regulations are not guaranteed. How to limit the infringement of citizens' basic rights by the expansion of emergency administration and how to guarantee the citizens' basic right of relief is an urgent subject to be discussed in the field of legal theory under the major epidemic situation, and it is also a major problem before legislators, judiciaries and law enforcers.

### 3.3.2 *The exposure of major outbreaks*

On the one hand, the law stipulates too much principle, not meticulous enough. "Emergency Response Law" contains "all kinds of disasters", is a large and wide emergency response law, it is impossible to make a detailed special provisions on the epidemic. The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases focuses on prevention and treatment, but one focuses on treatment rather than prevention, with only a few mistakes on how to establish effective preventive measures and early warning mechanisms. It is clearly insufficient to estimate the problems in response to the outbreak, and the other lacks provisions on the content of recovery and reconstruction after the outbreak. The problem of the Emergency Regulations is that one of the targets includes not only the epidemic situation, but also the major food and occupational poisoning events, and the prevention and treatment of the epidemic situation is not strong. Second, the purpose of the Emergency Regulations is to deal with SARS in an

---

9 HAOCAL, Luo; ZHONGLE, Zhan. Editor. *Administrative Law* [C]. Beijing: Peking University Press, 2016, p.29-35.

10 JIANGANG, Qi. The rise of Emergency Administration and the Construction of Administrative Emergency Law [J]. *Law Research*, 2012, n.4, p.24-26.

emergency. The contents are not only rough, but also the times have changed, which can not meet the needs of the current epidemic prevention and control work.

On the other hand, it is also the most important drawback. The current legal system for epidemic prevention and control does not treat major outbreaks as major sudden disasters. The treatment of major outbreaks is not only a matter of medical level, but can not be summarized simply from the perspective of prevention and control. A major sudden disaster is likely to lead to systemic risk and plunge the whole country into a huge crisis. Therefore, the law must give all the problems at the time of the epidemic to explain and regulate, otherwise it is contrary to the requirements of the rule of law. From the point of view of the prevention and control of the COVID-19 incident, the current legal system lacks the exercise prevention and control mechanism for the daily epidemic situation, the specific standards and procedures for the detection and reporting of the epidemic situation, and the grading standards for the measures taken after the spread of the epidemic situation. And how to rebuild and restore the specific provisions after epidemic control. From the point of view of the specific details involved, there is a lack of provisions on the detailed contents, including emergency state release, public opinion control, blockade of epidemic areas, personnel investigation and isolation, epidemic situation release, medical material support, etc. From the main body involved in the response, there is a lack of authorization and regulation for almost all government departments, including medical and health care, public security fire control, traffic management, industrial and commercial quality supervision, and all non-administrative organizations and individual acts of the army, streets and village committees. Therefore, in the actual work, many administrative acts have no legal basis, many of the content of legal basis is too broad, operability is not strong. Departments are either afraid to act because there is no basis, or more than the principle of proportion of human rights violations occurred in large numbers, seriously affecting the credibility of the government and the efficiency of the epidemic. Therefore, the current legal system of epidemic prevention and control can not fundamentally solve all the problems of dealing with major epidemics, and it can even be said that it is quite pale in many places and has caused many problems in dealing with major epidemics.

## **4 HOW TO IMPROVE THE LEGAL SYSTEM ON EPIDEMIC CONTROL**

### **4.1 Clarify concepts and scientifically classify outbreaks**

China should changing the current practice of defining infectious diseases only by example, which is dangerous when China meet unknown disease. China should combing medical, biological and other knowledge and using semantic hermeneutics to scientifically define infectious diseases. At the same time, the connotation and extension of the epidemic situation are clearly defined, and the meaning of each word such as occurrence, outbreak and epidemic is accurately distinguished, so as to prevent the mixed use of infectious diseases and epidemic situations.

However, the classification of the current Law on Prevention and Control of Infectious Diseases is sublated, and the degree of social harm of infectious diseases under different circumstances is determined from the epidemiological point of view, according to the characteristics of infectious disease transmission, and so on, so as to carry out comprehensive scientific classification. Because of the need of epidemic prevention and control, special regulations can be made on the prevention and control of the epidemic situation above the major level at the legal level, while the epidemic situation below a large degree can be stipulated by the provinces and cities separately.

## 4.2 Aim-oriented improvement of the existing legal system

The purpose of epidemic prevention and control is to actively and effectively prevent and control the occurrence and spread of the epidemic. On the one hand, the law is formulated as a system guarantee to achieve the purpose, and the advantages and disadvantages of the law are also tested by the effect of prevention and control.

### 4.2.1 *Building an internal coordinated and unified epidemic legal system.*

China urgently needs to straighten out the internal logic of existing laws and regulations and coordinate the laws in form. As for the way, I put forward two ideas: First idea, because the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases has been relatively perfect in the framework, China can adjust and enrich the original provisions, increase the content of major epidemic disasters, perfect the punishment procedure, and formulate a law such as the Law on the Prevention and Mitigation of Infectious Diseases, which can be named as the Law on the Prevention and Mitigation of Infectious Diseases, on the basis of absorbing the relevant contents of the Law on Emergency Response and the Emergency Regulations, and on the basis of practical experience. The author believes that the benefit is to maintain the stability of the system, and the disadvantage is to make the whole law too large.

Second idea is formulating a separate “Emergency Regulations for Major Outbreaks” to partially absorb the “Emergency Regulations” on the basis of maintaining the original “Prevention and Control of Infectious Diseases” and “Emergency Response Law”, in this way, dealing with all kinds of problems under major epidemic situations as a whole. The advantage is simple and clear, but the disadvantage is that the rank is low, it is not easy to maintain the stability of the system.

### 4.2.2 *Speed up the construction of legal theory and fill in legal gaps*

Under the premise of scientifically assessing the trend, scope and magnitude of the epidemic situation, according to the “principles of public interest, moderation and necessity, openness and transparency, responsibility and timeliness”<sup>11</sup>, so it is necessary not only to give the administrative subject full exercise of the power to prevent and control the epidemic situation, but also ask the administrative subject to deal with it in a timely and decisive manner, to ensure the effect of prevention and control, but also to strictly prevent and control the abuse of public power to private rights.

At the same time, the law must clarify the relevant punishment standards and procedures, such as stipulating that the operator’s sale at a price exceeding the entry price is a bid up price, and strictly inform the punished person of the legal basis and discretion standard of punishment in accordance with the procedure. At the same time, after the epidemic situation, the judicial organs are given the corresponding supervision power and the public certain relief right (even if this relief right is reduced compared with the normal), so as to achieve fairness and justice to the greatest extent and ensure the authority of the law.

At the same time, China should improve the content of prevention and control of related epidemic situation. Although the current epidemic prevention and control law has basically achieved “full coverage, full coverage, all departments”, but the content is too simple, all but not detailed phenomenon is more prominent. Therefore, China should start from two aspects to speed up the filling of existing legal gaps. On the one hand, on the basis of the

---

11 CHENGUANG, Wang. [J]. *Journal of Tsinghua University*, 2003, n.4, p.11-18.

provisions of the original laws and in accordance with the needs of the current situation of epidemic prevention and control, it is necessary to refine the contents of the Emergency Regulations and the Emergency Plan, establish and improve the mechanism for responding to major outbreaks, refine the reporting procedures under early warning of different outbreaks, classify and formulate specific emergency measures for different levels of outbreaks, improve the process of investigation and isolation of suspected patients, and so on, so as to make the Emergency Regulations and the Emergency Plan more operational; On the other hand, China should improve the system and mechanism for the prevention and control of major epidemics, improve the national public health emergency management system, make up for the incompleteness of existing prevention and control links, combine special treatment with systematic management, comprehensive management, legal management and source control, extend the prevention and control process to the maximum extent, reach all stages of early warning, prevention, recovery and reconstruction, strengthen the mechanism of daily prevention and control drills, prepare plans, teams, funds and technical preparations, and strive to stifle the epidemic in its cradle.

At the same time, China should pay attention to perfecting the guarantee mechanism of recovery and reconstruction, restore the normal life of society in time, and carry out psychological guidance and post-disaster propaganda to the masses, so as to make the prevention and control of the epidemic situation more comprehensive and effective.

#### *4.2.3 How to Chain the other laws and regulations*

The major epidemic involves all aspects of society, so it threatens national security. Therefore, China must adhere to the concept of overall national security concept, raise the prevention and control of major epidemic situations to the point of view of national security, do a good job in the design of the top level system, and earnestly improve the construction of the legal system for the prevention and control of epidemic situations.

First of all, China must obey the absolute authority of the Constitution and strengthen the docking with the administrative emergency laws such as the National Security Law and the State martial law under the constitutional framework, which not only affirms the universality of the epidemic situation as a kind of emergency, but also highlights the particularity of the epidemic prevention and control, so that these laws become an organic whole. On the basis of the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases and the Law on the Protection of Wild Animals, China should push forward the introduction of bio-safety law as soon as possible and speed up the construction of national bio-safety laws and regulations system and system guarantee system.

Secondly, it is necessary to coordinate and resolve the construction of the relevant supporting legal systems in various fields, such as criminal law, civil law and other fields, all elements and all levels, intensify the crackdown on illegal acts of violence against medical personnel, severely investigate and deal with all kinds of illegal acts that drive up the price of epidemic prevention supplies and people's livelihood commodities, severely crack down on illegal and criminal acts that disrupt the prevention and control of the epidemic situation, such as resisting epidemic prevention and control, violent injury to medical doctors, making fake sales, spreading rumors and spreading rumors, and so as to ensure social stability and order.

Thirdly, it is necessary to do a good job in linking up the laws and regulations among the various departments in various localities, and to appear a farce of detaining medical materials transported elsewhere by any means for local prevention and control, so that the epidemic prevention and control system is sound, the system is complete, the system is scientific and standardized, and the operation is effective.



### 4.3 Reconstruction of epidemic prevention and control system.

In modern society, public emergencies are often characterized by mass events, diversity (mass disasters) and chain events (derivative and secondary events).<sup>12</sup> This puts forward higher requirements for the ability of the main body of epidemic prevention and control. The main body of prevention and control must be “risk, disaster (emergency), crisis.”<sup>13</sup> Three levels of prevention and control process forward and backward extension, covering the whole process of epidemic prevention and control. According to Professor Qi Jiangang’s analysis, China must combine “peace with war, need to combine with reality, unified leadership, classification and classification.”<sup>14</sup> The principle of establishing a permanent, professional, can coordinate the various departments of the epidemic prevention and control of the main body. China has established an emergency management department in 2018, responsible for production safety, disaster management and emergency rescue work throughout the country. Therefore, the author thinks that the emergency management department, as the permanent coordination department of epidemic prevention and control, is responsible for the coordination and coordination of daily epidemic prevention, emergency handling during disasters, and disaster recovery and construction, while the health administrative departments at all levels are specifically responsible for the monitoring and early warning of the epidemic situation and the specific medical treatment. On this basis, the law must provide the necessary system guarantee for the grass-roots organizations to exercise the power of epidemic prevention and control, give full play to the great role of the rural and community grass-roots units in the prevention and control of the epidemic situation, and weave the first line of defense. At the same time, using the advantages of non-governmental public organizations in the prevention and control of the epidemic, such as material assistance, psychological assistance and the provision of effective information, China should give full play to the important complementary role of social organizations in the whole process of prevention and control, and create a good legal environment for social organizations to participate in social activities and build a “small government, large society” rule of law country.

To perfect the main body system of epidemic prevention and control, China must further refine the responsibility of compacting the main body and enhance the ability of the main body to deal with the major epidemic situation, including improving the level of medical treatment of medical and nursing personnel and the ability of scientific research departments to tackle key problems. These systems need to be supported by sound laws, so as to jointly build a solid dam to prevent and control major outbreaks.

## 5 CONCLUSION AND PERSONAL EXPERIENCE

Savigny said that “there is nothing in the law to be self-consistent, but rather the essence of human life itself.”<sup>15</sup> The development of a country’s legal system is not smooth, most of the time will jump forward, or even break away from the original legal framework, this is the need for the law to adapt to reality, so the vitality of the law comes from reality rather than the provisions. The extraordinary period often exposes the gap between law and society and the defects of law itself, which provides a rare opportunity for the deep development of the rule of law. SARS in 2003, as a sudden and important event, prompted China to establish a preliminary legal framework for the

---

12 RUXI, Gao; SHOUGUI, Luo. A study on the Integrated Management Model of disaster Accidents in Big cities [J]. *China soft Science*, 2002, p.110-113.

13 Child Star. Evolution and current trend of Emergency Management in China [J]. *Public Management and Policy Review*, 2018, n.6, p.11-20.

14 JIANGANG, Qi. Reflection and Reconstruction of the Subject System of Emergency Administration in China [J]. *Law and Commerce Research*, 2007, n.3, p.112-118.

15 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Discussion on the contemporary mission of legislation and law*. Translated by Xu Zhangrun. Beijing: China Legal Publishing House, 2001, p.24.

prevention and control of the epidemic. In this campaign, General Secretary Xi stressed at the 12<sup>th</sup> meeting of the Central Committee for Comprehensive Reform in order to “ensuring the safety and health of the people is a major task for our party in governing the country”.

Both first author and corresponding author suffer a lot in 2020. The first author lost his grandpa in September and his teacher (who is like grandma for him) in October. Their deaths are indirectly related to the COVID-19. Because of the COVID-19, the hospital for the treatment of other chronic diseases are deeply affected. May the world be a better place in 2021.

## REFERENCES

Baidu encyclopedia. Construction of National Emergency Response System [OL]. Available at: <https://baike.baidu.com/item/国家突发事件应急体系建设“十三五”规划/22035756?fr=aladdin>. Access on: July 01, 2017.

CHENGUANG, Wang. [J]. Journal of Tsinghua University, 2003, n.4, p.11-18.

Child Star. Evolution and current trend of Emergency Management in China [J]. Public Management and Policy Review, 2018, n.6, p.11-20.

CHUAN, Mo Yu. It is proposed to establish emergency procedure clause in China's administrative procedure code [J]. Politics and Law, 2003, n.6, p.8-11.

HAOCAI, Luo; ZHONGLE, Zhan. Editors. Administrative Law [C]. Beijing: Peking University Press, 2016.

JIANGANG, Qi. Reflection and Reconstruction of the Subject System of Emergency Administration in China [J]. Law and Commerce Research, 2007, n.3, p.112-118.

JIANGANG, Qi. The rise of Emergency Administration and the Construction of Administrative Emergency Law [J]. Law Research, 2012, n.4, p.24-26.

People's net. Chairman Xi Jinping convenes the Central Committee for the Comprehensive Rule of Law [OL]. Available at: <http://politics.people.com.cn/n1/2020/0206/c1024-31573100.html>. Access on: Feb. 06, 2020.

RUXI, Gao; SHOUGUI, Luo. A study on the Integrated Management Model of disaster Accidents in Big cities [J]. China soft Science, 2002, p.110-113.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. Discussion on the contemporary mission of legislation and law [M]. Translated by Xu Zhangrun. Beijing: China Legal Publishing House, 2001.

SHEN, Xu. (Eastern Han Dynasty). Explanation of Shuo Wen [M]. Jiangsu Ancient Books Press, 2001.

WANGHONG, Liu. Editor in chief. Administrative Law [C]. Nanjing: Nanjing normal University Press, 2005.

---

**Recebido em:** 10.09.2020

**Aprovado em:** 22.12.2020

## Como citar este artigo (ABNT):

CHEN, Yifei; YANG, Mingsun. Legal system of epidemic prevention and control in China. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.258-270, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-16-.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# TRIBUTAÇÃO SUSTENTÁVEL E A COVID-19: POLÍTICAS FISCAIS DE CURTO, MÉDIO E LONGO PRAZO

## SUSTAINABLE TAXATION AND COVID-19: SHORT, MEDIUM AND LONG TERM TAX POLICIES

Marciano Buffon <sup>1</sup>  
Matheus Costella Menegussi <sup>2</sup>

**RESUMO:** Em virtude da Covid-19, o Brasil vem enfrentando séria crise em diversos setores, principalmente no econômico e sanitário. Para equalizar os seus reflexos, o governo federal, através de medidas emergenciais de enfrentamento, tenta minimizar os impactos financeiros e auxiliar a renda das famílias. As empresas são as que mais estão sentindo os impulsos advindos da crise. Muitas delas, as que não são classificadas como essenciais, estão sem funcionamento há meses, sem gerar receita, o que preocupa a economia do país. Nessa perspectiva, o trabalho irá trazer uma análise das ações de natureza tributária implementadas até o momento, no Brasil, bem como das principais controvérsias fiscais submetidas ao judiciário brasileiro no contexto da pandemia: (i) as ações de suspensão do pagamento de tributos; (ii) os pedidos de substituição do depósito judicial por seguro garantia; e (iii) a ação direta voltada à suspensão das restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal em relação à concessão de benefícios fiscais. Malgrado seja difícil prever o dia de amanhã, o texto pretende sugerir possíveis medidas fiscais adicionais de curto, médio e longo prazo para amenizar os nefastos prejuízos deixados pela pandemia, conferindo especial atenção à promoção de uma reforma tributária igualitária. Salta aos olhos a real oportunidade de adequarmos a tributação à efetiva capacidade contributiva do cidadão, de combater a desigualdade (por meio da progressividade e da justiça fiscal) e de fortalecer o Estado Social. Além disso, também relevante é a instituição da tributação ambiental com finalidade extrafiscal, importante mecanismo de funcionalização e concretização do direito ao desenvolvimento sustentável, sobretudo no cenário pós-pandemia, em que será inadiável a tarefa de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

**Palavras-chave:** covid-19; governança; tributação sustentável.

**ABSTRACT:** Due to Covid-19, Brazil has been facing a serious crisis in several sectors, mainly in the economic and health sectors. To equalize their reflexes, the federal government, through emergency coping measures, tries to minimize the financial impacts and help the families' income. Companies are the ones that are most feeling the impulses arising from the crisis. Many of them, those that are not classified as essential, have been out of operation for months, without generating revenue, which worries the country's economy. In this perspective, the work will bring an analysis of the tax actions implemented so far in Brazil, as well as of the main tax controversies submitted to the Brazilian judiciary in the context of the pandemic: (i) actions to suspend the payment of taxes; (ii) requests for replacement of the judicial deposit with guarantee insurance; and (iii) direct action aimed at suspending the restrictions imposed by the Fiscal Responsibility Law in relation to the granting of tax benefits. Despite the fact that it is difficult to predict tomorrow, the text intends to suggest possible additional short, medium and long-term fiscal measures to mitigate the harmful losses left by the pandemic, paying special attention to the promotion of an equal tax reform. The real opportunity to adjust taxation to the effective contributory capacity of the citizen, to combat inequality (through progressivity and fiscal justice) and to strengthen the Welfare State stands out. In addition, also relevant is the institution of environmental taxation for extra-fiscal purposes, an important mechanism for functionalization and realization of the right to sustainable development, especially in the post-pandemic scenario, in which the task of preserving the environment for present and future generations will be urgent.

**Keywords:** covid-19; governance; sustainable taxation.

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla/España. Doutor em Direito do Estado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Empresarial. Advogado. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogado.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS. Servidor Público Municipal.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 que assola a humanidade tem modificado hábitos e impactado de maneira extraordinária na vida de todos. Seus efeitos são evidentes na economia e na capacidade das empresas e dos cidadãos em geral para contribuir com o sustento da máquina pública. Quem não está mais prestando serviços, vendendo mercadorias e auferindo receitas, por exemplo, não tem como pagar tributos sobre essas atividades e encontra dificuldades para saldar débitos passados, acaso pendentes, remanescentes de um período em que tais fatos ocorriam com maior frequência.

Por outro lado, alguns gastos públicos adicionais podem-se revelar necessários, notadamente no que tange à assistência àqueles acometidos pela doença. Resumindo: uma perspectiva de aumento de despesas, e de redução de receitas, tornando mais dramática a tarefa de manter o equilíbrio das contas públicas.

Nesse sentido, o presente artigo abordará possíveis medidas tributárias de curto, médio e longo prazo para enfrentamento das repercussões econômicas da crise causada pela disseminação da Covid-19 (Sars-Cov-2), no Brasil. A análise compreende duas etapas: as medidas inicialmente voltadas para desoneração tributária ou prorrogação do pagamento de tributos (ditas emergências) e, em seguida, as destinadas à recomposição e reequilíbrio das finanças públicas nacionais.

O objetivo do estudo é oferecer subsídios de política tributária tanto para avaliar as medidas já adotadas no Brasil (e seus reflexos nos tribunais de justiça) quanto para auxiliar a governança na tomada de decisão, sobremaneira em relação aos próximos passos a serem dados no longo caminho de enfrentamento e superação dos efeitos da Covid-19.

Assim sendo, com o escopo de desenvolver o tema proposto, o artigo será assim estruturado: a partir desta introdução, o tópico 2 discutirá a pandemia da Covid-19 no Brasil, destacando-se, de um lado, a rápida evolução da disseminação do vírus (analisados os percentuais da doença nas regiões do país), e de outro, os impactos dela decorrentes na economia e na arrecadação tributária, considerando a adoção das necessárias medidas sanitárias de isolamento social impostas pelos governos. Em seguida, o tópico 3 traçará as principais medidas tributárias de contenção já efetivadas, as proposições legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados e o estado atual do debate em torno do tema. Analisará, também, algumas das principais controvérsias fiscais submetidas ao judiciário brasileiro no contexto da pandemia: (i) as ações de suspensão do pagamento de tributos; (ii) os pedidos de substituição do depósito judicial por seguro garantia; e (iii) a ação direta voltada à suspensão das restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal em relação à concessão de benefícios fiscais; O tópico 4 abordará exemplos de medidas tributárias relacionadas à retomada das atividades (segunda etapa) e à sustentação da economia (terceira etapa), priorizando a solvência das famílias e das empresas e o incentivo à retomada dos investimentos em relação à arrecadação tributária; O tópico 5 fará um prenúncio das prováveis medidas a serem adotadas no pós-pandemia (quarta etapa), período em que o sistema tributário nacional deverá retomar sua higidez, de modo a recuperar não só a capacidade de gerar receitas ao Estado, mas também de estimular e desestimular comportamentos com vistas à realização da sustentabilidade global. Por fim, será apresentada a conclusão.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, exercido a partir da análise das informações disponíveis até a data da elaboração deste estudo e poderá ser atualizada ou revista à luz dos desdobramentos da crise sanitária e econômica. Além disso, também se utilizou de dados estatísticos, pesquisa documental e bibliográfica. As fontes consultadas incluem publicações de organismos internacionais, documentos legislativos, trabalhos acadêmicos e precedentes judiciais relacionados à temática do estudo.

## 2 A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

A Covid-19, sem dúvida alguma, é a crise mais desafiadora que a humanidade enfrenta desde a Segunda Grande Guerra Mundial e será responsável pela maior queda na atividade econômica desde a Grande Depressão. A perspectiva de retração da economia mundial é de 3% até o final de julho, e ainda pode agravar-se.<sup>3</sup> Ao encontro disso, estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) preveem que a produção pode inicialmente cair entre 20% a 25%, e o consumo das famílias em cerca de um terço em diversos países. Para cada mês de confinamento, calcula-se queda de cerca de 2% no produto interno bruto (PIB).<sup>4</sup>

A pandemia 'desembarcou' no Brasil rapidamente e, em algumas regiões do País, seus impactos foram maiores e mais graves. Até o final de julho (31ª semana epidemiológica, de 26 de julho a 01 de agosto, dados compilados até o dia 27), o Brasil acumulou 2.442.375 casos de Covid-19 (23.284 novos casos em relação ao dia anterior), com 87.618 óbitos (614 novos óbitos em relação ao dia anterior).<sup>5</sup>

Dados colhidos no *Painel Coronavírus – Brasil* demonstram que a epidemia afeta a população brasileira de forma heterogênea. Os estados da Região Sul registram 14,1 óbitos por 100 mil habitantes. No Sudeste, esse índice é de 74,6, no Rio de Janeiro, e de 47,2 em São Paulo; Minas Gerais surpreende com a baixa taxa de óbitos de 11,6 por 100 mil habitantes. No Centro-Oeste, Brasília apresenta o pior indicador (44,4). No Nordeste, os estados mais fustigados são Ceará (82,2) e Pernambuco (66,7), com o indicador da Bahia também surpreendendo positivamente (21,7). No Norte, Roraima sofre o pior surto (78,2), mas Amazonas, Pará e Amapá também vêm registrando índices elevados, 77,8, 66,6 e 65,7 mortes por 100 mil habitantes, respectivamente.<sup>6</sup> Na comparação mundial (dados de 27 de julho), ocupamos o 2º lugar em número de casos (2,442,375); o 3º lugar em novos casos (23.579); o 2º lugar em total de mortes (87.679); e o 2º lugar em novas mortes (627).<sup>7</sup>

As medidas de isolamento no Brasil foram adotadas pelos governos locais quase a mesma época em que ocorreram na Europa e nos Estados Unidos. O estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, atualmente ocupa a 10ª posição no *ranking* de isolamento social entre os estados brasileiros (dados analisados entre 19 e 25 de julho mostram que o índice foi de 41,4%).<sup>8</sup> Foram reduzidos acentuadamente os contatos diários das pessoas nas lojas, nos restaurantes, nos escritórios, no transporte público e nos parques e praças. Estas medidas tornaram a propagação do vírus comprovadamente mais lenta.<sup>9</sup>

3 WEDY, Gabriel. *Covid-19, mudança do clima e perda da biodiversidade*. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/covid-19-mudanca-clima-perda-biodiversidade>. Acesso em: 16 jul. 2020. Segundo o economista estadunidense Lawrence Summers, a pandemia, juntamente com os ataques terroristas ao World Trade Center (11 de setembro de 2001) e a Crise de 2008, faz parte dos três maiores choques globais do Século 21, sendo de longe o mais significativo. (SUMMERS, Lawrence. Covid-19 looks like a hinge in history. *Financial Times*, 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/de643ae8-9527-11ea-899a-f62a20d54625>. Acesso em: 16 jul. 2020).

4 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience*, 19 de maio de 2020, p.8. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

5 BRASIL. *Ministério da Saúde*. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde, atualizado em 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

6 BRASIL. *Ministério da Saúde*. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde, atualizado em 28/7/2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

7 WORLDOMETER. *Covid-19 Coronavirus Pandemic: reported cases and deaths by Country, Territory, or Conveyance*, 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Acesso em: 28 jul. 2020.

8 GLOBO NOTÍCIAS (G1). *RS está na 10ª posição no ranking de isolamento social entre os estados brasileiros*. Publicado em 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/07/28/rs-esta-na-10a-posicao-no-ranking-de-isolamento-social-entre-os-estados-brasileiros.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2020.

9 WEDY, Gabriel. Relatório 2020 dos ODS: pandemia e o desenvolvimento sustentável. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/ambiente-juridico-relatorio-2020-ods-pandemia-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 28 jul. 2020.



No entanto, os bloqueios são muito caros e não são plenamente eficientes, pois ao isolar apenas indivíduos infectados e os seus contatos, todos ficam isolados indiscriminadamente. Este cenário, aliás, sofre agravamento, sobretudo nos países pobres e em desenvolvimento, pois não existem estruturas físicas e recursos para testagens em massa das populações. A economia paralisa, com custos muito altos, gerando desemprego, a pobreza repentina, o aumento da fome, o aumento dos abusos domésticos e outros impactos psicológicos decorrentes do permanecer em casa por tempo indeterminado. Com efeito, são os hipossuficientes economicamente e as minorias que mais sofrem não apenas com a pandemia, mas com o desenvolvimento insustentável do País.<sup>10</sup>

De outro giro, as necessárias medidas sanitárias de isolamento social e quarentena, além de deprimir a atividade econômica, acabam por derrubar fortemente a arrecadação tributária própria dos entes subnacionais, apoiada substancialmente em tributos sobre o consumo (ICMS e ISS). Em suma, além da queda (despesas públicas em expansão), há o coice (queda na arrecadação tributária própria).<sup>11</sup>

Não há dúvidas de que a crise exigirá da governança ousadia, criatividade e responsabilidade para liderar e, sobretudo, para formular políticas públicas de recuperação da nação rumo ao desenvolvimento sustentável, exigências inelutáveis de quem comanda os destinos de uma sociedade.

Ao lado do desafio primordial de equipar os serviços de saúde com os instrumentos necessários para salvar vidas, primeira tarefa de quem governa, urge igualmente a adoção de medidas que lidem com os desafios econômicos do momento, minimizando os danos. O papel da tributação, nesse cenário, ganha relevância e notoriedade, com certeza.

Nessa perspectiva, “no item 3”, apresentar-se-á um quadro geral de algumas medidas de natureza tributária propostas para fazer frente aos efeitos da pandemia no Brasil, incluindo-se os atos normativos de índole tributária efetivamente já adotados pelo Governo e pelo Congresso Nacional e também as proposições em tramitação na Câmara dos Deputados relacionadas à pandemia. A análise também abarcará as principais decisões tomadas pelo Poder Judiciário na matéria. Malgrado não lhe caiba formular políticas fiscais, não há dúvida que sua atuação pode interferir fortemente na efetividade de certas medidas estabelecidas, bem como influenciar a adoção de outras.

### **3 AS MEDIDAS TRIBUTÁRIAS DE CONTENÇÃO ADOTADAS DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL (PRIMEIRA ETAPA)**

O Brasil tem adotado significativo número de providências de ordem tributária para mitigar e combater os efeitos socioeconômicos da pandemia, ditas emergenciais. Há desde “atos legislativos e medidas provisórias a atos administrativos editados pelo Ministério da Economia, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, inclusive, pelo Comitê Gestor do Simples Nacional”.<sup>12</sup>

A lista inclui atos normativos que alteram a forma ou o prazo de recolhimento de tributos, como a Portaria nº 139, de 3 de abril de 2020<sup>13</sup>, do Ministério da Economia, que prorroga o

10 WEDY, Gabriel. Relatório 2020 dos ODS: pandemia e o desenvolvimento sustentável. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/ambiente-juridico-relatorio-2020-ods-pandemia-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

11 PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

12 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.28. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

13 BRASIL. *PORTARIA nº 139, de 3 de abril de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Portaria/PRT/Portaria%20139-me.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20139-me.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

prazo de vencimento das contribuições previdenciárias sobre folha de pagamentos devidas pelo empregador, PIS/Pasep e Cofins.<sup>14</sup>

O alcance das medidas é também diverso. “Algumas são amplas e destinam-se a todos os contribuintes”.<sup>15</sup> É o caso da prorrogação do prazo de entrega das Declarações do IRPF (DIRPF) para 30 de junho de 2020, e de pagamento das cotas do imposto, estabelecida pela Instrução Normativa RFB nº 1.930, de 1º de abril de 2020<sup>16</sup>. Outras são restritas a bens ou segmentos econômicos estratégicos no combate à pandemia. Podem-se trazer como exemplos a Resolução nº 17, de 17 de março de 2020<sup>17</sup>, da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), que reduziu a zero as alíquotas do Imposto de Importação sobre produtos de higiene, desinfetantes, equipamentos de proteção individuais e produtos médico-hospitalares (ventiladores pulmonares), e a Resolução nº 28, de 1º de abril de 2020<sup>18</sup>, do mesmo órgão, que amplia a lista de produtos desonerados. É o caso também do Decreto nº 10.302, de 1º de abril de 2020<sup>19</sup>, que reduziu a zero a alíquota de IPI sobre artigos de laboratório ou de farmácia, luvas, mitenes e termômetros clínicos, até 30 de setembro de 2020.

A toda evidência, “as medidas estão circunscritas aos atos normativos que dizem respeito a tributos federais”.<sup>20</sup> A única exceção é a Resolução CGSN nº 154, de 3 de abril de 2020<sup>21</sup>, do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), que posterga o vencimento de pagamento do Simples-Nacional, para os tributos federais e para o ICMS ou ISS.

Ressalte-se que as medidas destacadas até aqui seguem as propostas preconizadas pela OCDE para as fases iniciais<sup>22</sup> da pandemia, focadas em: diferimento do pagamento de tributos (contribuições previdenciárias patronais, Simples-Nacional, PIS/Pasep, Cofins e IRPF) e das prestações de parcelamentos; postergação dos prazos de entrega de declarações das pessoas físicas e jurídicas; extensão da validade de certidões emitidas pelo fisco; desoneração tributária de produtos médicos e de higiene e limpeza (imposto de importação, IPI, PIS/Pasep e Cofins) e da tomada de crédito bancário (IOF).<sup>23</sup>

Chama a atenção a timidez das ações de natureza tributária implementadas até o momento, no Brasil. No contexto atual, com a retração econômica que se prenuncia, é provável que o simples adiamento do pagamento dos tributos não seja suficiente para garantir o fluxo de caixa das empresas e a renda das famílias. Basta lembrar que os novos prazos de recolhimento de tributos vencem no próprio exercício de 2020, e não há neste momento

14 VITAL, Danilo. Governo adia pagamento de tributos federais de março a abril. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/governo-prorroga-pagamento-tributos-federais-meses>. Acesso em: 28 jul. 2020.

15 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.28. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

16 BRASIL. *INSTRUÇÃO NORMATIVA nº 1.932, de 3 de abril de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Portaria/IN/IN1932-me-serfb.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/IN/IN1932-me-serfb.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

17 BRASIL. *RESOLUÇÃO nº 17, de 17 de março de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/Resolucao%20n%C2%BA%2017-CAMEX.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/Resolucao%20n%C2%BA%2017-CAMEX.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

18 DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. *Resolução nº 28, de 1º de abril de 2020*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-28-de-1-de-abril-de-2020-251062799>. Acesso em: 28 jul. 2020.

19 BRASIL. *DECRETO nº 10.302, de 1º de abril de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

20 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p. 28. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

21 BRASIL. *RESOLUÇÃO CGSN nº 154, de 03 de abril de 2020*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

22 Praticamente todas as medidas implementadas na fase inicial são temporárias, seguindo a recomendação de se evitarem perdas permanentes de receitas ou afrouxamentos burocráticos excessivos, em prejuízo ao controle tributário-aduaneiro.

23 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience*, 19/05/2020, p.8. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

perspectivas de que a atual contração da economia seja integral ou substancialmente revertida por uma recuperação espetacular no segundo semestre.<sup>24</sup>

Sabemos, outrossim, que as medidas tributárias devem ser vistas de forma complementar às iniciativas assistenciais e creditícias adotadas pela União para lidar com os efeitos econômicos da pandemia.<sup>25</sup> Nessa perspectiva, não haveria obstáculos a que a União promovesse a emissão de moeda, expandindo a base monetária nacional, de modo a injetar recursos na economia, conferindo o adequado atendimento às demandas do sistema único de saúde, aos Estados e Municípios que estão na linha de frente no combate à pandemia, à população mais vulnerável com a ampliação no tempo, na base e no montante do auxílio emergencial, em direção à criação de um programa de renda mínima universal<sup>26</sup>, e, também, às pequenas e médias empresas que assegurassem emprego e renda para os seus trabalhadores.<sup>27</sup>

Outrossim, malgrado não seja papel do Poder Judiciário formular as diretrizes da política tributária do país, “as decisões que adota em casos individuais ou em decisões com eficácia ampla (efeitos *erga omnes*) podem influenciar significativamente as escolhas do Poder Público e também sua efetividade em concreto”.<sup>28</sup>

Desse modo, destacam-se algumas das principais controvérsias fiscais submetidas ao judiciário brasileiro no contexto da pandemia: (i) as ações de suspensão do pagamento de tributos; (ii) os pedidos de substituição do depósito judicial por seguro garantia; e (iii) a ação direta voltada à suspensão das restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal em relação à concessão de benefícios fiscais.<sup>29</sup>

Premidos pelos primeiros efeitos econômicos da pandemia e pelas restrições impostas pelo Poder Público à atividade econômica, diversos contribuintes recorreram ao Judiciário em busca do que se poderia chamar de uma “moratória judicial”, na forma de suspensão de exigibilidade ou prorrogação de vencimento de tributos federais (e.g. IRPJ, CSLL, PIS e Cofins), estaduais (e.g. ICMS) ou municipais (e.g. IPTU e taxas).<sup>30</sup>

Nas ações propostas, apontam-se como fundamento para o afastamento temporário do dever de pagamento de tributos os efeitos do isolamento social e das restrições à atividade comercial imposta pelo Poder Público, bem como o reconhecimento da ocorrência do estado de calamidade pública pelos diferentes entes federados.<sup>31</sup> Ainda, no tocante aos tributos federais, acrescentam-se mais dois fundamentos jurídicos: a Portaria nº 12, de 20 de janeiro de

24 PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

25 BRASIL. *Ministério da Economia*. Confira as medidas tomadas pelo Ministério da Economia em função da Covid-19 (Coronavírus). Publicado em 06 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>. Acesso em: 29 jul. 2020.

26 Os benefícios de um programa de renda mínima cidadã são inúmeros aos países pobres e em desenvolvimento, porquanto diminuiria a desigualdade na distribuição de renda, além de propiciar a todos a garantia de satisfação de suas necessidades básicas.

27 RIBEIRO, Ricardo Lodi. A pandemia desfaz o mito do orçamento equilibrado. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/ricardo-lodi-pandemia-desfaz-mito-orcamento-equilibrado>. Acesso em: 28 jul. 2020.

28 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.31. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

29 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.31. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

30 ALBUQUERQUE, Victor Teixeira de; WIDMANN, Priscilla Alessandra. Moratória fiscal judicial em tempos de pandemia – o papel do Poder Judiciário e o velho problema do controle externo da administração. *Migalhas*. Publicado em 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327181/moratoria-fiscal-judicial-em-tempos-de-pandemia-o-papel-do-poder-judiciario-e-o-velho-problema-do-controle-externo-da-administracao>. Acesso em: 28 jul. 2020.

31 ALBUQUERQUE, Victor Teixeira de; WIDMANN, Priscilla Alessandra. Moratória fiscal judicial em tempos de pandemia – o papel do Poder Judiciário e o velho problema do controle externo da administração. *Migalhas*. Publicado em 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327181/moratoria-fiscal-judicial-em-tempos-de-pandemia-o-papel-do-poder-judiciario-e-o-velho-problema-do-controle-externo-da-administracao>. Acesso em: 28 jul. 2020.

2012<sup>32</sup>, do antigo Ministério da Fazenda (MF), que prorroga o prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e suspende o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da RFB e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na situação que especifica; e a Instrução Normativa RFB nº 1.243, de 2012<sup>33</sup>, que altera os prazos para o cumprimento de obrigações acessórias relativas aos tributos por ela administrados.

Em diversos estados da federação e também no Distrito Federal, foram deferidas judicialmente tutelas provisórias para suspender temporariamente ou prorrogar o vencimento de tributos – em geral, por 60 ou 90 dias<sup>34</sup>. O juízo da 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal concedeu liminar nos autos do processo nº 1016660-71.2020.4.01.3400 para autorizar a empresa/autora, excepcionalmente, pelo prazo de três meses, contados de cada vencimento, o diferimento do recolhimento dos tributos federais IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, como forma de garantir a manutenção integral dos postos de trabalho.<sup>35</sup>

Em São Paulo, o juízo da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo<sup>36</sup> concedeu liminar requerida em mandado de segurança para o fim de assegurar ao contribuinte o direito de prorrogar o prazo de pagamento das obrigações tributárias federais relativas aos meses de março e abril de 2020. A decisão considerou o teor da Portaria MF nº 12, de 2012.

Todavia, nos Tribunais, os julgamentos não encontraram desfecho uniforme, ou seja, boa parte das liminares concedidas em primeiro grau foram suspensas ou cassadas em grau recursal.<sup>37</sup> Foi o que ocorreu, por exemplo, no âmbito da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>38</sup>, que cassou diversas liminares<sup>39</sup> que permitiam a prorrogação de tributos federais ou parcelamentos devido à pandemia relacionada à Covid-19 e ao estado de calamidade pública dela decorrente.

A mesma orientação parece ter sido adotada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em decisões monocráticas que rechaçaram o pleito de moratória judicial com fundamento na Portaria MF nº 12, de 2012, sem prejuízo da possibilidade de acolhida dessa pretensão em casos excepcionais.<sup>40</sup>

No âmbito da justiça estadual da São Paulo, o presidente do Tribunal de Justiça,

32 BRASIL. PORTARIA MF nº 12, de 20 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37244&visao=compilado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

33 BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB nº 1243, de 25 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37261&visao=anotado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

34 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.32. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

35 BRASIL. *Justiça Federal da 1ª Região*. Procedimento Comum Cível nº 1016660-71.2020.4.01.3400, Órgão julgador: 21ª Vara Federal Cível da SJDF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-df-aplica-teoria-fato-principe.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

36 BRASIL. *Justiça Federal da 3ª Região*. Mandado de Segurança Cível nº 5005357-83.2020.4.03.6100, Órgão julgador: 14ª Vara Cível Federal de São Paulo. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br>. Acesso em: 29 jul. 2020.

37 Na maioria dos casos pesquisados, a fundamentação utilizada pelos desembargadores para suspender ou cassar as liminares concedidas prestigiou a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “a suspensão da exigibilidade do crédito tributário reclama, na forma do disposto no artigo 141, CTN, a observância das hipóteses previstas no artigo 151 do mesmo diploma legal”, sendo certo que, “a teor do art. 97, VI, a suspensão do crédito tributário sujeita-se ao princípio da legalidade estrita” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, REsp 219.651/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJU de 06/11/2000), bem como “interpreta-se literalmente a legislação que dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 111, I, do CTN)” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, AgRg na MC 15.496/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 21/08/2009). Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

38 BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. Agravo de Instrumento/SP nº 5007503-64.2020.4.03.0000, Desembargador Federal Luiz Paulo Cotrim Guimaraes, data do julgamento: 22/07/2020. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

39 A título de exemplo, podemos citar: Agravo de Instrumento/SP nº 5007243-84.2020.4.03.0000 e 5007928-91.2020.4.03.0000. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaResumida/1?np=0>. Acesso em: 29 jul. 2020.

40 A título de exemplo, podemos citar: BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, AG 5003396-04.2020.4.02.0000, Rel. Des. Fed. Ferreira Neves, DJ 13/04/2020; AG 5003290 42.2020.4.02.0000, Rel. Juiz Fed. Conv. Firly Nascimento Filho, DJ 11/04/2020; AG 5003197-79.2020.4.02.0000, Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, DJ 07/04/2020. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/>. Acesso em: 29 jul. 2020.



nos autos do pedido de suspensão de liminar feito pelo Estado de São Paulo (nº 2066138-17.2020.8.26.000), suspendeu liminares concedidas em mandados de segurança, que deferiram moratória mediante a prorrogação dos vencimentos de tributos e/ou parcelamentos estaduais vencidos até o final do estado de calamidade pública, matéria afeta ao presente recurso.<sup>41</sup>

Ademais, a orientação adotada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), nos casos que chegaram a Corte, foi no sentido de suspender as liminares concedidas para suspensão ou prorrogação de débitos tributários. Assim, muitas das liminares concedidas e não cassadas em segundo grau de jurisdição tiveram esse desfecho no âmbito do STF.

Na Medida Cautelar de Suspensão de Tutela Provisória (STP) n. 185, requerida pelo município de São Luís (MA), o Presidente, Ministro Dias Toffoli, deferiu, em 27 de abril de 2020, o pedido para suspender, liminarmente, os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada recursal nos autos do Agravo de Instrumento nº 0803581-39.2020.8.10.0000<sup>42</sup>, em trâmite perante o Tribunal de Justiça maranhense, até o trânsito em julgado da ação ordinária a que se refere.<sup>43</sup>

No mesmo sentido foi a decisão na medida cautelar de Suspensão de Segurança nº 5.373, do município de Aracaju (SE). A suspensão foi ajuizada contra decisão do Tribunal de Justiça do estado de Sergipe, que deferiu pedido do contribuinte para postergar o recolhimento de ISS, pelo prazo de 3 meses.<sup>44</sup>

De acordo com os casos trazidos nesta exposição, denota-se, em suma, que os efeitos nefastos da pandemia, somados aos fundamentos veiculados na Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012, do antigo Ministério da Fazenda (MF) e na Instrução Normativa RFB nº 1.243, de 2012, não foram suficientes para sensibilizar alguns Tribunais Superiores do país que se mantiveram dentro dos limites do artigo 153 do Código Tributário Nacional (CTN), sem deixar transbordar sua competência e, portanto, deixando de usurpar competência dos outros poderes.

Afora isso, cremos que em situações de crises humanitária e sócio-econômica, como as que enfrentamos hoje em razão da Covid-19, os deveres de resposta não podem ser desconectados e descontextualizados, sob pena do risco de provocarem novas situações de desastres, expondo a população afetada a novos riscos e aumentando ainda mais sua vulnerabilidade. Vale dizer, o tratamento a ser dado à questão deve ser isonômico frente a todos os contribuintes que se encontram na mesma situação, razão pela qual somente a lei (ou ato com os mesmos efeitos, como a Medida Provisória) pode conceder moratória ou fixar

41 O magistrado acolheu pedido formulado pela fazenda Pública de São Paulo, que alegava grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas. Afora a necessidade de lei para concessão de moratória, a decisão apontou ainda que haveria “risco de lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”. O impacto na arrecadação estadual e, por conseguinte, nas ações de enfrentamento da crise sanitária também foi considerado nas razões de decidir, uma vez que “as decisões desconsideraram que a redução na arrecadação dos impostos pelo Estado interfere diretamente na execução das medidas necessárias à contenção da pandemia de COVID-19”. Ver: BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 3002894-97.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 29/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 28 jul. 2020. Ver também: BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 2102712-39.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 17/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2020.

42 A liminar, concedida pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, havia suspenso a exigibilidade do crédito tributário e autorizado dilação do recolhimento do Imposto sobre Serviços (ISS) pelo período de seis meses.

43 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STP nº 185. Origem: MA–MARANHÃO, Relator: Ministro Presidente. Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5898606>. Acesso em: 29 jul. 2020.

44 Segue excerto da decisão: “Ante o exposto, defiro o pedido para suspender, liminarmente, os efeitos das decisões proferidas nos autos do Agravo de Instrumento nº 000307227.2020.8.25.0000 e ADI nº 0003199-62.2020.8.25.0000, ambos em trâmite perante o Tribunal de Justiça sergipano, até o trânsito em julgado das ações a que se referem.” Ver: BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Suspensão de Segurança nº 5.373. Origem: SE – SERGIPE, Relator: Ministro Presidente, Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5900987>. Acesso em: 29 jul. 2020.



as condições para o seu deferimento.<sup>45</sup>

Outrossim, outro pleito que frequentemente tem sido submetido ao Judiciário é o de substituição de depósito judicial em processos tributários por seguro garantia, nos termos da Lei 9.703/1998. A substituição “é apresentada como uma forma de assegurar maior liquidez às empresas, diante do quadro de crise instalado”.<sup>46</sup>

Assim como em relação à moratória judicial, “também não há uniformidade nas decisões a respeito desse tema, mas a orientação que parece predominar nos tribunais superiores não é favorável aos contribuintes”.<sup>47</sup> A nosso ver por duas razões principais: a uma, porque o seguro garantia não se enquadra em nenhuma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional; a duas, porquanto o depósito judicial serviria para manter suprido o caixa do Poder Público, tendo em vista o combate à Covid-19 e seus efeitos de toda ordem.

No STF, o pleito de substituição foi indeferido pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.239.911. No caso, o contribuinte pretendia substituir os depósitos em dinheiro efetivados para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por apólice de seguro garantia do valor em disputa. A medida requerida poderia representar uma forma de atenuar as dificuldades que, em termos de caixa e liquidez, vêm enfrentando os contribuintes dos mais diversos segmentos econômicos.<sup>48</sup>

O pedido, no entanto, não foi acolhido. O relator consignou que, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, depósito e oferecimento do seguro garantia não são medidas equivalentes. O seguro garantia não consta no rol exaustivo do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN) como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual o pedido de substituição não pode ser acolhido.<sup>49</sup>

Outrossim, questão controvertida diz respeito à possibilidade de levantamento, e, conseqüentemente, de substituição dos valores depositados judicialmente *após o encerramento da lide ou do processo litigioso*, consoante disposição do artigo 1º, parágrafo 3º, da Lei 9.703/1998.

Em que pese, para alguns, o encerramento da lide seja entendido como o término da discussão sobre o mérito (e, portanto, não haveria necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão)<sup>50</sup>, o Superior Tribunal de Justiça, no Pedido de Tutela Provisória nº 2.700, denegou pedido de contribuinte de substituição de depósito judicial tributário por seguro garantia, por entender que o requerimento iria contra expressa vedação legal.<sup>51</sup> A proibição estaria no § 3º do art. 1º da Lei nº 9.703, de 1998, que condiciona o levantamento do depósito

45 MARTINS, Jomar. Não é o momento de decisões tributárias isoladas, diz desembargador do TRF-4. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/epidemia-nao-justifica-suspensao-cobranca-imposto-trf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

46 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.36. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

47 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.36. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

48 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário Com Agravo (ARE) 1239911. Origem: SP - SÃO PAULO, Relator: Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 13/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792478>. Acesso em: 29 jul. 2020.

49 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário Com Agravo (ARE) 1239911. Origem: SP - SÃO PAULO, Relator: Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 13/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792478>. Acesso em: 29 jul. 2020.

50 VITAL, Danilo. Combate à epidemia barra substituição de depósito judicial em casos tributários. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/epidemia-barra-substituicao-deposito-judicial-tributario>. Acesso em: 28 jul. 2020.

51 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Pedido de Tutela Provisória nº 2700/DF. Tribunal de Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 06/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

judicial ou extrajudicial ao encerramento da lide ou do processo litigioso. E nem poderia ser diferente. Afinal,

a garantia prevista no art. 151, II, do CTN tem natureza dúplice, porquanto, ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, permanecendo indisponível até o *trânsito em julgado da sentença* e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado da demanda em cujos autos se efetivou. (g.n.).<sup>52</sup>

Assim sendo, havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade ou mediante aquilo que a doutrina denomina *superação* (defeasibility)<sup>53</sup> da regra legal.

Dando continuidade a exposição do assunto, cabe-nos abordar a possibilidade de afastamento das restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal pelos entes federados que decretaram estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19.<sup>54</sup>

Nesse sentido, decisão especialmente relevante em matéria tributária foi a proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 6.357, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.<sup>55</sup> A ação foi proposta por iniciativa do Presidente da República com o objetivo de afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação do Covid-19 (vide artigo 14, incisos I e II da Lei Complementar nº 101/2000).

A liminar foi concedida em decisão monocrática do ministro relator, conforme citação abaixo:

(...) Diante do exposto, concedo a medida cautelar na presente ação direta de inconstitucionalidade, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, com base no art. 21, V, do RISTF, para conceder interpretação conforme à Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19. Ressalto que, a presente medida cautelar se aplica a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19. Intime-se com urgência. Publique-se.<sup>56</sup>

Posteriormente, no entanto, a decisão foi submetida ao Plenário do Tribunal, que em 13 de maio de 2020, por maioria, referendou a medida cautelar deferida e extinguiu a ação por

52 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Pedido de Tutela Provisória nº 2700/DF. Tribunal de Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 06/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

53 ROSA, Alexandre Moraes da. Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida>. Acesso em: 28 jul. 2020.

54 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p. 37. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

55 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.357. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. Alexandre De Moraes, Data do Julgamento: 29/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 29 jul. 2020.

56 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.357. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. Alexandre De Moraes, Data do Julgamento: 29/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 29 jul. 2020.

perda superveniente de objeto, nos termos do voto do Relator. A extinção da ação justificou-se pela promulgação da Emenda Constitucional nº 106, chamada de “orçamento de guerra”, cujo art. 3º prevê disposição com efeitos muitos semelhantes aos pretendidos na ação, vejamos:

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.<sup>57</sup>

Ainda que o objeto da ação não se limite exclusivamente à esfera tributária, o caso é particularmente importante para análise do tema deste estudo, porquanto “afastadas as restrições do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, abre-se espaço jurídico para aprovação de projetos de lei de incentivos voltados ao combate dos efeitos socioeconômicos da atual pandemia”.<sup>58</sup>

Ao fim e ao cabo, realizada essa breve análise de algumas medidas tributárias adotadas na fase de isolamento social e os reflexos de decisões judiciais que interferem nas escolhas do Poder Público, ousamos concluir que as ações adotadas pelo Governo até aqui seguiram no rumo certo, mas pecaram pela insuficiência, pela timidez. Conviria aos poderes Legislativo e Executivo agirem no sentido de ampliá-las, sobretudo àquelas regiões que ainda enfrentam as chagas da quarentena e do *lockdown*, sob pena de a discussão das matérias fiscais-tributárias serem cada vez mais deslocadas casuisticamente para o Poder Judiciário.

#### **4 AS MEDIDAS TRIBUTÁRIAS RELACIONADAS À RETOMADA DAS ATIVIDADES (SEGUNDA ETAPA) E À SUSTENTAÇÃO DA ECONOMIA (TERCEIRA ETAPA)**

Neste item, nossa opção foi agrupar a segunda (retomada das atividades) e a terceira (estímulo fiscal para dar sustentação à economia) fase do enfrentamento da Covid-19. Isso se justifica porque as medidas a serem adotadas em ambas as etapas ainda estarão mais preocupadas com a solvência das famílias e das empresas e com o incentivo à retomada dos investimentos do que com a arrecadação tributária. Nas palavras do advogado, doutrinador e professor Fernando Facury Scaff – com as quais se concorda – nesse momento, o “enfrentamento deve ocorrer pelo lado da *despesa* e não da *receita pública*”.<sup>59</sup>

A criação de novas incidências tributárias seria inadmissível, pois. O cidadão, desprovido de capacidade para promover o seu próprio sustento (em razão dos efeitos nefastos da pandemia), não pode ser compelido a contribuir por meio de novos tributos para

57 BRASIL. *Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm). Acesso em: 29 jul. 2020.

58 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.37. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

59 SCAFF, Fernando Facury. Nesta crise não se deve aumentar tributo — simples assim. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 06 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/justica-tributaria-nesta-crise-nao-aumentar-tributo-simples-assim>. Acesso em: 29 jul. 2020. Nessa linha, Helenilson Cunha Pontes também alerta que: “desde logo, é fundamental afastar propostas que, aproveitando as incertezas da crise, representem a criação de novas incidências tributárias ou a majoração das atualmente existentes. Nenhum país do mundo civilizado adotou a criação ou majoração de tributos como instrumento para coibir os efeitos econômicos negativos da pandemia.” Ver: PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

o Estado, especialmente quanto este não lhe oferece o auxílio necessário para manutenção dos seus direitos fundamentais, exemplo do que vem acontecendo nesse período de crise.<sup>60</sup>

Sem dúvida, às famílias mais empobrecidas, serviria de auxílio à retomada das atividades a redução da alíquota dos impostos que incidem sobre o consumo. Sabe-se, porém, das dificuldades de colocar isso em prática. No Brasil, ainda não existe um IVA (Imposto sobre Valor Agregado) nacional, ou seja, aqui a tributação do consumo é repartida entre os três níveis de governo – União, Estados e Municípios – e concretizada, grosso modo, por cinco tributos diferentes – IPI, PIS/Pasep, Cofins, ICMS e ISS.

Não é raro “determinada desoneração no plano federal ser, total ou parcialmente, neutralizada por aumento de tributação do ICMS, estadual.”<sup>61</sup> Aliás, isso é bastante comum no caso de combustíveis, por exemplo.<sup>62</sup>

Tudo nos leva a crer que a curto prazo eventuais medidas de incentivo ao investimento na órbita da tributação indireta serão bem tímidas, talvez restritas à concessão de algum incentivo fiscal (redução de alíquotas e/ou concessão de crédito presumido) na órbita do PIS/Pasep e Cofins, com pouca chance de resultados efetivos.<sup>63</sup>

Por isso, as medidas a serem tomadas nessas etapas, se vierem, devem concentrar-se provavelmente na tributação direta, mais especificamente no IRPJ/CSLL. É o caso, por exemplo, da depreciação acelerada<sup>64</sup> para investimentos realizados nesse período ou da flexibilização da utilização de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL.<sup>65</sup>

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a três, já se posicionou no sentido de que o limite de 30% para aproveitamento de prejuízo no abatimento do Imposto de Renda de pessoa jurídica e sobre a CSLL é constitucional.<sup>66</sup> Isso será extremamente importante pois permitirá que as empresas possam aproveitar integralmente, na apuração do lucro líquido de 2020, os prejuízos fiscais acumulados dos anos anteriores.

60 BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.176.

61 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.47. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

62 ANDRADE, Hanrikson de. Bolsonaro diz que vai isentar combustível se estados “zerarem” ICMS. *Do UOL*. Publicado em: 05/02/2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/02/05/bolsonaro-diz-que-vai-isentar-combustivel-se-estados-zerarem-icms.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

63 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.48. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

64 A depreciação acelerada incentivada consiste na autorização legal às pessoas jurídicas optantes pelo lucro real de deduzir para fins de apuração do IRPJ e CSLL os gastos (despesas) que devem ser reconhecidos como ativo imobilizado. Em geral, essa dedução se dá ao longo do tempo de vida útil do bem, que supera, naturalmente, o ano calendário. Daí a diferença daquela depreciação qualificada como acelerada, pois ela antecipa essas deduções, já que permite a aplicação integral no próprio ano. Ver: CALCINI, Fábio Pallaretti. IRPJ e CSLL: depreciação acelerada incentivada da lavoura canavieira. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-10/direito-agronegocio-irpj-cssl-depreciacao-acelerada-incentivada-lavoura-canavieira>. Acesso em: 28 jul. 2020.

65 SANTOS, Saulo Gonçalves; FILHO, Ricardo Facundo Ferreira. Tributação, covid-19 e a trava de 30% do IRPJ e da CSLL. *Migalhas*. Publicado em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327417/tributacao-covid-19-e-a-trava-de-30-do-irpj-e-da-cssl>. Acesso em: 28 jul. 2020.

66 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário (RE) nº 591.340. Origem: SP – São Paulo, Relator: Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 27/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2633289>. Acesso em: 29 jul. 2020. Ainda consoante o voto vencedor, a possibilidade de compensação dos prejuízos surgiu com a lei Federal 157/1947, que previu essa faculdade sem qualquer limitação, de modo que os resultados negativos poderiam ser integralmente aproveitados, desde que o fossem nos três exercícios subsequentes. Após, o decreto-lei 1.493/73 aumentou esse prazo, determinando que os prejuízos pudessem ser compensados dentro dos quatro exercícios financeiros subsequentes. Por fim, depois de outras modificações, adveio a norma atualmente em vigor, que determina que os prejuízos pretéritos podem ser compensados até o limite de 30% do lucro líquido do período. Recentemente, o STJ iniciou o julgamento do REsp 1.805.925/SP, que analisa a possibilidade da “trava” de 30% ser desconsiderada para a compensação dos prejuízos de empresas extintas, tendo o relator do caso min. Napoleão Nunes Maia Filho, votado no sentido de que todos os prejuízos pudessem ser compensados sem a limitação no último período de apuração, sob pena de se perder o direito de compensar os resultados negativos, já que a empresa deixaria de existir. O julgamento está pendente desde 4.2.20, em razão de pedido de vistas feito pelo Min. Benedito Gonçalves. Ver: SANTOS, Saulo Gonçalves; FERREIRA FILHO, Ricardo Facundo. Tributação, covid-19 e a trava de 30% do IRPJ e da CSLL. *Migalhas*. Publicado em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327417/tributacao-covid-19-e-a-trava-de-30-do-irpj-e-da-cssl>. Acesso em: 28 jul. 2020.



Além disso, não se pode perder de vista medidas voltadas à suspensão imediata dos parcelamentos tributários em andamento, permitindo caixa às empresas para o pagamento de salários, condicionado ao compromisso de não demitir seus empregados.

Com efeito, também são necessárias a suspensão e cessação das sanções administrativas de cunho político, utilizadas como forma oblíqua de garantir o recebimento do crédito tributário. São exemplos: inclusão no CADIN e, conseqüentemente, todas as restrições daí decorrentes, negativa da expedição de Certidões Negativas de Débito e protesto extrajudicial.<sup>67</sup> Em outras palavras, o Governo pode e deve se utilizar dos instrumentos tributários de que dispõe para induzir comportamentos econômicos voltados à manutenção do emprego e da atividade econômica.

Acreditamos que grande parte das medidas a serem implementadas nas duas fases intermediárias do enfrentamento da crise estarão orientadas no sentido da desoneração tributária ou do desembolso de recursos públicos, também mediante a concessão de crédito “barato” aos particulares.

## **5 UM PRENÚNCIO DAS MEDIDAS A SEREM ADOTADAS NO PÓS-PANDEMIA (QUARTA ETAPA): RUMO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Vencidas as etapas do isolamento social, retomadas as condições médico-sanitárias para o retorno à normalidade das atividades empresariais e recolocada a economia em rumos minimamente crescentes, o sistema tributário nacional deverá retomar sua higidez<sup>68</sup>, de modo a recuperar não só a capacidade de gerar receitas ao Estado, mas também de estimular e desestimular comportamentos com vistas à realização da sustentabilidade global.

A necessidade de recompor a arrecadação tributária, associada ao reconhecimento do alto grau de regressividade da tributação no Brasil, indica, em tese, o aumento da cobrança dos tributos sobre a renda e o patrimônio, e, em contrapartida, a diminuição dos tributos sobre o consumo, que penalizam proporcionalmente mais os menos afortunados, sem dúvida, aqueles que mais sofreram com as chagas da pandemia.<sup>69</sup>

67 PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020. A fim de melhor elucidar o assunto, as sanções políticas constituem uma modalidade de sanção aplicada de forma frequente e se materializam por meio de restrições de direitos como forma de obrigar o contribuinte, em débito com o Fisco, a quitar suas obrigações. Com propriedade, Hugo de Brito Machado comenta: “(...) Prática antiga, que, no Brasil, remonta aos tempos da ditadura de Vargas, é a das denominadas sanções políticas, que consistem nas mais diversas formas de restrições a direitos do contribuinte como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias em face de pequena irregularidade no documento fiscal que as acompanha, o denominado regime especial de fiscalização, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes, a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, entre muitos outros”. (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p.468). Apesar de ainda corriqueira, no entendimento de Helenilson Cunha Pontes, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas, sobretudo porque resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até de proibição de participar de concorrências públicas. (PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000, p.141-142). Em consonância com a doutrina pátria, o Supremo Tribunal Federal editou súmulas relativas ao assunto: Súmula 70. “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; Súmula 323. “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

68 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.50-51. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

69 De acordo com o estudo *Global Revenue Statistics database*, publicado pela OCDE e atualizado até o ano de 2018: a) quase 45% da arrecadação brasileira vem de tributos que incidem sobre o consumo de bens e serviços, como ICMS, IPI e o ISS; b) em torno de 20% vem de tributos incidentes sobre a renda e proventos, como o IRPF e IRPJ e a CSLL, pago pelas pessoas jurídicas. Em resumo, podemos dizer que o Brasil tributa muito o consumo de bens e serviços e pouco o lucro/renda e propriedade. Isso acaba aumentando a desigualdade, visto que a tributação sobre o consumo atinge todos os brasileiros e, principalmente, a população de baixa renda, já que esses brasileiros praticamente gastam tudo o que ganham no consumo básico (gêneros de 1ª necessidade). Ver: *ORGANISATION FOR ECONOMIC-COOPERATION AND DEVELOPMENT. Global Revenue Statistics Database*. Publicado e atualizado em 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/global-revenue-statistics-database.htm>. Acesso em: 29/07/2020.



À reforma tributária igualitária, nesse contexto, cumpre o papel central de adequar a tributação à efetiva capacidade contributiva<sup>70</sup> do cidadão (sempre observando a não-tributação do mínimo existencial<sup>71</sup>), de combater à desigualdade (por meio da progressividade<sup>72</sup> e da justiça fiscal) e de fortalecer o Estado Social.

Sob esse prisma, a *tributação sobre renda* pode vir a sofrer ampla reformulação. Entre as propostas a serem examinadas, merece destaque, por exemplo, o aumento da isenção tributária para os brasileiros que ganham até R\$ 3.000,00 por mês<sup>73</sup> e, proporcionalmente, e o aumento das alíquotas para os que auferem maiores rendimentos, seguindo os patamares de outros países, que chegam a tributar os maiores rendimentos mensais a alíquotas bastante superiores a 27,5%. Ademais, merece atenção especial a reinstauração da tributação dos lucros e dividendos das empresas, em especial dos grandes banqueiros, visto que sendo os lucros e dividendos somente tributados na pessoa jurídica, e não na física, os proprietários do capital das empresas (seus sócios e acionistas) não são tributados pelo IRPF, ficando livres da tabela progressiva.

Outrossim, o agravamento da desigualdade social em decorrência dos efeitos econômicos da pandemia tende a impulsionar, ainda, amplas e urgentes reformas na tributação sobre o consumo. Nessa linha, a PEC nº 45, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, prevê a unificação de diversos tributos (por exemplo, o ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS) no chamado Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), com alíquotas iguais para todos os produtos e serviços. O impacto dessa unificação tende a amenizar, por exemplo, a dificuldade das pessoas jurídicas em calcular todos aqueles tributos e cumprir com todas as obrigações acessórias a eles inerentes, além de reduzir a desigualdade do sistema fiscal.<sup>74</sup>

Outras medidas tributárias progressivas deverão surgir como alternativas de obtenção de recursos. Os caminhos mais debatidos são a adoção de impostos sobre a fortuna, cuja instituição compete à União, e de uma tributação mais abrangente das heranças. Quanto

70 Em face do princípio da capacidade contributiva, cada cidadão contribui para a coletividade de acordo com a sua capacidade de fazê-lo, ou seja, o ônus tributário será tanto maior quanto maior for sua capacidade de arcar com tal ônus e, ao contrário, será tanto menor, ou até mesmo inexistente, quanto menor, ou nula, for tal capacidade. (LAPATZA, José Juan Ferreira. *Direito Tributário: teoria geral do tributo*. Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole; Madri: Marcial Pons, 2007, p. 23).

71 De acordo com Marciano Buffon, “num Estado que existe em razão do homem, é imperiosa a necessidade de que as condições de sobrevivência da pessoa não estejam aquém de um patamar mínimo. Para que se efetive, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, deve o Estado assegurar um conjunto de direitos, absolutamente indispensáveis para uma vida digna. Ou seja, não se pode falar em dignidade humana, se não for garantido o denominado “mínimo existencial”. Para que isso se concretize, por um lado, o Estado deverá dar a máxima eficácia aos direitos sociais de cunho prestacional, que estejam aptos a assegurar condições minimamente necessárias a uma existência digna. Por outro lado, é defeso ao Estado exigir tributos que possam atingir aquele mínimo essencial a uma existência digna.” (BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.181).

72 A essencialidade da utilização da progressividade tributária para o atendimento das demandas do Estado Social, é também destacada por Piketty: “O imposto progressivo é uma instituição indispensável para fazer com que cada pessoa se beneficie da globalização, e sua ausência cada vez mais evidente pode levar a globalização a perder apoio. (...) Por essas diferentes razões, o imposto progressivo é um elemento essencial para o Estado Social: ele desempenha um papel fundamental em seu desenvolvimento e na transformação da estrutura da desigualdade no século XX, constituindo uma instituição central para garantir a sua viabilidade no século XXI.” (PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p.484).

73 Isenção no Imposto de Renda deve subir para R\$ 3 mil, diz Bolsonaro. Publicado em 23 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/isencao-no-imposto-de-renda-deve-subir-para-r-3-mil-diz-bolsonaro/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

74 A presente Proposta de Emenda à Constituição, tem como objetivo propor uma ampla reforma do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços, através da substituição de cinco tributos atuais por um único imposto sobre bens e serviços (IBS). Os tributos que serão substituídos pelo IBS são: (i) imposto sobre produtos industrializados (IPI); (ii) imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); (iii) imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS); (iv) contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins); e (v) contribuição para o Programa de Integração Social (PIS). O IBS terá as características de um bom imposto sobre o valor adicionado (IVA), modelo adotado pela maioria dos países para a tributação do consumo de bens e serviços. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 45, de 2019*. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em: 29 jul. 2020).

àquele, denota-se muita resistência a sua aprovação<sup>71</sup>. Não é por outro motivo que sua cobrança permanece à espera da lei complementar instituidora por mais de 30 anos. Este, por outro lado, de competência estadual, caberia ao Congresso Nacional, em princípio, elaborar a lei complementar regulamentadora do fato gerador, base de cálculo e contribuinte, e ao Senado Federal, elevar a alíquota máxima aplicável, fixada atualmente em 8% (artigo 155, §1º, IV da Constituição Federal de 1988 c/c. artigo 2º da Resolução n. 9/92).

Em consulta ao guia *Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide (2019)*, publicado pela rede *EY Private Client Services*, verifica-se que o aumento de alíquota desse imposto para heranças e doações de valores vultosos sequer atingiu patamares de países desenvolvidos, como Estados Unidos, Japão e França, nos quais as alíquotas atingem patamares de 40% a 50%.<sup>72</sup>

Numa reforma tributária ampla, é de se imaginar que a alíquota do ITCMD venha a romper o limite de 8% estabelecido pelo Senado Federal, a fim de combater o aumento da concentração de renda.<sup>73</sup> Todavia, enquanto isso não ocorrer, é provável que os Estados que ainda não adotaram a alíquota máxima de 8% o façam para reforçar o caixa financeiro.

Aqui e alhures, não são subestimadas as dificuldades práticas de implementação dessas medidas em um sistema político dominado pelos mais ricos a partir do financiamento de campanhas eleitorais pelos extratos mais poderosos da pirâmide social. Todavia, o agravamento da situação social em decorrência da Covid-19 não confere outra alternativa democrática senão o enfrentamento das injustiças sociais, cuja viabilidade financeira dependerá de uma profunda reforma tributária igualitária, a médio e longo prazo.

Abordado o possível contexto fiscal (arrecadatório) na quarta etapa (pós-pandemia), a partir de agora lançaremos nosso olhar sobre a prevalência do interesse humano, ou seja, a defesa e a proteção do meio ambiente, na medida em que “não é possível dignamente viver em um espaço físico degradado, tampouco se admite que em prol de uma fausta existência seja comprometido o ambiente de futuras gerações”.<sup>74</sup> Inclusive, parece ser intuitivo, chegando as raias da obriedade, que o desequilíbrio climático e ambiental pode levar a maior incidência e intensidade desta e de novas pandemias.<sup>75</sup>

Assim sendo, justifica-se a importância da extrafiscalidade como mecanismo interventivo

71 ZARANCA, Evandro; ELALI, André. Considerações sobre propostas de mudanças tributárias em face da crise. *Revista Consultor Jurídico*, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-14/elali-zaranza-mudancas-tributarias-face-crise>. Acesso em: 29 jul. 2020.

72 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide, 2019*. Disponível em: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/\\$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf). Acesso em: 29 jul. 2020.

73 O economista francês Thomas Piketty desfaz o mito da herança como fruto da meritocracia, demonstrando que os herdeiros em geral pouco contribuem para a manutenção e desenvolvimento do capital que, depois de certo patamar, reproduz-se sozinho. Por este motivo, é essencial a tributação progressiva sobre as heranças a fim de combater o aumento da concentração de renda. (PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 365).

74 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 236.

75 A diminuição da vida no planeta deve-se à perda de habitat, fazendo com que os animais não humanos invadam cidades em busca de alimento e de espaço. E a *urbe*, por seu turno, invade florestas, mangues e vegetações protegidas em nome do crescimento econômico promovendo um desenvolvimento urbano insustentável com o potencial de exterminar espécies de fauna e flora com uma voracidade impiedosa e nunca antes vista. Por consequência, isso propicia o contato efetivo e potencial com outros animais não-humanos e humanos causando, também, o compartilhamento de germes e a disseminação de patógenos. (WEDY, Gabriel. Covid-19, mudança do clima e perda da biodiversidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/covid-19-mudanca-clima-perda-biodiversidade>. Acesso em: 16 jul. 2020).

do Estado<sup>76</sup>, no sentido de estimular/induzir (criando benefícios ou incentivos) ou desestimular determinados comportamentos (ampliando ou agravando a exigência tributária).

A análise será centrada nas normas indutoras de práticas ambientais sustentáveis, talvez a face mais visível e eficaz da extrafiscalidade.<sup>77</sup> É evidente que seria absurdo imaginar que as possibilidades esgotar-se-iam nas sugestões que seguem. A pretensão, pois, é singelamente apresentar algumas alternativas potencialmente úteis.

No caso do Imposto de Importação (II), quando da nacionalização de produtos compreendidos como nocivos ao meio ambiente, o Poder Executivo, com base no §1º do artigo 153 da CF/88, pode majorar a alíquota deste imposto, com objetivo de desestimular tal operação.

No que se refere ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), “as alíquotas de tal imposto poderiam ser diferenciadas segundo a função e utilização dos veículos, tendo como parâmetro a diminuição da emissão de gases poluentes”.<sup>78</sup> Ainda, “a utilização de combustíveis ecologicamente corretos poderia ser estimulada, mediante a desoneração da incidência do IPVA”.<sup>79</sup> Por outro lado, “veículos que utilizam combustíveis fósseis mais poluentes poderiam vir a pagar alíquotas maiores”.<sup>80</sup>

Na seara municipal, por exemplo, o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) pode ser empregado com finalidade ambientalmente orientada, por força do que consta previsto no § 4º do art. 182 da Carta Magna. O Município pode utilizá-lo como instrumento para evitar a não edificação, não utilização ou subutilização de imóveis. Terrenos urbanos que estejam acumulando lixo, infiltrando materiais tóxicos no solo, servindo como veículos de degradação da fauna ou da flora podem sofrer incidência mais rigorosa do IPTU. De outra banda, os imóveis tidos como ecologicamente adequados – a exemplo daqueles construídos com materiais sustentáveis, como tijolos ecológicos, madeiras de reflorestamento e com fontes de energias limpas e renováveis – poderiam gozar de redução nas alíquotas do IPTU.<sup>81</sup>

76 Os tributos são a principal fonte de receita financeira do Estado, e é conceituado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”. Tendo em vista a finalidade precípua de arrecadar recursos aos cofres públicos, tem-se que a função primordial dos tributos é a função fiscal. Fiscalidade, então, significa a função arrecadatória de que se reveste o tributo, devendo pautar-se essencialmente pelos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da capacidade contributiva. Porém, a tributação pode onerar determinadas situações ou operações, e, assim, influenciar as escolhas dos agentes econômicos, que podem se planejar de tal forma a evitar a prática do fato gerador e, conseqüentemente, evitar a incidência do tributo. Quando isso acontece, tem-se o que se chama de efeito extrafiscal. De acordo com Leandro Paulsen, extrafiscalidade: “[...] se trata de um tributo com finalidade extrafiscal quando os efeitos extrafiscais são não apenas uma decorrência secundária da tributação, mas seu efeito principal, deliberadamente pretendido pelo legislador que se utiliza do tributo como instrumento para dissuadir ou estimular determinadas condutas.” (PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.18-19). A esse propósito, Heron José Santana assevera que o Estado fazendo uso da extrafiscalidade em matéria ambiental, acaba premiando àqueles que optem por desenvolver atividades econômicas não-degradantes ou mesmo àqueles que consumam produtos ecologicamente corretos, criando uma sintonia com o princípio da prevenção, já que atua no sentido de evitar o dano ambiental. (SANTANA, Heron José. Meio ambiente e reforma tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, São Paulo, Ano 9, n. 33. p. 9-32, jan./mar. 2004, p.22).

77 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.240.

78 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

79 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

80 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

81 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

No que tange ao Imposto de Renda (IR), é notória sua matriz extrafiscal “quando permite o abatimento de verbas de interesse econômico, social e ambiental, como aquelas que incentivam a preservação do meio ambiente e a formação de reservas florestais no país”.<sup>82</sup>

Também é exemplo importante a seletividade do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) ou do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), que pode se diferenciar na incidência sobre garrafas PET (poluentes) e sobre garrafas de vidro (ecologicamente mais aceitáveis). Na opinião de Gabriel Wedy:

Tributos elevados podem estimular um maior consumo de refrigerantes comercializados em garrafas de vidro retornáveis e um desestímulo ao consumo daqueles vendidos em garrafas PET, que demoram longo período para serem decompostas no ambiente.<sup>83</sup>

Nesse ponto – de fixação das alíquotas de acordo com a adequação dos produtos, mercadorias e serviços aos requisitos e critérios ambientais – acreditamos que reside o espaço mais privilegiado de eficácia da extrafiscalidade ambiental, pois a fixação do ônus tributário em face de ser ou não ambientalmente adequado, tem “uma potencialidade incalculável para, de um lado, estimular o consumo de produtos verdes e, de outro, desestimular a aquisição de mercadorias ou serviços ambientalmente nocivos”.<sup>84</sup>

Não há dúvida de que, nessa perspectiva, a tributação ambiental com finalidade extrafiscal é um importante mecanismo de funcionalização e concretização do direito ao desenvolvimento sustentável, sobretudo no cenário pós-pandemia, em que será inadiável a tarefa de preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

Já nos encaminhando para o fim, torna-se possível compreender que para lidar com os efeitos econômicos, sociais e ambientais desta quarta etapa (pós-pandemia) e seguir rumo à sustentabilidade, a adoção de medidas estratégicas de governança assumirá papel fundamental e o exercício justo e progressivo do poder de tributar não escapará a estas exigências do momento. Numa perspectiva intergeracional, Marciano Buffon alerta: “Este é o tempo em que se vive e o que nele for feito dependerá a vida dos que estão por vir. Está posto o grande desafio!”<sup>85</sup>

## 6 CONCLUSÃO

A fim de atender aos propósitos iniciais desta investigação científica, apresentam-se conclusões, julgadas essenciais, acerca das medidas tributárias de curto, médio e longo prazo para enfrentamento das repercussões econômicas da crise causada pela disseminação da Covid-19 (Sars-Cov-2), no Brasil:

a) As medidas adotadas pelo governo, inicialmente voltadas para desoneração tributária ou prorrogação do pagamento de tributos (ditas emergências), apesar de bem-intencionadas,

82 WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 291.

83 WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 298.

84 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.245.

85 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.246.

não foram suficientes diante do tamanho dos desafios enfrentados. Conviria aos poderes Legislativo e Executivo agirem no sentido de ampliá-las, sobretudo àquelas regiões que ainda enfrentam as chagas da quarentena e do *lockdown*, sob pena de a discussão das matérias fiscais-tributárias serem cada vez mais deslocadas casuisticamente para o Poder Judiciário.

Além disso, crê-se que a criação de novas incidências tributárias igualmente não resolverá o problema. Parece ser quase consenso hoje que, em casos de grave recessão, epidemias e guerras, os tributos deixam de ser a principal fonte de financiamento das despesas públicas, sendo substituídos por mecanismos anticíclicos como, por exemplo, a expansão da base monetária mediante a emissão de moeda, de modo a injetar maior quantidade de recursos na economia.

b) As medidas intermediárias para retomada das atividades e sustentação da economia, se vierem, deverão concentrar-se provavelmente na tributação direta, mais especificamente no IRPJ/CSLL. É o caso, por exemplo, da depreciação acelerada para investimentos realizados nesse período ou da flexibilização da utilização de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL.

Afora isso, também serão bem-vindas medidas voltadas à suspensão imediata dos parcelamentos tributários, permitindo caixa às empresas para o pagamento de salários, condicionado ao compromisso de não demitir seus empregados. Nessa perspectiva, igualmente relevante serão a suspensão e a cessação de sanções tributárias indiretas, tais como a inclusão no CADIN, negativa da expedição de Certidões Negativas de Débito e protesto extrajudicial. Em outras palavras, o Governo pode e deve se utilizar dos instrumentos tributários de que dispõe para induzir comportamentos econômicos voltados à manutenção do emprego e da atividade econômica.

c) Finalmente, em pronúncia às medidas que deverão ser adotadas no pós-pandemia, acreditamos, inicialmente, que o sistema tributário nacional deverá retomar sua higidez, de modo a recuperar não só a capacidade de gerar receitas ao Estado, mas também de estimular e desestimular comportamentos com vistas à realização da sustentabilidade global.

Todavia, parece haver consenso de que a tributação no Brasil está associada ao reconhecimento do seu alto grau de regressividade. Daí a importância de se promover, com urgência, uma reforma tributária igualitária, a fim de (i) adequar a tributação à efetiva capacidade contributiva do cidadão (sempre observando a não-tributação do mínimo existencial), (ii) combater a desigualdade (por meio da progressividade e da justiça fiscal) e (iii) fortalecer o Estado Social.

Não se pode subestimar, outrossim, as dificuldades práticas de implementação dessas medidas em um sistema político dominado pelos mais ricos a partir do financiamento de campanhas eleitorais pelos extratos mais poderosos da pirâmide social. Todavia, o agravamento da situação social em decorrência da Covid-19 não confere outra alternativa democrática senão o enfrentamento das injustiças sociais.

Em paralelo, e não menos importante, o interesse humano sob a ótica da defesa e da proteção do meio ambiente deve ocupar lugar de destaque nas medidas de médio e longo prazo. Para tanto, compete ao governo instituir a tributação ambiental com finalidade extrafiscal, importante mecanismo de funcionalização e concretização do direito ao desenvolvimento sustentável, sobretudo no cenário pós-pandemia, em que será inadiável a tarefa de preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.



## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Victor Teixeira de; WIDMANN, Priscilla Alessandra. Moratória fiscal judicial em tempos de pandemia – o papel do Poder Judiciário e o velho problema do controle externo da administração. *Migalhas*. Publicado em: 19/05/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327181/moratoria-fiscal-judicial-em-tempos-de-pandemia-o-papel-do-poder-judiciario-e-o-velho-problema-do-controle-externo-da-administracao>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ANDRADE, Hanrikson de. Bolsonaro diz que vai isentar combustível se estados “zerarem” ICMS. *Do UOL*. Publicado em 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/02/05/bolsonaro-diz-que-vai-isentar-combustivel-se-estados-zerarem-icms.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 45, de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *DECRETO Nº 10.302, DE 1º DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm). Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.932, DE 3 DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Portaria/IN/IN1932-me-serfb.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/IN/IN1932-me-serfb.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.243, DE 25 DE JANEIRO DE 2012*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37261&visao=anotado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Justiça Federal da 1ª Região*. Procedimento Comum Cível nº 1016660-71.2020.4.01.3400, Órgão julgador: 21ª Vara Federal Cível da SJDF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-df-aplica-teoria-fato-principe.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Justiça Federal da 3ª Região*. MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL Nº 5005357-83.2020.4.03.6100, Órgão julgador: 14ª Vara Cível Federal de São Paulo. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *MINISTÉRIO DA ECONOMIA*. Confira as medidas tomadas pelo Ministério da Economia em função da Covid-19 (Coronavírus). Publicado em 06/04/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *PORTARIA Nº 139, DE 3 DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Portaria/PRT/Portaria%20139-me.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20139-me.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *PORTARIA MFN 12, DE 20 DE JANEIRO DE 2012*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37244&visao=compilado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *RESOLUÇÃO Nº 17, DE 17 DE MARÇO DE 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/Resolucao%20n%C2%BA%2017-CAMEX.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/Resolucao%20n%C2%BA%2017-CAMEX.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *RESOLUÇÃO CGSN Nº 154, DE 03 DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Pedido de Tutela Provisória nº 2700/DF. Tribunal de Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 06/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.357. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES, Data do Julgamento: 29/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) nº 591.340. Origem: SP – São Paulo, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO, Data do Julgamento: 27/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2633289>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (ARE) 1239911. Origem: SP - SÃO PAULO, Relator: MIN. LUIZ FUX, Data do Julgamento: 13/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792478>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STP nº 185. Origem: MA – MARANHÃO, Relator: MINISTRO PRESIDENTE. Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5898606>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Suspensão de Segurança nº 5.373. Origem: SE – SERGIPE, Relator: MINISTRO PRESIDENTE, Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5900987>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 3002894-97.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 29/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 2102712-39.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 17/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. Agravo de Instrumento/SP nº 5007503-64.2020.4.03.0000, Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, data do julgamento: 22/07/2020. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALCINI, Fábio Pallaretti. IRPJ e CSSL: depreciação acelerada incentivada da lavoura canavieira. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10/02/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-10/direito-agronegocio-irpj-cssl-depreciacao-acelerada-incentivada-lavoura-canavieira>. Acesso em: 28 jul. 2020.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. RESOLUÇÃO Nº 28, DE 1º DE ABRIL DE 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-28-de-1-de-abril-de-2020-251062799>. Acesso em: 28 jul. 2020.

GLOBO NOTÍCIAS (G1). *RS está na 10ª posição no ranking de isolamento social entre os estados brasileiros*. Publicado em: 28/07/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/07/28/rs-esta-na-10a-posicao-no-ranking-de-isolamento-social-entre-os-estados-brasileiros.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2020.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito Tributário: teoria geral do tributo*. Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole; Madri: Marcial Pons, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MARTINS, Jomar. *Não é o momento de decisões tributárias isoladas, diz desembargador do TRF-4*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 17/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/epidemia-nao-justifica-suspensao-cobranca-imposto-trf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p. 1-105. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o\\_pandemia\\_CorreiaNeto.pdf?sequence=4](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4). Acesso em: 28 jul. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience*, 19/05/2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Global Revenue Statistics Database. Publicado e atualizado em 2018*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/global-revenue-statistics-database.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide (2019)*. Disponível em: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/\\$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf). Acesso em: 29 jul. 2020.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A pandemia desfaz o mito do orçamento equilibrado. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/ricardo-lodi-pandemia-desfaz-mito-orcamento-equilibrado>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SANTANA, Heron José. Meio ambiente e reforma tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, São Paulo, Ano 9, n.33, p.9-32, jan./mar. 2004.

SANTOS, Saulo Gonçalves; FILHO, Ricardo Facundo Ferreira. Tributação, covid-19 e a trava de 30% do IRPJ e da CSLL. *Migalhas*. Publicado em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327417/tributacao-covid-19-e-a-trava-de-30-do-irpj-e-da-csll>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Nesta crise não se deve aumentar tributo - simples assim. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 06 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/justica-tributaria-nesta-crise-nao-aumentar-tributo-simples-assim>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SUMMERS, Lawrence. Covid-19 looks like a hinge in history. *Financial Times*, 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/de643ae8-9527-11ea-899a-f62a20d54625>. Acesso em: 16 jul. 2020.

VITAL, Danilo. Combate à epidemia barra substituição de depósito judicial em casos tributários. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/epidemia-barra-substituicao-deposito-judicial-tributario>. Acesso em: 28 jul. 2020.

VITAL, Danilo. Governo adia pagamento de tributos federais de março a abril. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/governo-prorroga-pagamento-tributos-federais-meses>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WEDY, Gabriel. Covid-19, mudança do clima e perda da biodiversidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/covid-19-mudanca-clima-perda-biodiversidade>. Acesso em: 16 jul. 2020.

WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WEDY, Gabriel. Relatório 2020 dos ODS: pandemia e o desenvolvimento sustentável. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/ambiente-juridico-relatorio-2020-ods-pandemia-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WORLDOMETER. *Covid-19 Coronavirus Pandemic*. 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ZARANCA, Evandro; ELALI, André. Considerações sobre propostas de mudanças tributárias em face da crise. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-14/elali-zaranza-mudancas-tributarias-face-crise>. Acesso em: 29 jul. 2020.

---

**Recebido em:** 11.09.2020

**Aprovado em:** 18.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

BUFFON, Marciano; MENEGUSSI, Matheus Costella. Tributação sustentável e a covid-19: políticas fiscais de curto, médio e longo prazo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.271-292, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-17.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# MEDIDAS PROCESALES FRENTE AL CORONAVIRUS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/2020, DE 18 DE SEPTIEMBRE

## PROCEDURAL MEASURES AGAINST CORONAVIRUS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF LAW 3/2020 OF 18 SEPTEMBER

Leticia Fontestad Portalés<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Este trabajo de investigación analiza las medidas procesales que el gobierno español adopta en la Administración de Justicia para combatir los efectos del COVID-19. Dado que, en un primer momento, estas nuevas medidas procesales se adoptan tras la entrada en vigor del RD-ley 16/2020 hasta su derogación por la reciente Ley 3/2020, en este trabajo hemos querido analizar ambas normativas. Y ello, fundamentalmente, porque aun cuando muchas de estas medidas pierden sentido tras la finalización del estado de alarma consideramos relevante analizarlas por las importantes críticas de las que fueron objeto. Asimismo, muchas de aquellas medidas que incorpora el citado RD-ley no solo no pierden sentido, sino que continúan siendo necesarias y, por ello, se mantienen tras la entrada en vigor de la nueva ley. Hecha esta advertencia, nuestro trabajo se centra en aquellas medidas procesales urgentes en el ámbito de la Administración de justicia como la habilitación parcial del mes de agosto y cómputo de los plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir que generaron una gran controversia tanto en la práctica como desde el punto de vista doctrinal. Asimismo, se ponen de manifiesto las medidas concursales y societarias adoptadas, en general, por el legislador, así como aquellas de carácter procesal. Y, dado que a lo largo del trabajo se hace referencia a las medidas organizativas y tecnológicas que incorporan las citadas normas, cerramos este trabajo con una breve referencia a dichas medidas. Dejamos fuera del ámbito de este trabajo el proceso especial y sumario en materia de familia que incorpora el RD-Ley 16/2020, no solo porque ya no está en vigor, sino porque constituye el principal objeto de estudio de otro trabajo de investigación.

**Palabras clave:** medidas procesales urgentes; administración de justicia; covid-19; real decreto 16/2020; ley 3/2020; medidas concursales; medidas tecnológicas.

**ABSTRACT:** This research work analyzes the procedural measures that the Spanish government adopts in the Administration of Justice to combat the effects of COVID-19. Given that, initially, these new procedural measures were adopted after the entry into force of RD-law 16/2020 until its repeal by the recent Law 3/2020, in this paper we wanted to analyze both regulations. This is mainly because, even though many of these measures lose their meaning after the end of the state of alarm, we consider it relevant to analyze them because of the important criticisms to which they were subjected. Likewise, many of the measures incorporated in the RD-law not only do not lose their meaning, but continue to be necessary and, therefore, are maintained after the entry into force of the new law. Having made this warning, our work is focused on those urgent procedural measures in the field of the Administration of Justice such as the partial habilitation of the month of August and the calculation of the procedural deadlines and the extension of the period to appeal that generated a great controversy both in practice and from the doctrinal point of view. Likewise, the bankruptcy and corporate measures adopted, in general, by the legislator, as well as those of a procedural nature, are highlighted. And, given that throughout the work reference is made to the organizational and technological measures incorporated by the aforementioned rules, we close this work with a brief reference to these measures.

**Keywords:** urgent procedural measures; administration of justice; covid-19; royal decree 16/2020; law 3/2020; bankruptcy measures; technological measures.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Comunitário pela Universidad de Malaga/España. Profesora Titular de Derecho Procesal pela Universidad de Málaga/España.



## 1 INTRODUCCIÓN

Ante la situación de crisis sanitaria que estamos sufriendo todavía hoy en día los Gobiernos de prácticamente todos los países del mundo han ido adoptando una serie de medidas procesales y organizativas para combatir los efectos del COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En España, el artículo 86 de la Constitución Española<sup>2</sup> permite al Gobierno dictar Decretos-leyes “*en caso de extraordinaria y urgente necesidad*”, siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general. En cumplimiento de ello y tras la declaración del Estado de alarma<sup>3</sup>, el Gobierno español hizo uso del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril<sup>4</sup>, en adelante RD-ley, para establecer una serie de medidas, de diferente naturaleza, con el objetivo de luchar contra los efectos del COVID-19 en la Administración de Justicia<sup>5</sup> y que acaba de ser derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia<sup>6</sup>. En el presente trabajo haremos mención del régimen previsto en ambas normas por dos motivos. En primer lugar, analizaremos la desaparecida regulación de la habilitación parcial del mes de agosto y de los cómputos procesales por el debate crítico que suscitó esta medida adoptada por el gobierno en la citada norma, hoy derogada. Y, en segundo lugar, haremos mención al contenido normativo de este RD-ley debido a que aunque muchas de las medidas incorporadas en su articulado han quedado sin efecto, otras se mantienen intactas o con modificaciones en la nueva Ley 3/2020.

Resumiendo, a grandes rasgos, el contenido de este recién derogado Real Decreto-ley, podemos determinar que se trata de una norma que regulaba medidas procesales que se consideraban urgentes<sup>7</sup>, tanto de carácter organizativo como de seguridad jurídica, con el fin de, garantizando la salud de los operadores jurídicos<sup>8</sup>, reestablecer progresivamente el normal funcionamiento de los juzgados y tribunales.

Es importante recordar que nos encontramos ante una norma cuyas medidas han estado en vigor no solo, lógicamente, durante el período en el que el país se encontraba en Estado de alarma, sino también durante los tres meses siguientes a la finalización del confinamiento de los ciudadanos y demás medidas específicas adoptadas en el ámbito de la Administración de Justicia<sup>9</sup>. Pasados los mencionados tres meses, efectivamente, dicha

2 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

3 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

4 Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE, núm. 119, de 29 de abril de 2020).

5 Sin embargo, debemos manifestarnos en contra de que el legislador aproveche situaciones de este tipo para introducir reformas procesales que resultan incoherentes con los principios que informan nuestro sistema procesal reduciendo, además, tal y como afirma TORRES ROSELL, algunos de los derechos y expectativas de las partes procesales. *Vid.* TORRES ROSELL, N., “¿La aceleración de la actividad judicial depende de la restricción de derechos procesales?: modificación y supresión de recursos en el proceso penal (propuestas 4.6 y 4.13 del CGPJ)”, en *Diario La Ley*, núm. 9664, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de Julio de 2020, pág. 1.

6 BOE núm 250 de 19 de septiembre de 2020.

7 Son tres los paquetes de medidas que se aprueban para retomar la actividad de los juzgados y tribunales tras la declaración del Estado de alarma por la crisis sanitaria del coronavirus y que se pretenden articular en torno a tres conceptos: medidas procesales urgentes, medidas concursales y societarias y medidas organizativas y tecnológicas.

8 Para garantizar dicha salud laboral, el RD ley incorpora una serie de limitaciones que deben ser tenidas en cuenta en los órganos judiciales para garantizar la distancia de seguridad, así como para evitar la concentración del personal, que tendrá la posibilidad de acogerse a jornadas de mañana o tarde.

9 El citado RD 463/2020 incorpora entre otras medidas, no solo las limitaciones a la libertad de circulación de las personas, sino, específicamente en el ámbito de la Administración de Justicia, la suspensión de los términos y plazos procesales, con las únicas excepciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

normativa ha sido sustituida por la citada Ley 3/2020.

Las medidas que incorporan, tanto la Ley 3/2020, como el derogado Real Decreto-ley se han estructurado en ambos casos en tres capítulos. El primero de ellos dedicado a las medidas de carácter procesal que es en el que más difieren ambos regímenes, lógicamente, ante la desaparición de esa urgencia en lo que a la necesidad de la adopción de medidas procesales se refiere. En este sentido el Capítulo I de la Ley 3/2020 ha quedado reducida a dos artículos que reproducen prácticamente lo previsto en el RD-ley sobre la tramitación de los expedientes de regulación temporal de empleo y la tramitación preferente de determinados procedimientos. El segundo capítulo de las citadas normas incluye medidas en el ámbito concursal y societario. Y, por último, el tercero, lo dedican a las medidas de carácter organizativo y tecnológico destinadas a afrontar de manera inmediata los efectos de la crisis del COVID-19 sobre la Administración de Justicia.

Entre las medidas urgentes de carácter procesal que adoptó el Gobierno, en el citado Real Decreto-Ley se prevé una serie de normas que tienen como objetivo dar respuesta al, más que posible, incremento de litigiosidad como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19, así como a impulsar la reactivación de la actividad judicial de nuestros tribunales. Para ello, se crearon juzgados Covid-19 para atender provisionalmente los asuntos consecuencia de la crisis y que se mantienen con la nueva normativa en vigor. No obstante, debemos tener en cuenta que el día 20 de septiembre ha entrado en vigor la Ley 3/2020 que deroga el RD-ley y como consecuencia desaparecen muchas de las medidas procesales previstas en el capítulo I del citado RD-ley pues, como advertíamos anteriormente, ha desaparecido el mencionado carácter urgente para la adopción de medidas de carácter procesal. Así, por ejemplo, el RD-ley habilitó excepcionalmente, como medida procesal urgente y manera parcial, el mes de agosto que, con carácter ordinario y habitualmente, es inhábil en la Administración de Justicia, previsión que, lógicamente, ha desaparecido de la Ley 3/2020.

En el Capítulo II de la Ley 3/2020 se incorporan otras medidas junto a las ya acordadas en el en el Real Decreto- ley 16/2020, de 28 de abril; en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19<sup>10</sup>, así como en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19<sup>11</sup>, con el objetivo de, por un lado, salvaguardar la continuidad económica de aquellas empresas, profesionales y autónomos que, antes de la declaración del estado de alarma, cumplieran los compromisos derivados de un convenio o de un acuerdo, ya se trate de un acuerdo de pago de carácter extrajudicial o de un acuerdo de refinanciación homologado. Por otro lado, en relación con estos deudores, se aplaza la obligación de solicitar la apertura de la fase de liquidación siempre que, durante la vigencia del convenio, el deudor advierta la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y los compromisos adquiridos con posterioridad a la aprobación de aquel. Por último, en este aspecto, se posibilita la modificación

---

10 BOE núm. 91, de 1 de abril 2020.

11 BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020. Hay que tener en cuenta que la disposición derogatoria del Real decreto-ley 16/2020, deroga el artículo 43 de este Real Decreto-ley 8/2020 que incorporaba la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma, así como la inadmisión a trámite por parte del juez de las solicitudes de concurso necesario hasta transcurridos dos meses desde la finalización de dicho estado. Curiosamente la exposición de motivos de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre advierte que en la Disposición derogatoria única en su apartado segundo se deroga el artículo 43 Real Decreto 8/2020 que establecía la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma y preveía que los jueces no admitirían a trámite solicitudes de concurso necesario hasta transcurridos dos meses desde la finalización de dicho estado pues se trata de “evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que pueden ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo”.

del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación homologado.

Asimismo, en materia concursal y societaria, el legislador, para impulsar e incentivar la financiación de las empresas atendiendo a sus necesidades transitorias de liquidez, califica como créditos contra la masa, llegado el caso de liquidación, los créditos que derivan de sus compromisos de financiación o de la prestación de garantías a cargo de terceros, incluidas las personas especialmente relacionadas con el concursado, siempre que figuraran en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del convenio ya aprobado por el juez.

No podemos dejar de señalar que nos encontramos ante actuaciones que, a pesar de la entrada en vigor de la nueva Ley 3/2020, continúan siendo transitorias y que no están exentas de complejidad puesto que se adoptan en un primer momento, con el RD-ley 2020, en el que todavía no había entrado en vigor el nuevo texto refundido de la Ley Concursal que, apenas hace unos días que resulta de aplicación<sup>12</sup>.

En lo que a nosotros nos interesa, desde una perspectiva procesal, resulta de especial relevancia en este punto advertir de las normas de agilización del proceso concursal que se han previsto en esta Ley 3/2020, así como en el derogado Real decreto-ley, de tal modo que para tratar de evitar el previsible incremento de la litigiosidad en lo que a la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia se refiere, se ha regulado, por ejemplo, la confesión de la insolvencia, la tramitación con carácter preferente de determinadas actuaciones dirigidas a la protección de los derechos de los trabajadores, a proteger la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos, etc.

En el bloque organizativo y tecnológico, por su parte, la Ley 3/2020 mantiene algunas medidas adoptadas por el RD-ley como, por ejemplo, la participación de los jueces de adscripción territorial y letrados de la Administración de Justicia en prácticas, así como la movilidad de funcionarios entre órganos judiciales de una misma jurisdicción y en la misma localidad. Medidas que se incorporaron en un primer momento en el RD-ley con el fin de agilizar y dar continuidad a la actividad judicial.

De la misma manera, en este Capítulo III, la Ley 3/2020 en la línea del Real Decreto Ley mantiene su objetivo de impulsar el teletrabajo, de mejorar el uso de los sistemas de firma digital, así como la potenciación de las nuevas tecnologías en el desarrollo de las vistas y demás actos procesales. Para ello, se prevé que los actos procesales se lleven a cabo, con carácter preferente, de forma telemática excepto en los procesos por delitos graves<sup>13</sup> en el orden jurisdiccional penal que requieren, necesariamente, la presencia física del acusado<sup>14</sup>. En definitiva, el Capítulo III de la Ley 3/2020 mantiene e incorpora medidas de carácter

12 Aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020 (BOE núm. 127, de 07 de mayo 2020).

13 Proceso para el enjuiciamiento de delitos que tengan prevista una pena privativa de libertad superior a 9 años. La fase de instrucción o sumario es competencia del Juez de Instrucción, mientras que la fase intermedia y la del juicio oral es competencia de la Audiencia Provincial excepto en los supuestos de aforamientos o delitos cuya competencia esté atribuida a la Audiencia Nacional. *Íd.* Artículo 14 y 757 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Publicado en GACETA de 17 de septiembre de 1882).

14 El artículo 786.1 primer inciso LECrím establece que *“La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor”*, en cumplimiento con lo previsto en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo 6 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York en 16 de diciembre de 1966. Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico se prevé la posibilidad de la celebración del juicio en ausencia del acusado en los procedimientos abreviados cuando la pena privativa de libertad no exceda de dos años y se cumplan los requisitos establecidos en artículos 775 y 786.1.º LECrím. En los procesos por delitos (antiguos juicios de faltas), el artículo 971 LECrím establece que *“la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél”*. Este tipo de procesos penales, la ausencia del acusado no trae consigo ni la declaración de rebeldía ni la suspensión del juicio por razones de economía procesal, es decir, ante la escasa entidad de la infracción y también, en función de lo previsto en el artículo 970 LECrím, por propia innecesidad de la presencia del sujeto pasivo del procedimiento para el supuesto de que el presunto culpable resida fuera de la demarcación del Juzgado.

organizativo y tecnológico destinadas a seguir afrontando las consecuencias de la crisis sobre la Administración de Justicia y, además, amplía la aplicación temporal de las mismas hasta el 20 de junio de 2021, fecha en la que se espera que existan todas las garantías sanitarias contra el COVID-19.

Una vez expuesto, con carácter general, el contenido del Real Decreto-ley 16/2020 y su equivalente en la nueva Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que deroga el citado RD-ley, en el siguiente apartado nos centraremos exclusivamente en análisis de las medidas urgentes de carácter procesal previstas en el capítulo I del RD-ley dejando al margen del trabajo precisamente una de las medidas que se mantiene en la Ley 3/2020 que es objeto de otro trabajo de investigación<sup>15</sup>. Al mismo tiempo en este apartado iremos mencionando las medidas organizativas y tecnológicas que se incorporan en el Capítulo III.

Dado que a la finalización de este trabajo de investigación se publica y entra en vigor la citada Ley 3/2020, nos limitaremos en este momento a incluir en cada apartado las diferencias que incorpora la reciente normativa en relación con el derogado RD-ley.

No obstante, antes de comenzar, sirva como justificación del análisis realizado sobre el RD-ley a pesar de estar en la actualidad derogado, además de los motivos antes expuestos, el régimen transitorio previsto en la Ley 3/2020 que entra en vigor el día 20 de septiembre. Así, la citada Ley 3/2020 prevé un régimen transitorio en relación con las actuaciones procesales y otro régimen transitorio en relación con las medidas organizativas y tecnológicas:

- a) Disposición transitoria primera Régimen transitorio de las actuaciones procesales:
  - 1. Las normas de la Ley 3/2020 se aplicarán a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su entrada en vigor, con independencia de la fecha en la que hubiera comenzado el proceso.
  - 2. No obstante, a las actuaciones procesales iniciadas conforme a lo previsto en los artículos 3 a 5 del R.D-ley 16/2020, se le aplicará esta normativa que estará transitoriamente en vigor hasta su conclusión.
- b) Disposición transitoria segunda Previsiones en materia de medidas organizativas y tecnológicas

Las medidas previstas en el Capítulo III de la Ley 3/2020 aplicarán en todo el territorio nacional hasta el 20 de junio de 2021 inclusive. No obstante, si a dicha fecha se mantuviera la situación de crisis sanitaria, las medidas contenidas en el citado Capítulo III se aplicarán en todo el territorio nacional *“hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.”*

## **2 MEDIDAS PROCESALES URGENTES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Dentro de este capítulo dedicado a las medidas procesales urgentes en el ámbito de la Administración de Justicia, analizaremos concretamente la habilitación parcial del mes de agosto y cómputo de los plazos procesales, así como la ampliación del plazo para recurrir por los problemas que suscitó en la comunidad jurídica no sin antes advertir que se trata

<sup>15</sup> El contenido de los artículos 6 y 7 RD-ley se mantienen en los artículos 1 y 2 Ley 3/2020 que incorpora como novedad lo referido al carácter preferente de determinadas inscripciones en el registro civil. En materia de registro civil la Disposición final quinta modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

de medidas que han perdido su razón de ser en la actualidad y que han sido objeto de derogación tras la entrada en vigor de la Ley 3/2020.

El Real Decreto-ley 16/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia incorpora como primera medida procesal la habilitación de días a efectos procesales.

Para poder advertir los efectos de esta relevante medida procesal debemos, al menos, poner de manifiesto cuál es el régimen general en relación con los días hábiles que nuestro ordenamiento jurídico contempla en la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>16</sup> (en adelante, LOPJ), para la celebración de las actuaciones procesales. Así, el artículo 182.1 de la citada LOPJ, dispone que son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad. El Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), puede, por medio de reglamento, habilitar estos días a efectos de actuaciones judiciales en aquellos casos no previstos expresamente por las leyes.

Por su parte, el artículo 130.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>17</sup> (en adelante, LEC) establece que las actuaciones judiciales deberán practicarse en días y horas hábiles afirmando, a continuación que, son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, y los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria<sup>18</sup>, en adelante LJV, en atención a lo previsto en el, actualmente derogado, artículo 1812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>19</sup>, había que tener en cuenta que para los actos de jurisdicción voluntaria eran hábiles todos los días sin excepción. Previsión que, tras la entrada en vigor de la mencionada LJV, desaparece excepto para las Certificaciones públicas de determinados expedientes de derecho marítimo en función de lo previsto en el artículo 502 de la Ley de Navegación Marítima (en adelante, LNM)<sup>20</sup>.

Hecha esta advertencia, el artículo 1 del citado RD-ley 16/2020 declaró hábiles para todas las actuaciones judiciales, que a efectos del artículo 183 LOPJ<sup>21</sup> se declaran urgentes, los días 11 a 31 del mes de agosto del año 2020. Como podemos comprobar, no se trata de una habilitación total sino parcial puesto que no se habilita totalmente el mes de agosto, sino solamente a partir del día 11 del mismo. No obstante, quedaban a salvo los sábados, domingos y festivos, excepto para las actuaciones judiciales para las que estos días fueran declarados hábiles en atención a lo previsto en las leyes procesales<sup>22</sup>.

16 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985).

17 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000).

18 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

19 Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil (Gaceta de Madrid núm. 36, de 5 de febrero de 1881) cuyo Libro III dedicado a la Jurisdicción Voluntaria ha estado vigente, a pesar de la derogación de esta Ley tras la entrada en vigor de la actual LEC del año 2000, hasta su expresa derogación por la Disposición derogatoria única de la citada Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria, según la cual: "1. Quedan derogados los artículos 4, 10, 11, 63, 460 a 480, 977 a 1000, 1811 a 1879, 1901 a 1918, 1943 a 2174 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881".

20 Vid. Artículo 502 LNM según el cual "En los procedimientos relativos al Derecho marítimo serán hábiles todos los días y horas sin excepción".

21 "Serán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales. No obstante, el Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, podrá habilitarlos a efectos de otras actuaciones".

22 En opinión de GONZÁLEZ CASSO, por un lado, sorprende que del 1 al 10 de agosto no exista urgencia alguna y, por otro lado, critica que esta norma "... es un precepto absurdo e inútil. La habilitación del mes de agosto ya está prevista en nuestras leyes procesales e incluso sin necesidad de previa habilitación (vid. artículos 131 núm. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 201 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por poner algunos ejemplos)". Cfr. GONZÁLEZ CASSO, J., "Algunas notas de urgencia al Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica), p.2.



No han sido pocas las críticas desde distintas instituciones que regulan las profesiones de abogados y procuradores en relación a la habilitación del mes de agosto para las actuaciones procesales<sup>23</sup> y, también, en lo que se refiere a la medida adoptada por el Gobierno sobre la distribución de las vacaciones de Jueces, Magistrados, miembros del Ministerio Fiscal, Letrados de la Administración de Justicia y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia a la que hace referencia el apartado 2 del artículo 1 del RD-ley que ahora analizamos.

La razón que lleva al legislador a adoptar esta medida en contra de la opinión del Consejo General de la Abogacía<sup>24</sup>, no es otra que la de impulsar la recuperación de la actividad procesal que ha estado paralizada durante todo el período del estado de alarma. Sin embargo, las principales críticas parten del hecho de que para ello se requiere un esfuerzo no solo de los operadores jurídicos que trabajan en la Administración de Justicia, sino también de los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia, para garantizar y proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Junto al hecho de conferir, tanto a los operadores jurídicos como a los profesionales relacionados con la Administración de Justicia, la responsabilidad de reactivar el funcionamiento de la actividad judicial, esta norma exige a las citadas Administraciones e instituciones una adecuada organización y coordinación para la distribución de las vacaciones de Jueces, Magistrados, miembros del Ministerio Fiscal, Letrados de la Administración de Justicia y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

La habilitación parcial del mes de agosto, desde el día 11 al 31, como acabamos de ver, junto a la posibilidad de adoptar medidas para la distribución de las vacaciones de los Jueces, Magistrados y demás funcionarios de la Administración de Justicia ha provocado las críticas de un gran sector de los profesionales del Derecho que no pertenecen, pero colaboran con la Administración de Justicia, al considerar que se trata de normas que en ningún caso van a solucionar el retraso en la administración de justicia dado que, entre otras cosas, la habilitación parcial del mes de agosto para agilizar la justicia es del todo incompatible con el régimen adoptado por el Gobierno para proteger las vacaciones del citado personal al servicio de la Administración de Justicia.

En este sentido, la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, el pasado 30 de abril, declara que

[...] declarar hábil agosto y garantizar el respeto a las vacaciones de los jueces y del conjunto de los funcionarios de la Administración de Justicia no es compatible con el pleno rendimiento del sistema, de modo que no se recuperará el atraso que acumulan los juzgados. De hecho, esta decisión supondrá en la práctica la ralentización del sistema durante siete meses (junio, julio, agosto y septiembre, octubre, noviembre y diciembre) en lugar de uno solo (agosto).<sup>25</sup>

23 Sirva como ejemplo el rechazo frente a esta medida del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, en [https://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=%2FS015010002001%2F1586695783613\\_es\\_ES.html](https://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=%2FS015010002001%2F1586695783613_es_ES.html) (última consulta, 07 sep. 2020).

24 *Vid.* Nota sobre el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de Medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia en relación a las peticiones efectuadas por el CGAE, disponible en [https://www.icacordoba.com/archivos/tmw-Nota\\_CGAE\\_RDley\\_16\\_2020\\_28Abril.pdf](https://www.icacordoba.com/archivos/tmw-Nota_CGAE_RDley_16_2020_28Abril.pdf), última consulta 08 sep. 2020).

25 En sentido, no podemos olvidar las recomendaciones que, tras la publicación del RD-ley, realiza la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial, el 11 de mayo, de *"limitar en lo posible las vistas orales, sin perjuicio de aquellas que deban celebrarse en atención a su urgencia"* así como, para el supuesto de que los jueces consideraran necesario aprovechar los días habilitados durante este mes, *"comunicar a las partes los señalamientos para dicho periodo con la suficiente antelación, preferiblemente antes del 15 de junio"*. El CGPJ, además, consideró que lo más conveniente sería *"reducir al mínimo esencial la práctica de notificaciones cuyo plazo precluya entre el 11 y 31 de agosto"*. Igualmente, la Comisión de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante, TSJA), en acuerdo de 2 de junio de 2020, acordó establecer una serie de pautas de actuación a tener en cuenta a partir del día 4 de junio de 2020 como consecuencia del alzamiento de la suspensión de las actuaciones judiciales y plazos procesales (disponible en [https://www.icacordoba.com/archivos/tmw-COMISION%20SG\\_2%20de%20Junio\\_TSJA.pdf](https://www.icacordoba.com/archivos/tmw-COMISION%20SG_2%20de%20Junio_TSJA.pdf)). Acuerdo que fue recurrido por el Consejo Andaluz de Colegio de Abogados (disponible en [https://www.asnala.com/media/docs/corona/416-C.G.PJ.\\_Recurso-Alzada-Definitivo-C.G.PJ.pdf](https://www.asnala.com/media/docs/corona/416-C.G.PJ._Recurso-Alzada-Definitivo-C.G.PJ.pdf)).

El Ministerio de Justicia, al inicio de su Plan de arranque judicial, declara que

Tras analizar las cifras de uso del sistema de comunicaciones electrónicas Lexnet, se muestra que abogados y procuradores han hecho un uso intensivo durante el periodo hábil, aumentando tanto la recepción de notificaciones como la remisión de escritos de inicio de demandas y de trámite a los órganos judiciales. Durante el periodo hábil de agosto de 2020, respecto al mismo periodo de 2019, se observa un aumento considerable en todos los actos de comunicación. En particular, el número de notificaciones ha sido de 1.310.000 (un 1.000% más respecto a 2019), y los abogados y procuradores han presentado más de 110.000 escritos iniciadores de demandas (un 245% más que el año anterior) y más de 436.000 escritos de trámite (un 585% más). Según los datos del informe realizado por Justicia, esta medida ha compensado en parte los meses de inactividad y ha reactivado un gran número de procedimientos. Las comunicaciones electrónicas a lo largo del periodo habilitado en agosto han sido fluidas y los sistemas han funcionado con normalidad sin producirse incidencias reseñables. Las cifras permiten concluir que, gracias al esfuerzo de todos, se ha mantenido una razonable actividad judicial y se ha respondido adecuadamente a la situación generada por la pandemia.<sup>26</sup>

Sin embargo, ante este informe, los profesionales que colaboran con la Administración de Justicia se preguntan ¿dónde quedan las citadas recomendaciones del CGPJ y del TSJA que limitaban los señalamientos y las notificaciones a asuntos esenciales y urgentes?

Además, a pesar de los datos tan optimistas y esperanzadores que arroja este informe del Ministerio de Justicia, por ejemplo, en el Colegio de Abogados de Granada, que habilitó una especie de Buzón de incidencias, entre el 24 de agosto y el 4 de septiembre, ha recibido un total de 162 comunicaciones en dos semanas<sup>27</sup>.

En relación al cómputo de plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir, el artículo 2 RD-ley es muy claro cuando determina que aquellos términos y plazos procesales previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos en función de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>28</sup>, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente.

No obstante, hay que tener en cuenta el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma que procede a derogar en los siguientes términos las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>29</sup> que, en el avance del Plan para la desescalada, para la reactivación de la actividad económica, de la movilidad y de las necesidades de los ciudadanos de acceder a los servicios, tanto públicos como privados, hace conveniente facilitar el normal desarrollo de los procedimientos administrativos y judiciales. Para lo cual, en

---

26 Nota de prensa del Plan de arranque judicial del Ministerio de Justicia, disponible en <https://cutt.ly/FWUUtVn> (última consulta, 08 sep. 2020).

27 El Ilustre Colegio de Abogados de Granada había solicitado a los abogados que comunicaran a la Institución las incidencias sobre el incumplimiento por los juzgados de Granada de las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) sobre señalamientos y notificaciones en agosto. Como consecuencia, se han recibido 72 quejas en relación con diligencias, 27 con autos, 28 con providencias, 11 con sentencias y 15 con decretos. Información disponible en la página web del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, en <https://icagr.es/noticias/detalle/3128> (última consulta, 08 sep. 2020).

28 BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

29 BOE núm. 145, de 23 de mayo de 2020.

primer lugar, se decreta el levantamiento de la suspensión de términos y de la interrupción de plazos administrativos, estableciendo, con efectos de 1 de junio de 2020, la derogación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. De esta manera, se determina que se reanude o, en su caso, se reinicie el cómputo de los plazos desde esa misma fecha.

Igualmente, este Real Decreto 537/2020, en relación con los plazos y términos procesales, deroga con efectos a partir del 4 de junio de 2020, la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alzándose la suspensión en la misma fecha. Al mismo tiempo, se deroga, con efectos a partir del 4 de junio de 2020, la disposición adicional cuarta del Real Decreto citado, relativa a la suspensión de plazos de prescripción y caducidad de acciones y derechos, alzándose la suspensión en dicha fecha.

Como consecuencia y resumiendo:

- 1) Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alza la suspensión de los plazos procesales.
- 2) Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alza la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.
- 3) Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanuda, o se reinicia, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas. En este sentido, no podemos olvidar que la disposición derogada no resultaba de aplicación a los procedimientos administrativos en determinados sectores como el ámbito de la afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social, así como tampoco a los plazos tributarios, regulados en una normativa especial, ni en particular a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

A efectos prácticos, el principal problema que se plantea tras el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales se centra en determinar cuál es el espíritu de la norma en lo que se refiere a la reanudación del cómputo de los plazos procesales, pues se plantea la duda y surge el debate a cerca de si, tras el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales el pasado 4 de junio, el cómputo de los plazos procesales para los procedimientos que estaban suspendidos, se reanudan teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, o por el contrario, los plazos vuelven a computarse desde su inicio. GONZÁLEZ CASSO afirma que la norma se refiere a la interrupción de los plazos procesales por lo que:

El cómputo del plazo se hace desde el principio de modo que si teníamos veinte días para contestar a una demanda y nos restaban tres, cuando se levante la suspensión seguiremos teniendo los veinte días iniciales. La disposición transitoria primera no altera esta interpretación. Nos dice que las normas del Real Decreto Ley se aplicarán «a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de iniciación del proceso en que aquellas se produzcan». Aunque pudiera parecer en una primera lectura que, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley, el 30 de abril, sus normas son aplicables, también en lo relativo a los plazos procesales, estos siguen suspendidos mientras no se levante el estado de alarma.<sup>30</sup>

30 Cfr. GONZÁLEZ CASSO, J., "Algunas notas de urgencia al Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica), pp.3-4. Para un análisis de los motivos que llevan a plantearse si nos encontramos ante una suspensión de los plazos procesales y, por tanto, se reanuda el cómputo de los plazos o, por el contrario, se debe comenzar a contar desde el inicio porque se trata de una interrupción. Vid. GARCIA SANCHEZ, A., "Plazos procesales ¿se reanuda el cómputo o se reinicia desde cero?", en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 2 de junio de 2020. A favor también de considerarlo una interrupción RUIZ GONZÁLEZ, A., "Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica), p.1.

En relación con la ampliación del plazo para recurrir, el RD-ley establece que cuando se trate de plazos para recurrir resoluciones judiciales (notificadas durante el estado de alarma o en los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos), además de reiniciarse ese cómputo, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora. No obstante, en el último párrafo de este apartado segundo del artículo 2 RD-ley se determina que este régimen no será aplicable a los procedimientos cuyos plazos estaban exceptuados de la excepción en función de lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, esto es, solo será aplicable a aquellos procedimientos cuyos términos y plazos hubieran estado suspendidos por el estado de alarma<sup>31</sup>.

La Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, por la que se aprueba el Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19, establece cómo se llevará a cabo el retorno a la actividad ordinaria de la Administración de Justicia que, en función de lo establecido en este documento y que se realizará en cuatro fases sucesivas<sup>32</sup>.

Asimismo, tampoco se puede dejar de lado el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial que determina que, una vez que se produzca el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales y hasta el restablecimiento de la plena normalidad de funcionamiento de la Administración de Justicia, los servicios considerados esenciales durante la vigencia del estado de alarma se sitúen “*en un plano análogo*” al de las actuaciones declaradas preferentes y urgentes por las leyes procesales<sup>33</sup>.

Aunque enumeraremos las medidas organizativas previstas en el capítulo III del RD-ley al final de este trabajo, no queremos dejar de advertir en este momento cuáles han sido las medidas que, durante el estado de alarma y los tres meses siguientes a su finalización se han adoptado tanto en los juzgados y tribunales, oficinas judiciales y fiscalías.

En primer lugar, los actos procesales, cuando se ha dispuesto de los medios tecnológicos adecuados, se han llevado a cabo telemáticamente, es decir, una vez constituido el juzgado o tribunal en su sede, los juicios, comparecencias, declaraciones y vistas, se han realizado con carácter preferente de forma telemática. Todo ello sin perjuicio, como veremos más adelante, de la imposibilidad de celebrar el juicio en ausencia en los procesos penales por delitos graves.

En segundo lugar, para garantizar la salud de todas las personas que participen de una u otra forma en la Administración de Justicia, ya sea por ejemplo el juez o los justiciables, se toman medidas para la celebración de los actos con audiencia pública, en función de las características de las salas de vistas.

Por lo que respecta a las exploraciones médico-forenses, se ha previsto que se realicen,

31 *Vid.* Artículo 2.2 RD-ley 16/2020.

32 *Vid.* Orden JUS/430/2020, de 22 de mayo, por la que se activa la Fase 2 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (BOE núm. 145, de 23 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/23/pdfs/BOE-A-2020-5241.pdf>) y, la más reciente, Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (BOE de 6 junio de 2020).

33 El CGPJ afirma que “*El alzamiento de la suspensión de los plazos procesales habrá de operar sobre una situación en la que los órganos judiciales no dispondrán de la totalidad de sus medios personales, por razón de las necesidades derivadas de las medidas sanitarias y de seguridad que deben mantenerse durante la prórroga del estado de alarma, e incluso después de su finalización –sin que se descarten ulteriores prórrogas–, de acuerdo con las disposiciones de las autoridades sanitarias. Por lo tanto, permanecen, aun después del alzamiento de la suspensión de los plazos procesales, aunque de forma más limitada y en menor medida, las razones que llevaron a exceptuar de la regla de suspensión a las actuaciones consideradas esenciales*”. *Vid.* Acuerdo del CGPJ, de 23 de mayo de 2020 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Power-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-acuerda-que-los-servicios-declarados-esenciales-durante-el-estado-de-alarma-sigan-tramitandose-de-modo-preferente-una-vez-se-reanude-la-actividad-judicial>).

en la medida de lo posible, en función de la documentación médica puesta a su disposición hasta el 20 de junio de 2021.<sup>34</sup>

Igualmente, incluso, se ha determinado la dispensa del uso de las togas en las audiencias públicas para asistir a las actuaciones orales.

Para atender al público, se determina la atención preferentemente a través del teléfono o por correo electrónico excepto en aquellos casos que sea necesario acudir a la sede judicial para los que se debía solicitar cita previa en atención a los protocolos que al efecto establezcan las administraciones competentes.

Medida, estas últimas que, precisamente, se mantienen en la normativa de la Ley 3/2020.

### **3 MEDIDAS CONCURSALES Y SOCIETARIAS**

#### **3.1 Introducción**

Los artículos 3 a 13 Ley 3/2020, que sustituyen a los artículos 8 a 18 del derogado RD-ley, están destinados a la regulación de una serie de medidas de carácter concursal y societario pues el legislador es consciente, por un lado, de que la crisis sanitaria del COVID-19 supone un problema añadido a la viabilidad de las empresas concursadas que puede traer como consecuencia, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable. Y, por otro lado, de las consecuencias de la aplicación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso en las circunstancias actuales.

Como consecuencia, el legislador, junto a las medidas previstas en el citado Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 que, como ya sabemos, extiende a estas empresas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo en función de lo establecido en el, también citado, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 adopta en la Ley 3/2020 una serie de medidas con el objetivo de mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente con sus obligaciones, de potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez y, por último, de tratar de evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores.

Las medidas previstas en el RD-ley tienen que ver con:

- a) La modificación del convenio
- b) El aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación.
- c) Los acuerdos de refinanciación,
- d) Régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores.
- e) Financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor.
- f) Impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
- g) Enajenación de la masa activa.
- h) Aprobación del plan de liquidación.
- i) Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos.
- j) Suspensión de la causa de disolución por pérdidas.

---

<sup>34</sup> En este caso, la Ley 3/2020 permite la actuación de los equipos psicosociales de menores y familia y de las Unidades de Valoración Integral de Violencia sobre la Mujer de forma presencial, de oficio o a petición de cualquiera de las partes.



Medidas concursales de carácter provisional que llegan en un momento en el que todavía no había entrado en vigor el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que ha entrado en vigor el día 1 de septiembre de 2020<sup>35</sup> dando lugar a una situación algo más compleja de lo habitual<sup>36</sup>.

Aun cuando nosotros centramos nuestro interés exclusivamente en las medidas procesales que se adoptan frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, no hemos querido dejar de, al menos, hacer una breve referencia a las medidas concursales y societarias en general teniendo en cuenta, además, la reciente entrada en vigor del citado Texto Refundido de la Ley de Concursal para, finalizar, con el análisis de las medidas concursales de carácter procesal.

### **3.2 Medidas concursales y societarias en la Ley 3/2020 y en el RD-ley 16/2020**

En relación con la propuesta de modificación de convenio, que permite reformular las cuentas sociales y adaptarlas a la nueva situación, hasta el 14 de marzo de 2021, el concursado tendrá la posibilidad de presentar una propuesta de modificación del convenio que se encuentre en período de cumplimiento siempre que adjunte<sup>37</sup>:

- 1 - La relación de créditos pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos
- 2 - Un plan de viabilidad
- 3 - Un plan de pagos

La propuesta de modificación se debe tramitar atendiendo a las normas establecidas para la aprobación del convenio originario, pero se tramitará por escrito. La modificación no va a afectar a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni tampoco a los acreedores privilegiados, ni a los créditos contraídos en período de cumplimiento de convenio inicial, excepto que se hubiesen adherido expresamente a la propuesta.

Así, como con el RD-ley, durante los seis meses siguientes a la finalización del estado de alarma el juez debe dar traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores, y no se podían admitir a trámite hasta transcurridos tres meses a contar desde que finalice ese plazo, en el que al concursado se le ofrece la posibilidad de presentar propuesta de modificación del convenio para su tramitación prioritaria a la solicitud de declaración de incumplimiento.

En el régimen que incorpora la Ley 3/2020, se prevé la posibilidad de solicitarla sin necesidad de esperar al año y se regula también la posibilidad de que el juez de traslado al concursado de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio que presenten los acreedores hasta el 31 de octubre de 2020 inclusive, aunque, igualmente, no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice ese plazo<sup>38</sup>.

35 Sobre esta cuestión se puede consultar SALINAS ADELANTADO, C., "El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16/2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?", en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 2 de junio de 2020.

36 Para un estudio exhaustivo del proceso concursal antes y después de la reforma de 2020 se pueden consultar las obras de JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., *Los concursos conexos*. Madrid: Ed. Tecnos, 2015; GUERRERO PALOMARES, S., *Derecho Procesal Concursal (Adaptado al RDL 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal)*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

37 *Vid.* Artículo 3 Ley 3/2020 y artículo 8 RD-ley.

38 *Vid.* Artículo 3 Ley 3/2020.

En ambas normativas, se establecen que los acuerdos extrajudiciales de pago se registrarán por estas mismas reglas.

En cuanto al aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación, efectivamente, el RD-ley exonera al deudor del deber de solicitar la liquidación, aun cuando sea conocedor de la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos y resto de obligaciones, hasta el 14 de marzo de 2021. Para evadirse de dicha obligación deberá presentar una propuesta de novación de convenio que sea admitida a trámite dentro del plazo del año, es decir, hasta el 14 de marzo de 2021. Fecha que coincide con lo previsto en el artículo 4 Ley 3/2020.

Lógicamente, durante dicho plazo, el juez no podrá dictar auto de apertura de la liquidación, aun cuando el acreedor acreditase la existencia de algún hecho sobre el que pudiera basar la declaración de concurso.

En caso de incumplimiento del convenio, aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, se considerarán créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza concedidos al concursado o derivados de garantías reales o personales en favor de éste, por cualquier persona, incluidas las personas especialmente relacionadas con él, si en el convenio o en la propuesta consta la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación o de la garantía a que se hubieran comprometido<sup>39</sup>.

En función de lo previsto en el artículo 5 Ley 3/2020, hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, el deudor tiene el plazo de un año para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o alcanzar otro nuevo, aunque no haya transcurrido un año de la anterior homologación según lo dispuesto en el artículo 617 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Para ello el deudor deberá tener homologado un acuerdo de refinanciación<sup>40</sup>.

Hasta el 31 de octubre, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurra un mes a contar desde dicha fecha. Durante ese mes en el que el juez no puede admitir a trámite la solicitud de declaración de incumplimiento de dicho acuerdo de refinanciación, el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación.

Hasta aquí no existe ninguna diferencia en lo que al acuerdo de refinanciación se refiere entre ambas normativas. Sin embargo, desaparece la previsión del artículo 10.2 *in fine* del derogado RD-ley que establecía la posibilidad de que el juez admitiera a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores cuando el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que tuviera en vigor u otro nuevo en los tres meses siguientes a la comunicación del juzgado.

En relación con el régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de

---

<sup>39</sup> Vid. Artículo 4.3 Ley 3/2020 y 9.3 RD-ley.

<sup>40</sup> El artículo 10.1 RD-ley establecía que “Durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación”.

acreedores, el artículo 6 Ley 3/2020 y el artículo 11 RD-ley, atendiendo a las consecuencias del estado de alarma, regulan la ampliación el plazo del deudor insolvente para solicitar el concurso de la siguiente manera:

1. Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor en estado de insolvencia no tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso, con independencia de que haya comunicado, o no, al juzgado competente para la declaración del concurso, la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

2. Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no pueden admitir a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Si hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

3. Si antes del 31 de diciembre, en lugar del 30 de septiembre de 2020 al que hacía referencia el RD-ley, el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio se estará al régimen general establecido por la ley.

La financiación y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor, tanto en la Ley 3/2020 como en el RD-ley, queda regulado de la siguiente manera en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022:

- los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que, desde la declaración del estado de alarma, le hubieran sido concedidos al deudor por quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él, tendrán la consideración de créditos ordinarios
- Igualmente tendrán la consideración de créditos ordinarios los créditos en que se hubieran subrogado quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta de este, a partir de la declaración de ese estado.

### **3.3 Medidas procesales para tramitar los procedimientos de insolvencia.**

Con advertíamos al comienzo de este apartado referido a las medidas concursales y societarias, entre las medidas procesales para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia el legislador también prevé una serie de medidas que afectan al proceso concursal. Algunas de estas medidas se aplican con carácter general al desarrollo de todos los procedimientos como, por ejemplo, y como ya hemos visto anteriormente, las medidas que tienden a evitar la celebración de las vistas. Sin embargo, junto a estas medidas procesales de carácter general, a las que no escapa el proceso concursal, el legislador establece otras medidas concretas para el procedimiento de insolvencia.

Así, en primer lugar, debemos advertir que lo establecido en el artículo 8 Ley 3/2020 sobre la impugnación del inventario y la lista provisional de acreedores establece como plazo para los incidentes que se incoen para resolver las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive.

Resulta interesante destacar en relación con la regulación de este procedimiento que desaparece la limitación en relación a la presentación de los medios prueba previsto en el derogado artículo 13 RD-ley, que establecía que los incidentes que se incoaran para resolver

las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores en los que la administración concursal no hubiera presentado el inventario provisional, así como la lista provisional de acreedores con anterioridad a la declaración del estado de alarma, se admitirían exclusivamente las pruebas documentales y periciales<sup>41</sup>.

Siguiendo la línea general de este RD-ley de evitar las vistas, igualmente el citado artículo 8 Ley 3/2020 que regula este procedimiento de impugnación del inventario y de la lista de acreedores determina que, en este procedimiento, no procede la celebración de la vista, salvo que el Juez del concurso resuelva otra cosa.

Salvo que nos encontremos ante demandas presentadas por acreedores de derecho público, las citadas normas, tanto la vigente como la derogada, atribuyen a la falta de contestación de la demanda por parte del demandado, la consideración de allanamiento<sup>42</sup> toda vez que, en principio, no se celebrará vista en la que pueda intervenir.

El artículo 14 RD-ley, hoy derogado, reconocía la tramitación preferente hasta que transcurriera un año a contar desde la declaración del estado de alarma de:

- Los incidentes concursales en materia laboral.
- Las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo.
- Las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio.
- Los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa.
- La admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente.
- La adopción de medidas cautelares y, en general, cualesquiera otras que, a juicio del Juez del concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos.

Si analizamos lo previsto en el actual artículo 9 de la Ley 3/2020, podemos comprobar que el legislador mantiene el plazo de un año para la tramitación preferentes de estos incidentes pues establece como fecha límite para la tramitación preferente el 14 de marzo de 2022 pero reconoce la tramitación preferente además de los supuestos a los que hace referencia el citado artículo 14 RD-ley, a los siguientes:

- El concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa y de la posibilidad de plantear un plan de pagos, instado por mediador, en el que conste lista de acreedores provisional, calificación fortuita y solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo.
- El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

A partir de aquí, el legislador, en los preceptos que se regulan a continuación, elimina las medidas previstas en la anterior regulación que perseguían salvar la obstrucción de nuestros tribunales y de acelerar la liquidación de activos. Así, en el artículo 15 RD-ley, se imponía la celebración de las subastas extrajudiciales de activos en sede concursal en relación con la

---

41 Que, además, según determinaba el apartado 3 de esta misma norma, las partes deberían acompañar necesariamente a la demanda incidental de impugnación y a las contestaciones que se presenten. Previsión que, no obstante, se mantiene en el artículo 8.3 Ley 3/2020.

42 Como todos sabemos, la ausencia de contestación a la demanda, como regla general, conlleva la declaración en rebeldía del demandado y el proceso sigue su curso en función de lo previsto en el artículo 496 y ss LEC. Vid. Artículo 21 LEC que regula el allanamiento.

declaración de los concursos dentro del año siguiente a la finalización del estado de alarma incluso si, en el plan de liquidación aprobado, se determinara otra cosa<sup>43</sup>. Sin embargo, el actual artículo 10 Ley 3/2020 establece para la celebración de la subasta de bienes y derechos de la masa activa, en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive y en los que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, que se podrá realizar a través de una subasta, judicial o extrajudicial, o mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la LC.

En ambas normas se establece que si el juez, en cualquier estado del concurso, hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización.

Por otro lado, en lo que se refiere al plan de liquidación, el artículo 11 Ley 3/2020 establece que el LAJ debe acordar de inmediato la puesta de manifiesto en la oficina del juzgado de aquellos planes de liquidación que la administración concursal haya presentado a la entrada en vigor de la presente Ley. Asimismo, finalizado el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, lo debe poner en conocimiento del juez del concurso que dictará auto de inmediato aprobando el plan de liquidación con las modificaciones que estime necesarias u oportunas, si lo considera conveniente para el interés del concurso<sup>44</sup>.

No se olvida el legislador de los métodos alternativos para la resolución de conflictos en lo que a la tramitación de la insolvencia se refiere, ni a las posibles renunciaciones de los diferentes mediadores a aceptar el cargo, por lo que para que no se produzcan retrasos en la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pagos, se considerará que el acuerdo extrajudicial se ha sido intentado sin éxito cuando se acredite que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado a los efectos de iniciar el concurso consecutivo y así debe ponerse en conocimiento del juez.

Por último, desde el punto de vista societario, el legislador, tanto en el desaparecido artículo 18 RD-ley como en el artículo 13 Ley 3/2020, con el objetivo de adaptar el cumplimiento de las obligaciones societarias a la restricción de movimientos y, sin dejar de lado, el contenido de la Circular 2/2020, de 18 de marzo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado<sup>45</sup>, en relación con el Real Decreto de declaración del estado de alarma, suspende el deber de formalizar la operación de reducción obligatoria de capital prevista en el artículo 327 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>46</sup>. Además, a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Sin embargo, si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, los administradores deberán convocar la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. No obstante, la celebración de dicha Junta podrá solicitarse por cualquier

---

43 En el 15.2 RD-ley el legislador, sin embargo, exoneraba de esta imposición de acudir a la subasta extrajudicial, con independencia del estado del concurso, para la venta del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, que sí podía realizarse a través de la subasta judicial o extrajudicial, así como a través de cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de los previstos en la Ley Concursal.

44 *Vid* lo previsto en el régimen derogado previsto en el artículo 16 RD-ley.

45 Disponible en [https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/05/CIRCULAR-CGN-3\\_2020.pdf](https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/05/CIRCULAR-CGN-3_2020.pdf) (última consulta 12 sep. 2020).

46 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03 de julio de 2010). *Vid*. GONZÁLEZ DÍA, B., "Medidas concursales para las empresas ante el COVID-19: propuesta de modificación de convenio, refinanciación y liquidación", en <https://elderecho.com/medidas-concursales-las-empresas-ante-covid-19-propuesta-modificacion-convenio-refinanciacion-liquidacion> (última consulta, 12 sep. 2020).



socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley.

El artículo 13.2 Ley 3/2020, así como el derogado artículo 18.2 RD-ley, cuando regulan esta suspensión de la causa de disolución por pérdidas advierten que todo ello debe entenderse sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en la presente norma.

#### **4 BREVE REFERENCIA A LAS MEDIDAS ORGANIZATIVAS<sup>47</sup> Y TECNOLÓGICAS**

En relación con las medidas organizativas y tecnológicas previstas en la Ley 3/2020 así como en el derogado RD-ley, no podemos olvidar las ya citadas órdenes del Ministerio de justicia en ejecución del Plan para la transición hacia una nueva normalidad que establecen los principales parámetros e instrumentos para la consecución de la normalidad, previendo la reactivación de diversos sectores.

Por su parte, tanto la reciente Ley 3/2020 como el citado RD-ley, dedican el Capítulo III, a regular una serie de medidas de carácter organizativo y tecnológico para enfrentar de manera inmediata en el caso de la norma derogada y *a posteriori* en el caso de la recién publicada norma, las consecuencias de la crisis del COVID-19 en la Administración de Justicia.

A grandes rasgos, como se desprende de la exposición de motivos en las citadas normas, en ambos casos, se prima la protección de la salud de las personas y, para reducir el riesgo de contagio, se establece que la celebración de los actos procesales se lleve a cabo preferentemente, de forma telemática. Tanto el RD-ley<sup>48</sup> como la Ley 3/2020 establecen que esta norma no resulta aplicable en el ámbito de la jurisdicción penal para los procesos por delitos graves puesto que, como todos sabemos, exigen presencia física del acusado para la celebración del juicio<sup>49</sup>, añadiendo la reciente normativa que, igualmente, esta norma tampoco resultará aplicable en los procesos penales cuando cualquiera de las acusaciones interese la prisión provisional o se solicite pena de prisión superior a dos años, en los que la presencia física del acusado resulta necesaria<sup>50</sup>. Añade, además, el último párrafo del artículo 14 de la nueva Ley 3/2020 que cuando sea requiera la presencia física del acusado o del investigado, igualmente será necesaria la presencia física de su defensa letrada, ya sea a petición de ésta o del propio acusado o investigado.

Con relación a la celebración de las vistas de forma telemática, a la vista de las críticas que se han suscitado por parte de la doctrina en relación con una posible ausencia de garantía de los derechos de las partes en el proceso, el artículo 14. 5 de esta ley prevé, no solo que

---

47 TORRES ROSELL afirma que “Si una medida organizativa es aquella con la que se pretende obtener una más adecuada gestión de los recursos humanos y materiales de los que se dispone en la administración de justicia, mi conclusión —como a continuación justificaré— es que la mayor parte de las incluidas en los arts. 19 a 28 RD-L 16/2020, no lo son; que, además, respecto de algunas de ellas se han excedido los límites que el art. 86. CE (LA LEY 2500/1978) establece para un RD-Legislativo; confundiendo en ocasiones la «competencia estatal para legislar en materia procesal» con que ésta le corresponde al ejecutivo”. (Cfr. TORRES ROSELL, N., “Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020”, en Diario *La Ley*, núm. 9647, 2020, pág. 1 (última consulta, 17 sep. 2020).

48 *Vid.* Artículo 19.2.

49 Para la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, nos remitimos a lo anteriormente expuesto en relación con el procedimiento abreviado y al proceso por delitos leves (artículos 786.1 y 970 y 971 LECrim, respectivamente).

50 *Vid.* Artículo 14.2: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

*También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.*

*Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado”.*

se adopten las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos para garantizar los derechos de todas las partes del proceso, sino que, expresamente exige especial cuidado en garantizar a los acusados e investigados en los procedimientos penales su derecho de defensa haciendo expresión mención del derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales.

Como novedad en relación con el régimen anterior del RD-ley, el legislador permite que al juez o al LAJ ante los que se celebren los actos procesales mediante presencia telemática que decidan acerca de una posible asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios<sup>51</sup>.

Del mismo modo, con idénticos fines, hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, se limita el acceso del público a todas las actuaciones orales atendiendo a las características de las salas de vistas. Se posibilita, así, el mantenimiento de las distancias de seguridad y se evitan las aglomeraciones y el trasiego de personas en las sedes judiciales cuando ello no resulte imprescindible<sup>52</sup>. Prevé además la Ley 3/2020 la posibilidad de acordar también la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido, cuando se disponga de los medios materiales para ello.

Con el objetivo de garantizar la protección de la salud de las personas también se establece un sistema de atención al público hasta el 21 de junio de 2021 a través de videoconferencia, vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, de tal forma que se limita la atención presencial a los supuestos estrictamente necesarios y únicamente mediante cita previa.

Todo ello siempre que sea posible en función de la naturaleza de la información requerida y, en todo caso, cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>53</sup>.

La recuperación de la actividad ordinaria de las oficinas judiciales y fiscales requirió no dilatar el plazo de reincorporación tras el levantamiento de las principales restricciones y de esta forma establecer medidas que coadyuvaran a afrontar con el menor impacto posible el incremento de litigiosidad.

De este modo, se prevé la creación de unidades judiciales para el conocimiento de asuntos derivados del COVID-19 y se establece la posibilidad de que los letrados de la Administración de Justicia puedan, durante el periodo de prácticas, realizar funciones de sustitución o refuerzo, entre otras medidas. Con ello se pretende atender la urgente necesidad de regularizar la situación de juzgados y tribunales para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

Además, tal objetivo ha de compatibilizarse con la adecuada protección de la salud del personal de la Administración de Justicia, del resto de profesionales y de los particulares que acuden a sus sedes. Por ello, se precisan medidas que supongan la distribución temporal de la prestación de servicios por el personal de las oficinas judiciales, de forma que puedan cumplir con su horario habitual de forma sucesiva. Con tal objeto, se establecen jornadas de trabajo de mañana o tarde, evitando con ello la coincidencia de todo el personal en las mismas horas. El cumplimiento de ese horario por distinto personal al servicio de la Administración de Justicia, aun sin ampliación de jornada, permite, además, la celebración de juicios y vistas no solo en horario de mañana, sino también durante las tardes.

---

51 Cfr. Artículo 14.6 Ley 3/2020.

52 Vid. Artículos 20 RD-ley y 15 Ley 3/2020.

53 Vid. Artículos 23 RD-ley y 18 Ley 3/2020.

Con el mismo objetivo de protección de la salud de los justiciables y demás personal de la Administración de Justicia, se limita el acceso del público a todas las actuaciones orales atendiendo a las características de las salas de vistas para posibilitar el mantenimiento de las distancias de seguridad y evitar las aglomeraciones, así como el continuo traslado de personas en las sedes judiciales si no resulta imprescindible.

La recuperación de la actividad ordinaria de las oficinas judiciales y fiscales requiere no dilatar el plazo de reincorporación tras el levantamiento de las principales restricciones y de esta forma establecer medidas que coadyuven a afrontar con el menor impacto posible el incremento de litigiosidad.

Para facilitar la adopción de medidas para combatir el aumento de la litigiosidad se parte de un plan progresivo de recuperación de la actividad de las oficinas judiciales, así como la actividad de las fiscalías encomendando, además el conocimiento de asuntos derivados del COVID-19 a unas unidades judiciales de nueva creación que estarán reforzadas, en caso necesario, por Letrados de la Administración de Justicia que se encuentran en periodo de prácticas que podrán incluso realizar funciones de sustitución. En este punto, de nuevo la Ley 3/2002 incluye una previsión que no se tenía en cuenta en el régimen derogado en lo que se refiere a que, en ningún caso, se permite remover a un letrado sustituto en funciones para nombrar en su lugar a un letrado en prácticas<sup>55</sup>. El objetivo fundamental es preservar el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

Pero, como decíamos anteriormente, no solo se trata de proteger la salud del justiciable, sino también la del personal de la Administración de Justicia, así como la del resto de profesionales y de los particulares que visitan sus sedes. Por lo tanto, para lograr este objetivo se determina también en esta Ley 3/2020, así como en el régimen anterior del RD-Ley, una serie de medidas encaminadas a la distribución temporal de la prestación de servicios por el personal de las oficinas judiciales, de manera que puedan desempeñar su trabajo con su horario habitual de forma sucesiva. En esta línea, se dividen las jornadas en turnos de mañana o tarde. No se trata de una ampliación de la jornada laboral, sino de la posibilidad de celebrar juicios y vistas tanto en el horario de mañana, como en el de tarde. En este punto, el artículo 22 Ley 3/2020, exige como requisito a la hora de adoptar estas medidas la previa negociación colectiva con las organizaciones sindicales y respetando en todo caso las medidas de seguridad laboral y prevención de riesgos laborales.

Para fomentar el teletrabajo, la Disposición final cuarta modifica la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que facilita el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal, así como el acceso de los ciudadanos a los servicios electrónicos en la Administración de Justicia. Como consecuencia de este acceso remoto, se han debido dotar a los órganos, oficinas judiciales y fiscalías de los medios e instrumentos electrónicos y de los sistemas de información necesarios y suficientes para poder desarrollar su función eficientemente.<sup>56</sup>

Como novedad no solo se establece la obligación de incluir un enlace al Tablón Edictal Judicial único en las sedes judiciales electrónicas<sup>57</sup>, sino que se incluye el régimen de

---

54 *Vid.* Artículo 23.1 Ley 3/2020.

55 Ya la disposición final primera modificaba la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, modificaciones que se prevén en la Ley 3/2020 como la modificación de la letra f) del artículo 4.2; la letra d) del artículo 6.2 y el añadido párrafo segundo.

56 del artículo 8.

57 *Vid.* del artículo 11.2 f) Ley 18/2011 tras la modificación por la Disposición Final Cuarta, número 4 Ley 3/2020. Para el régimen de publicación de los tablones edictales habrá que estar a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 35, así como a la Disposición adicional decimotercera Ley 18/2011, ambos añadidos por la citada Disposición Final cuarta.

comunicación edictal de forma electrónica<sup>58</sup>. La publicación de los edictos mediante el Tablón Edictal Judicial Único, según establece la Disposición transitoria tercera de la Ley 18/2011 tras la entrada en vigor de la Ley 3/2020, será aplicable a partir del 1 de junio de 2021 tanto a los procedimientos que se inicien con posterioridad, como a los ya iniciados.

Dado que el análisis de cada una de estas medidas organizativas y tecnológicas exceden del objetivo de este trabajo, en este momento nos limitaremos a enumerar las cuestiones a las que hace referencia el legislador en los artículos 14 a 22<sup>59</sup> teniendo en cuenta, además, que a lo largo de trabajo hemos ido haciendo referencia a muchas de ellas.

1. Celebración de actos procesales mediante presencia telemática, medida a la que hemos hecho referencia con anterioridad.

2. Acceso a las salas de vistas
3. Exploraciones médico-forenses
4. Dispensa de la utilización de togas
5. Atención al público
6. Órganos judiciales asociados al COVID-19
7. Asignación preferente de Jueces de adscripción territorial
8. Actuaciones dentro de un mismo centro de destino
9. Jornada laboral
10. Sustitución y refuerzo de Letrados de la Administración de Justicia en prácticas

Sin duda alguna, esta Ley 3/2020, en relación con estas medidas organizativas y tecnológicas introduce importantes mejoras respecto del Real Decreto-ley 16/2020, adaptando las medidas previstas en el mismo, ampliando en algunos casos los plazos para su aplicación e introduciendo nuevos aspectos en las mismas, como por ejemplo la puesta en funcionamiento del Tablón Edictal Judicial Único para la publicación y consulta de resoluciones y comunicaciones en los casos que establezca la ley.

Por último, no podemos olvidar la previsión de un proyecto de ley que regule las normas para la celebración de actos procesales telemáticos, preservando en todo momento las garantías procesales previstas en el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de las partes al que hace referencia la Disposición final decimosegunda de la Ley 3/2020.

## REFERENCIAS

GARCIA SANCHEZ, A., "Plazos procesales ¿se reanuda el cómputo o se reinicia desde cero?", en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2 de junio de 2020.

GARCÍA SANZ, J., Y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA J., "Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración", en *Diario La Ley*, núm. 9659, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 23 de junio de 2020.

GONZÁLEZ CASSO, J., "Algunas notas de urgencia al Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica).

<sup>58</sup> El nuevo artículo 35 Ley 18/2011 establece que "la publicación de resoluciones y comunicaciones que por disposición legal deban fijarse en tablón de anuncios, así como la publicación de los actos de comunicación procesal que deban ser objeto de inserción en el «Boletín Oficial del Estado», en el de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia respectiva, serán sustituidas en todos los órdenes jurisdiccionales por su publicación en el Tablón Edictal Judicial único previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial".

<sup>59</sup> Vid. artículos 19 a 28 del RD-ley sobre los que realiza un análisis crítico y detallado TORRES ROSELL, N., "Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020", en *Diario La Ley*, núm. 9647, 2020, p.1 (última consulta, 17 sep. 2020).

GONZÁLEZ DÍA, B., “Medidas concursales para las empresas ante el COVID-19: propuesta de modificación de convenio, refinanciación y liquidación”, en <https://elderecho.com/medidas-concursales-las-empresas-ante-covid-19-propuesta-modificacion-convenio-refinanciacion-liquidacion> (última consulta, 12 sep. 2020).

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, 30 de abril de 2020.

GUERRERO PALOMARES, S., *Derecho Procesal Concursal* (Adaptado al RDL 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., *Los concursos conexos*. Madrid: Ed. Tecnos, 2015.

MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. «Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus». De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, N° 9646, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 4 de junio de 2020.

MARCA MATUTE, J., “Juicios virtuales en tiempos del coronavirus”, en *Diario La Ley*, núm. 9688, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 3 de septiembre de 2020.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial”, en *Diario La Ley*, núm. 9654, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 16 de junio de 2020.

RUIZ GONZÁLEZ, A., “Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia”, en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020.

SALINAS ADELANTADO, C., “El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16/2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?”, en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2 de junio de 2020.

TORRES ROSELL, N., “Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020”, en *Diario La Ley*, núm. 9647, 2020.

TORRES ROSELL, N., “¿La aceleración de la actividad judicial depende de la restricción de derechos procesales?: modificación y supresión de recursos en el proceso penal (propuestas 4.6 y 4.13 del CGPJ)”, en *Diario La Ley*, núm. 9664, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de Julio de 2020.

---

**Recebido em:** 29.09.2020

**Aprovado em:** 09.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

PORTALÉS, Leticia Fontestad. Medidas procesales frente al coronavirus en la administración de justicia tras la entrada en vigor de la ley 3/2020, de 18 de septiembre. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.293-313, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-18.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# LAS ANTINOMIAS PROCESALES, SU INTERPRETACIÓN Y SOLUCIÓN

## PROCEDURAL ANTI-NOMIES, THEIR INTERPRETATION AND SOLUTION

Martin Eduardo Pérez Cázares <sup>1</sup>

**RESUMEN:** Hablar de antinomias procesales es trasladarnos a las contradicciones existentes en la legislación adjetiva que nos rige, y encontrar la discordancia en la normatividad; es común que estas existan, sobre todo en un país donde hay un sin número de leyes procesales, cuya aplicación frecuentemente encuentra dificultades para saber cual precepto emplear, que bien puede afectar o beneficiar al justiciable en un procedimiento. Aplicando el método analítico tratamos en el presente la mejor manera de solucionar el problema al que se enfrentan tanto jueces como abogados litigantes ante la disyuntiva de aplicar una norma u otra.

**Palabras clave:** concepto de antinomia; principios de las antinomias; principios del derecho; sistema de interpretación.

**ABSTRACT:** To speak of antinomies is to move to the contradictions existing in the legislation that governs us, and to find the disagreement in the normativity; it is common for these to exist, especially in a country where there are a number of laws, whose application frequently find it difficult to know which precept to apply, which may well affect or benefit the defendant in a proceeding. By applying the analytical method, we are currently trying to find the best way to solve the problem faced by both judges and trial lawyers when faced with the dilemma of applying one rule or another.

**Keywords:** Antinomy concept; principles of antinomies; principles of law; interpretation system.

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Políticas y Sociales por el Centro de Investigación y Docencia en Humanidades del Estado de Morelos/México. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Guadalajara/México. Maestro en Derecho Privado por la Universidad de Guadalajara/México. Profesor Investigador en la Universidad de Guadalajara/México. Abogado. ORCID: 0000-0003-1427-278X. E-mail: martineduardo64@gmail.com.

## 1 INTRODUCCIÓN

Las antinomias es en síntesis una contradicción normativa que en la práctica analizan comúnmente los juzgadores en los casos que les toca juzgar, como de igual manera los estudiosos del derecho, académicos y postulantes.

Algunos autores señalan formas y métodos para encontrar las antinomias como para realizar la interpretación de las normas en conflicto, y la manera de resolverlas, de igual manera la Corte mexicana ha establecido que la interpretación que se realice en el caso de las antinomias se haga privilegiando al ser humano.

El problema radica en que ciertas interpretaciones que realizan los juzgadores pueden caer en el decisionismo que afecta sustancialmente al derecho adjetivo y derechos humanos, al interpretar de manera errónea y contra la ratio de la norma artículos que desde su lectura demuestran una claridad que no debe estar sujeta a interpretación.

Las antinomias han sido un problema al momento de la aplicación del derecho por parte de los juzgadores, puesto que se enfrentan a problemas procesales no solo de interpretación de la norma adjetiva, sino de soluciones en la aplicación del derecho, ya que deben de definir cual norma es valida y aplicable al caso que los ocupa y cual en su caso invalida, sin lastimar derechos de las partes contendientes. En el presente analizamos el concepto de antinomia, la forma de localizarlas, los principios básicos para entenderlas, el sistema jurídico de interpretación de estas, los tipos de antinomias existentes.

## 2 CONCEPTO DE ANTINOMIA

Para adentrarnos al estudio, es necesario establecer el concepto de antinomia jurídica para poder dilucidar y debatir interpretación que debe de hacerse conforme a los derechos humanos, a criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como de la doctrina.

La antinomia es la situación en que dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, que concurren en el ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico, y esto impide su aplicación simultánea.<sup>2</sup>

Se conoce como antinomia a la contradicción, oposición real u aparente entre dos leyes, principios, ideas, palabras, fenómenos, entre otros. La palabra antinomia es de origen griego "*antinomia*", formada por el prefijo "*anti-*" que significa "*contra*", "*nomos*" que expresa "*leyes*", y el sufijo "*-ia*" que significa "*cualidad*".<sup>3</sup>

La antinomia jurídica o legal, se observa por la contradicción de dos leyes, y esto se da cuando dos normas jurídicas imputan un mismo supuesto jurídico, logrando un mismo ámbito de aplicabilidad, y representando un problema de eficacia y de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico de ese país.<sup>4</sup>

Se dice que nos encontramos ante una antinomia siempre que a un mismo supuesto de hecho le sean aplicables dos o más normas que establezcan consecuencias jurídicas distintas e incompatibles para ese mismo caso.<sup>5</sup>

---

2 Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/165/165344.pdf>. Consulta en: 3 jun. 2019.

3 Disponible en: <https://www.significados.com/antinomia/>. Consulta en: 3 jun. 2019.

4 Disponible en: <https://www.significados.com/antinomia/>. Consulta en: 3 jun. 2019.

5 MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos normativos*. Instituto de Investigación Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 3 jun. 2019, p.1309.

El orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente no puede negarse la posibilidad de que los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren en conflicto entre sí, es decir, que efectúen actos cuyo sentido subjetivo sea un deber, y que cuando ello quiera ser interpretado también como su sentido objetivo, cuando esos actos sean vistos como normas, las normas se encuentren recíprocamente en conflicto. Semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera.<sup>6</sup>

En un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema. Existe una antinomia, siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.<sup>7</sup>

Es el conflicto normativo que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles.<sup>8</sup>

Se dice que nos encontramos ante una antinomia siempre que a un mismo supuesto de hecho le sean aplicables dos o más normas que establezcan consecuencias jurídicas distintas e incompatibles para este mismo caso.<sup>9</sup>

Es así que podemos decir que la antinomia jurídica es una contradicción normativa de una conducta o de un supuesto jurídico de dos o más artículos de un mismo cuerpo normativo o de dos o más leyes, que no están en armonía una con otra, sino por el contrario adoptan posturas distintas.<sup>10</sup>

En otras palabras, es el problema que surge al momento en que se aplica un artículo que se contrapone con otro del mismo cuerpo de leyes, de diversas leyes o del sistema jurídico, dilema que comúnmente se presenta para los jueces, quienes tienen que aplicar la ley, pero que encuentran una antinomia al aplicarla, sin embargo, en un momento puede violar derechos humanos, pues una de las normas tiene que elegir para regir la situación del caso.

La duda es, ¿si pueden existir antinomias en el ámbito procesal? y, ¿hasta donde puede afectar al derecho adjetivo?

### **3 COMO ENCONTRAR LAS ANTINOMIAS**

Para llegar a una antinomia, es necesario acudir no solo a la interpretación jurídica, sino al método analítico y exegético, pues ahí es donde se encontrará el enunciado de la norma y podremos determinar si existe o no la contradicción entre dos preceptos.

No podemos negar que la contradicción de enunciados normativos es un fenómeno que se presenta en el momento que se aplica el derecho de manera particular, esto es, cuando la norma general se particulariza a un caso concreto.

En el discurso jurídico, las expresiones oposición normativa, conflicto normativo e incompatibilidad normativa, generalmente son utilizadas para aludir a las antinomias.

Para Norberto Bobbio se debe desarrollar dos aspectos fundamentales en el estudio

---

6 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12. ed. México: Porrúa, 2002, p. 214.

7 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, p. 71.

8 HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, 2007, p. 263.

9 MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos normativos*. Instituto de Investigación Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 3 jun. 2019, p.1310.

10 Ejemplo cuando una norma determina que el robo debe ser castigado con pena de muerte y existe otra que dispone que debe serlo con prisión, existiendo por tanto una contradicción que viene a ser una antinomia jurídica.

de las antinomias: a) fijar los criterios para identificar las antinomias en el discurso normativo, y b) establecer los criterios para resolverlas una vez que han sido identificadas.<sup>11</sup>

Mantilla Molina, considera que el mismo legislador que crea los tribunales debe dictar las normas que ha de sujetarse la tramitación ante ellos pues un tribunal no siempre podrá aplicar normas procesales que no tomen en consideración su peculiar estructura.<sup>12</sup>

Pero, resulta común que el legislador se equivoque, no solo en la redacción de la norma, sino en los enunciados del cuerpo de leyes que va a dictaminar, correspondiendo al doctrinista o el juzgador resolver las discordancias existentes entre dos normas de un mismo cuerpo de leyes o de distintas, no al legislador como lo señala Mantilla Molina. Partiendo siempre del principio que la norma sea oscura o encuentren contradicción.

Lo que reviste importancia en el derecho procesal, pues es ahí en la que frecuentemente se violan derechos humanos.

Hay que insistir en que una antinomia es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas. Con esto quiere decirse, en primer lugar, que una antinomia puede (en muchos casos) ser evitada, prevenida por medio de la interpretación; en segundo lugar, que una antinomia puede ser creada por la interpretación; en tercer lugar, que una antinomia puede solo presentarse con una interpretación ya realizada; en cuarto lugar, que, en consecuencia, una antinomia abre no un problema interpretativo (y que, por tanto, no puede ser resuelta por medio de la interpretación), sino un problema de otra naturaleza. Para resolver una antinomia hay que eliminar una de las dos normas en conflicto (o, quizás, ambas).<sup>13</sup>

Podemos decir que la antinomia se da cuando dos normas se encuentran en conflicto, y debe una de ellas subsistir, aplicarse o dejar de aplicarse, aunque este conflicto lo tiene en la mayoría de los casos los jueces al tener que decidirse sobre una norma adjetiva que se contrapone y aplicarla al caso concreto, las cuales en muchas ocasiones corresponde a la vía procesal elegida, a la personalidad de los litigantes, a los requisitos de forma en una demanda entre otras, pero con la salvedad de que no debe de violarse derechos humanos.

Debemos entonces realizar procedimientos y técnicas interpretativas idóneas para resolverlas. Tradicionalmente entre los métodos de solución de las antinomias, suelen aplicarse las siguientes: a) el criterio de especialidad, (*lex specialis derogat legi generali*); b) el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), y c) el criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*).<sup>14</sup>

Si se trata de normas generales pronunciadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*.<sup>15</sup>

Podemos establecer nuevos criterios de localización y solución de las antinomias, un criterio procesalista en el que domine y/o aplique la norma que mas favorezca al justiciable durante el procedimiento, favoreciendo el principio *in dubo pro actione*, en el que prevalezca el derecho de acción y la tutela judicial efectiva.

Esto implica tener una interpretación adecuada de la norma que se adapte al principio ya señalado y excluir la norma opuesta a este principio, esto es, debe de tomarse en cuenta el resultado y contenido material y el fin perseguido en el procedimiento. Buscar el supuesto

11 BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 2012, p. 95.

12 MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. México: Porrúa, 1982, p. 41

13 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, p.71-72.

14 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, p.71-72.

15 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12. ed. México: Porrúa, 2002, p.215.

de hecho que materialice la tutela de los derechos, para así resolver la antinomia encontrada.

En otras palabras, debemos de establecer un nuevo paradigma de reparación de las antinomias que encontremos, dando respuesta a la aplicación de la ley, buscando el pensamiento que el legislador plasmo en la norma, y su interpretación en beneficio del ser humano, esto es, otorgar una interpretación que de acceso a la tutela judicial, a la pretensión del actor, no una interpretación que obstaculice el acceso a la justicia.

Las reglas del derecho no están solo en los códigos, sino en la interpretación que se hace al aplicarlas, operan y surgen a la vida al momento de que son utilizadas para resolver un caso. Se debe observar al aplicar una norma procesal que ordenes vivas quieren decir, que es lo que transmiten en su sentido.

Al interpretar una norma procesal no se debe de ver solo las palabras que la conforman (esto seria una interpretación gramatical), sino el valor que encierra y el objeto que persigue para lo que fue creada.

Cuando se consideran juntos dos o más objetos, se advierte que hay entre ellos semejanzas y diferencias. La comparación de los objetos pone al descubierto sus cualidades que ayuda a captar las diferencias entre el objeto y el concepto.<sup>16</sup>

Puede añadirse, que la comparación opera sin límites en el sentido de que confronta no sólo el dato del objeto sino también el resultado.<sup>17</sup>

Antes de decidir que norma aplicar ante una antinomia, es necesario el cotejo de diversos componentes y ordenamientos jurídicos que se oponen entre sí, para decidir cual es el más favorable o el que más favorece a la persona humana y al derecho de acción, para así aplicarlo.

La comparación entre normas ante el fenómeno jurídico de la antinomia resulta útil, pues la confrontación entre institutos idénticos en ordenamientos diversos, como del mismo ordenamiento jurídico nos da la pauta a decidir que norma aplicar, por eso resulta necesaria una comparación interna y externa de ordenamientos jurídicos diversos.

Por ello debemos de buscar la función de la norma y encontrar un nuevo modelo que sirva para resolver de la mejor manera las antinomias que de como resultado la mejor aplicación de esta para el desarrollo del procedimiento.

Cuando existe una prescripción legal positiva, ésta debe ser obedecida por el juez; el juez debe observar de modo estricto la letra de la ley y el uso del lenguaje de la vida cotidiana, y en ningún momento puede decidir lo que no está regulado de manera indubitable por la ley.<sup>18</sup>

Hacer lo contrario caería en el decisionismo judicial, cuya función de juzgar sucumbiría en el exceso, extralimitando facultades que tienden a la violación de derechos humanos y al principio de legalidad.

#### **4 LOS PRINCIPIOS EN LAS ANTINOMIAS**

En materia de antinomias, tenemos que acudir también para un mejor entendimiento de estas a principios filosóficos y de lógica jurídica para resolver el conflicto normativo existente.

El principio lógico de contradicción establece que dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas verdaderas; dos normas contradictoriamente opuestas no pueden ambas ser válidas.

---

16 CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. México: Editorial Colofón, 2008, p. 59.

17 CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. México: Editorial Colofón, 2008, p. 60.

18 SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 19.



De manera semejante, el principio lógico de tercero excluido afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos falsos, en tanto que el correspondiente jurídico declara que normas de derecho contradictorias entre sí no pueden carecer de validez la dos. Por último, el principio lógico de razón suficiente expresa que todo juicio para ser verdadero ha menester de una razón suficiente, mientras el jurídico indica que toda norma, para ser válida, necesita un fundamento suficiente de validez.<sup>19</sup>

El principio lógico del tercero excluido es un principio originalmente aristotélico, aplicado a la filosofía, se le conoce como principio de exclusión del término medio, principio del medio excluido, principio del tercero excluido o principio del tercer término excluido,<sup>20</sup> pero también ha sido aplicado en materia procesal en las antinomias.

Este principio declara que todo tiene que ser o no ser. Afirmar, simultáneamente que “A es” y “A no es”, es imposible, en otras palabras, no puede haber dos supuestos verdaderos.

Si decimos, por ejemplo, que “el perro es un mamífero” y que “el perro no es mamífero”, no podemos rechazar estas dos proposiciones como falsas, pues no hay una tercera posibilidad. Este principio de tercero excluido es preciso reconocer que una alternativa es falsa y otra verdadera y que no cabría una tercera posibilidad.

En su forma original, se refiere también a una estructura de la realidad y consiste en la afirmación de que no hay término medio entre el “ser” y el “no-ser”. La forma lógica de este principio debe entenderse como afirmando que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos falsos.<sup>21</sup>

Ante estas dos posiciones contrarias, una tendrá que ser verdadera y la otra tendrá que desaparecer, entramos en cierto modo a una lógica jurídica que tendrá que aplicarse para resolver el problema y tomar la decisión de cual norma aplicar, siempre y cuando exista contradicción o se contrapongan.

Podemos acudir también al principio de la voluntad de la ley, para determinar la existencia de una antinomia, al respecto hay que diferenciar entre la voluntad de la ley y la voluntad del legislador; el legislador puede pretender o tener la voluntad de que la ley que dictó resuelva cierto problema o diga tal o cual enunciado, pero en la práctica, al aplicarse o bien no resuelve el problema, o el enunciado es distinto al que el legislador pretendía, de ahí que será necesario acudir a la voluntad de la ley como un principio resolutorio de antinomia.

Habrà que interpretar que a lo que el juez debe atenerse para someterse al sentido claro de la ley es a la voluntad de la ley. Consiguientemente el juez no debe hacer otra cosa que subsumir bajo la ley. Y de ahí parece deducirse entonces que una decisión judicial es correcta cuando puede ser presentada como el resultado de la subsumición bajo una ley.<sup>22</sup>

Es un hecho que hay normas eficaces e ineficaces y en cierto punto contradictorias, que en la praxis judicial conciben sentidos distintos, en ocasiones de un modo amplio y en otras de un modo estricto, en algunos casos poco explícitas o complejas, por lo que al momento de aplicarlas debe de buscarse su propio sentido, de no encontrarlo buscar el sentido que favorezca la continuación del procedimiento.

---

19 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *El Principio Jurídico de Razón suficiente*. Disponible en: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>. Consulta en: 11 jun. 2019, p.22.

20 MAYORGA MADRIGAL, Alberto Cuauhtémoc. *Claves de la Argumentación* apuntes de clase de Argumentación Jurídica febrero de 2013. Doctorado en Derecho generación 2012-2016. Universidad de Guadalajara, 2013.

21 MAYORGA MADRIGAL, Alberto Cuauhtémoc. *Claves de la Argumentación* apuntes de clase de Argumentación Jurídica febrero de 2013. Doctorado en Derecho generación 2012-2016. Universidad de Guadalajara, 2013.

22 SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 22.

“Todo esto hace necesario que la apelación a la vinculación del juez a la ley vaya acompañada de la prohibición de la negativa a juzgar, que significa que el juez no puede apelar al silencio o a la oscuridad de la ley”.<sup>23</sup>

En ocasiones el derecho procesal se torna rígido en cuanto a su aplicación, cuando en algunas situaciones (frecuente a veces), debe de ser blando, esto es, suave en cuanto a su empleo e interpretación, ponderando el derecho a la jurisdicción, si bien el sentido de una norma adjetiva se expresa mediante enunciados que encierran un significado a través de las palabras que facilitan su comprensión, en muchas ocasiones no es bien entendido, lo que dificulta su entendimiento y aplicación.

“Así el sentido lógico de un juicio a veces no es bien recogido por las palabras, pues estas, debido a su ambigüedad, falta de precisión o variedad en sus acepciones, deja escapar el sentido lógico del juicio expresado”.<sup>24</sup>

Entonces nos enfrentamos a la problemática de la aplicación normativa adjetiva al momento del desarrollo del procedimiento, desde el auto de admisión o no admisión de una demanda, hasta la ejecución de la sentencia. ¿Qué norma aplicar cuando mas de una encierra distintos enunciados?, en ocasiones contradictorios entre sí.

Entramos entonces a una racionalidad procesal cuya argumentación debe de ser sin limitación y con la motivación de dar entrada al procedimiento, pues servir de arbitro ante un conflicto entre particulares o entre el Estado y sus gobernados es el fin del juzgador y el impartir justicia una función del Estado, pero también un derecho humano el acceder a la justicia.

En este sentido, una norma procesal no tiene vida propia si no es aplicada, y en la aplicación debe de ser interpretada en todo su contexto del lenguaje jurídico, sin obstaculizar el desarrollo procedimental, pues el ideal de una norma adjetiva.

Entendemos entonces que el derecho supone estar vinculado al problema del lenguaje, sujeto a límites de su capacidad de expresión, en un vocabulario de terminado.<sup>25</sup>

Así entonces, el derecho adjetivo tiene normas obligatorias tanto para el juzgador como para las partes, establece conductas de actuar o no actuar, sobre todo en los procedimientos que son a petición de parte, esto es, aquellos que no transcurren o pasan de una etapa a otra sin promoción o a petición de las partes, pero en su aplicación requieren de una interpretación para que sea operable la normatividad procesal, lamentablemente existen interpretaciones innecesarias que trastocan al sistema procesal y que buscan antinomias donde no las hay, en perjuicio de una parte o de ambas dentro de una controversia.

Esto nos lleva aun principio de decisionismo judicial para buscar antinomias donde no las hay, dejando al desamparo al justiciable, entrampándose en una confusión que crea inseguridad jurídica.

## **5 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO**

Cuando creemos en el derecho y accionamos el derecho en una controversia, aplicamos principios y valores inclusive creencias, buscamos la justicia, el equilibrio, no buscamos un capricho de alguien, la ley no debe de hacerse al capricho ni por un capricho, y menos aun en las interpretaciones de esta, pues no debe de realizarse apreciaciones acordes al interés de alguna persona en particular, debe de estar al servicio de la sociedad y en especial de la

---

23 SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 23.

24 CISNEROS FARIAS, Germán. *Lógica Interna del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2007, pp. 18-19.

25 CISNEROS FARIAS, Germán. *Lógica Interna del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2007, pp. 18-19.

justicia a la que debe de servir.

Robert Nozick decía que: “los principios son las barreras que impiden que las personas sigan sus deseos y los intereses del momento”.<sup>26</sup> Por ello el derecho adjetivo al aplicarse está lleno de principios, reglas, normas y valores que impiden que las personas actúen según su criterio o intereses propios.

Cuando entramos al principio y valor de la justicia, los jueces, para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho.

La operancia de estos principios en toda su extensión para algunos es la fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros es una orientación, hay quienes le dan una interpretación estricta, para varios es una positivización que es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.

Normalmente al derecho se le hacen observaciones, algunas coherentes otras incoherentes, bien por el estado de las cosas o de las situaciones que se viven en un determinado procedimiento, para tratar de enmendar lo que no estuvo bien legislado, por lo cual caben las interpretaciones, pero solo en aquellas en que la norma es oscura, o cuando tiene enunciados que se contraponen.

Cuando existen controversias que la ley no alcanza a resolver, porque no se encuentra en un texto de la ley o en una norma, los principios generales de derecho servirán para resolverlos de ahí la importancia de estos que coadyuvarán en la aplicación del derecho.

## **6 SISTEMA JURÍDICO DE INTERPRETACIÓN DE NORMAS**

Una vez señalados los principios para llegar a la antinomia, acudiremos a un sistema de interpretación jurídica.

Antes que nada, debemos de señalar que es la interpretación. Interpretación proviene del latín *interpretatio*, a su vez del verbo *interpretor*, que significa servir de intermediario, venir en ayuda de. El verbo *interpretor* deriva de *interpres*, que significa agente intermediario. *Interpres* designa también al traductor, un intermediario singular, el que aclara, el que explica o que hace accesible lo que no se entiende. Así, *interpretatio* se aplica a lo que hace aquel que lee o entiende otras cosas.<sup>27</sup>

Interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo ciertas cosas, signos formulas o acontecimientos. De ahí que interpretar consista en un acto por el cual se asigna significado específico a ciertos hechos, signos, formulas o palabras.<sup>28</sup>

---

26 NOZICK, Robert. *The nature of rationality*. New Jersey: Princeton University Press, 1993, p. 9.

27 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.134.

28 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006, p. 92.

Interpretar, por tanto, estriba en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, formulas o acontecimientos de ahí que interpretar consista en un acto de significación, esto es, un acto por el cual se asigna un significado específico.<sup>29</sup>

La interpretación jurídica puede corresponder entonces a dos casos:

- a) Asignación de un significado jurídico a ciertos hechos (comportamientos humanos, inter alia), los cuales se constituyen en hechos jurídicamente interpretados.
- b) Asignación de un significado jurídico (técnico) a objetos conocidos ya como jurídicos pertenecientes a un orden jurídico positivo.<sup>30</sup>

Bajo estos postulados podemos interpretar la norma jurídica dándole un significado que más favorezca al ser humano y al derecho de acción, esto es, si se encuentra una antinomia, tendrá que buscarse la interpretación que mayormente favorezca a la persona y al ejercicio de la acción intentada, con el firme propósito de agilizar el procedimiento.

“Se toma conciencia de que el derecho tiene lagunas y antinomias, así como de que los cánones de interpretación conducen en ocasiones a resultados diversos”.<sup>31</sup>

Siendo entonces que la interpretación jurídica de la ley es un proceso intelectual que surge al momento de la aplicación de la norma, que ocurre comúnmente durante el desarrollo del procedimiento, como de igual manera al momento de su análisis por parte de los estudiosos del derecho, pero existen casos en los que el derecho no determina la decisión judicial porque estamos sujetos a la discrecionalidad del juzgador y no a la aplicación estricta de la ley. Teniendo en un momento dado tener que discernir entre distintas soluciones posibles cual es la que mejor se acomoda a la Constitución y si esta establece de manera clara que debe de interpretarse conforme a los derechos humanos, es claro que una antinomia debe de declararse en sentido que más favorezca a la persona.

El acto de interpretación que realiza el órgano aplicador está condicionado de forma determinante, por las nociones, concepciones y dogmas jurídicos, elaborados y mantenidos por la doctrina y la práctica profesional. El órgano aplicador, de entre todas las significaciones que es posible hacer, escogerá una (la conveniente, la justa) siguiendo para ello los métodos hermenéuticos recibidos por la tradición jurídica a la que pertenece. Así, el sentido que se de al lenguaje jurídico dependerá de la formación o cultura jurídica a la que pertenece el orden jurídico en cuestión.<sup>32</sup>

Es así que, podemos acudir a la ley superior para solucionar el problema que deroga a la ley inferior, esto es un criterio jerárquico de normas, o ir al criterio cronológico para acudir a la ley posterior, o a un criterio de especialidad de la norma o inclusive a una simple interpretación gramatical, pero dentro de todos ellos se debe de privilegiar al ser humano y al derecho de acción.

Dentro de los sistemas de interpretación resalta uno importante que es el principio de lógica en el que sólo se aplican a enunciados que puedan ser verdaderos o no verdaderos; una contradicción lógica entre dos enunciados, consistiendo en que sólo el uno o el otro de

---

29 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006, p. 136.

30 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006, p. 138.

31 ITURRALDE SESMA, Victoria. *Lenguaje legal y Sistema Jurídico*, Cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p. 36.

32 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.2134.

ellos puede ser verdadero, en tanto cuando uno es verdadero, el otro tiene que ser falso.

Para efectos de las antinomias jurídicas una norma no es verdadera ni falsa, sino válida o inválida y por lo tanto solo una puede ser considerada objetivamente válida y, por lo tanto aplicarla dentro del procedimiento.

Algunos autores señalan que son los jueces quienes corresponde resolver las antinomias, pero es también una obligación de la doctrina, quien siendo especialistas en la materia jurídica de diversas ramas del derecho interpretan la norma legal.

Toca entonces a los jueces ser los interpretes oficiales del derecho, si bien el legislador es el creador de la norma, el juez es el aplicador de esta, quien debe de resolver las contradicciones, disipar las oscuridades y las faltas de precisión.<sup>33</sup> Pero como ya se señaló, es también quehacer de la doctrina jurídica interpretar la norma, ubicar las antinomias y resolverlas, no puede ser solo tarea del juzgador, en tal caso para englobar, podemos decir que corresponde a los juristas.

Son muchos los problemas que se presentan al abordar el tema de la interpretación en el derecho. El primero es determinar qué textos son susceptibles de ser interpretados. Por una parte, existe un sentido restringido que establece que sólo aquellos cuyo contenido sea oscuro será objeto de interpretación.<sup>34</sup>

“La tarea interpretativa tiene asignado como objeto específico desentrañar el sentido que estaba en la norma legal en donde se subsumía el caso individual”.<sup>35</sup>

Dentro de estos sistemas jurídicos de interpretación, tenemos que establecer mecanismos para que los juristas, jueces, litigantes etc., resuelvan la antinomia a la que se puedan enfrentar y encontrar solución al problema.

Uno de ellos puede ser la ponderación, esto es, determinar cual norma tiene mayor peso para el caso concreto a aplicar y dar preferencia a la misma.

Si bien Ricardo Guastini critica a la ponderación como una forma de resolver la antinomia, porque para él es una preferencia del interprete sin control racional, y por lo tanto el resultado no sería correcto.<sup>36</sup>

Pero en términos prácticos, la ponderación si puede resolver una antinomia cuando en esta una norma viole derechos humanos, tendrá entonces el juzgador que ponderar cual norma no viola derechos humanos y aplicarla, desechando la norma violatoria, es entonces la ponderación un sistema perfectamente aplicable a las antinomias jurídicas, sobre todo en materia procesal.

Por consiguiente, entraríamos a lo que señala Riccardo Guastini, interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado, a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto se dice requiere de interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho.<sup>37</sup>

Si vemos la teoría de *Principia Iuris*, en el sentido de que las proposiciones normativas no son verdaderas o falsa, sino que describen alguna realidad observable para definir conceptos y establecer relaciones entre ellos, para desarrollar sus implicaciones y analizar su forma

33 VIGO, Rodolfo L. *Interpretación Argumentación Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, p.43-44.

34 RASCADO PÉREZ, Javier. La interpretación de los derechos humanos. En: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier; UGALDE RAMÍREZ, Ricardo (Coords.). *Estado Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 357.

35 RASCADO PÉREZ, Javier. La interpretación de los derechos humanos. En: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier; UGALDE RAMÍREZ, Ricardo (Coords.). *Estado Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 46.

36 GUASTINI, Ricardo. *Los Principios de Derecho y Discrecionalidad Judicial*. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/28177179\\_Principios\\_de\\_derecho\\_y\\_discrecionalidad\\_judicial/link/546f6fd20cf24af340c08c2b](https://www.researchgate.net/publication/28177179_Principios_de_derecho_y_discrecionalidad_judicial/link/546f6fd20cf24af340c08c2b). Consulta en: 27 jun. 2019, p.42.

37 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, pp.3-4.



lógica y su estructura normativa de manera explicativa; para comprender mejor su realidad práctica en el derecho positivo y sus principios constitutivos, cuando la normatividad viene dada con el carácter estipulativo del lenguaje. Los postulados y las definiciones se desarrollan axiomáticamente en teoremas que responden a opciones libremente elegidas y la lógica de la teoría adquiere un valor normativo frente a su objeto, con principios analíticos y descriptivos de la lógica, que hacen uso de las reglas de ortografía.<sup>38</sup>

Tales principios son fundamentalmente dos, la coherencia y la plenitud, que permiten concebir al derecho como un sistema que de hecho no es pleno ni coherente, dado que irremediablemente aparecen lagunas y antinomias, que a su vez es reflejo de la propia normatividad del derecho frente a sí mismo.<sup>39</sup>

Como resultado, la interpretación de la norma debe estar condicionada a la no afectación de los derechos humanos y, al declarar una antinomia que en su interpretación afecte derechos fundamentales, resulta esta inválida.

Por lo tanto, una declaración de antinomia puede ser una interpretación mal hecha o indebida que trastoca el sistema procesal, es algo así como un cuerpo extraño dentro del ADN del procedimiento que inclusive puede violar derechos humanos.

Al ejercer el control de convencionalidad en materia de derechos humanos, la corte mexicana estableció que deben realizarse los siguientes pasos: a) Interpretación en sentido amplio, que significa que los jueces del país y todas las demás autoridades del Estado mexicano deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, los jueces deben preferir aquella que haga a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando no sea posible efectuar una interpretación conforme de la norma analizada, frente a la Constitución.

Luego entonces, para resolver una antinomia debe de buscarse siempre la norma que mas favorezca al ser humano y en cuanto al ámbito procesal, la que beneficie el derecho de acción que implica el dar acceso a la justicia, quitando formalismos jurídicos innecesarios e interpretaciones estériles carentes de sustento legal.

## 7 TIPOS DE ANTINOMIAS

Existen varios tipos de antinomias, si bien cada autor pueda darles un nombre distinto, y tener variación una de otra, la mayoría coincide en las siguientes: la total, la parcial, la aparente, la autentica.

La total es cuando en un mismo cuerpo normativo un artículo permite una acción y otro artículo la prohíbe.

La parcial, cuando una norma permite hacer o no hacer algo, pero otra norma del mismo cuerpo normativo la maneja como obligatorio.

La aparente, es la que se da en el proceso de interpretación, esto es, cuando al apreciar

---

38 SANCHÍS PRIETO, Luis. *La teoría del derecho de Principia Juris*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Para Leer a Luigi Ferrajoli*. México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, pp.92-96.

39 SANCHÍS PRIETO, Luis. *La teoría del derecho de Principia Juris*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Para Leer a Luigi Ferrajoli*. México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, p. 97.

un precepto se le da un sentido distinto al real que persigue la norma, por lo que no excluye la validez de esta.

La autentica, es aquella que la norma originaria del conflicto carece de validez jurídica.<sup>40</sup>

Adicionalmente, podríamos establecer la existencia de la procesalista, aquella que en un mismo cuerpo normativo adjetivo señala una vía procesal para el trámite de una acción, y otra señala una vía distinta.

## 8 CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las antinomias se presentan al momento de que se aplica el derecho a un caso concreto esto es, dentro del procedimiento y es cuando el juzgador debe de decidir cual aplicar; el problema radica en que al momento de su determinación puede afectar al justiciable o al ejercicio de la acción intentada, lo que por tanto, una antinomia debe de ser denunciada como se hace en la contradicción de tesis y que sea un tribunal superior mediante ejecutoria quien resuelva la misma y decida cual disposición se adapta a la situación necesaria. En otras palabras, debe de denunciarse la antinomia para que el superior determine que norma aplicar y cual resulta invalida, lo anterior a efecto de homogenizar criterios en la solución de las antinomias.

SEGUNDA.- En el derecho también se debe de innovar para encontrar nuevas maneras de resolver conflictos normativos, por lo que es necesario aplicar otras formas de solución de las antinomias, que tiendan a beneficiar al estudio de la acción, esto es, dar preferencia al procedimiento, buscando elegir la norma que mas se adapte a dar continuidad al trámite que se ocupa, para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial, evitando interpretaciones innecesarias que tiendan a obstaculizar el procedimiento y negar el acceso a la justicia.

TERCERA.-, Una manera de solución al problema de las antinomias procesales es la ponderación, mediante un sistema procesalista que privilegie el derecho humano de acceso a la tutela judicial. Un criterio procesalista que compare una norma con otra buscando resolver elegir la que menos formalismos implique en su aplicación dentro del procedimiento, con un análisis lógico para llenar las necesidades de un trámite ágil, sencillo, sin obstáculo alguno, entendiendo la función e importancia que tiene el derecho humano a la jurisdicción, buscando el fin a una de las funciones del Estado que es impartir justicia.

## REFERENCIAS

BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. México: Editorial Colofón, 2008.

CISNEROS FARIÁS, Germán. *Lógica Interna del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2007.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *El Principio Jurídico de Razón suficiente*. Disponible en: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>. Consulta en: 11 jun. 2019.

GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002.

GUASTINI, Ricardo. *Los Principios de Derecho y Discrecionalidad Judicial*. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/28177179\\_Principios\\_de\\_derecho\\_y\\_discrecionalidad\\_judicial/link/546f6fd20cf24af340c08c2b](https://www.researchgate.net/publication/28177179_Principios_de_derecho_y_discrecionalidad_judicial/link/546f6fd20cf24af340c08c2b). Consulta en: 27 jun. 2019.

---

40 MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos normativos. *Instituto de Investigación Jurídicas*, 2015, p.1315. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 12 jun. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12. ed. México: Porrúa, 2002.

HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, 2007.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *Lenguaje legal y Sistema Jurídico*, Cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. México: Porrúa, 1982.

MAYORGA MADRIGAL, Alberto Cuauhtémoc. *Claves de la Argumentación* apuntes de clase de Argumentación Jurídica febrero de 2013. Doctorado en Derecho generación 2012-2016. Universidad de Guadalajara, 2013.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos normativos. *Instituto de Investigación Jurídicas*, 2015. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 12 jun. 2019.

NOZICK, Robert. *The nature of rationality*. New Jersey: Princeton University Press, 1993.

RASCADO PÉREZ, Javier. La interpretación de los derechos humanos. En: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier; UGALDE RAMÍREZ, Ricardo (Coords.). *Estado Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Editorial Porrúa, 2010.

SANCHÍS PRIETO, Luis. La teoría del derecho de Principia Juris. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Para Leer a Luigi Ferrajoli*. México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.

SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

VIGO, Rodolfo L. *Interpretación Argumentación Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

---

**Recebido em:** 10.09.2020

**Aprovado em:** 09.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

CÁZARES, Martin Eduardo Pérez. Las antinomias procesales, su interpretación y solución. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.314-326, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-19.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# PANDEMIA E AS MATRIZES PUBLICÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL

## PANDEMIA Y LAS MATRICES PUBLICÍSTICAS DEL PROCESO CIVIL

André Cordeiro Leal <sup>1</sup>  
Vinícius Lott Thibau <sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo examina algumas correlações teóricas entre o coronavírus e o direito processual. A hipótese que se objetiva testar neste escrito é a de que a oferta proposicional bülowiana se presta a instrumentalizar e reproduzir a dominação dos patrimonialmente excluídos pelas autoridades que decidem acerca dos rumos da coletividade, inclusive quanto ao direito à saúde. É que, sendo teorizado como uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, o processo atua como um instrumento para o exercício do poder pela jurisdição, propiciando, no âmbito do direito à saúde, que o juiz reforce a sua condição de civil e, de conseguinte, de pedagógico decisor do destino dos agrupamentos humanos. A pesquisa formalizada, que adota a proposição neoinstitucionalista do processo como marco teórico, vale-se do método hipotético-dedutivo e, em relação ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** pandemia do covid-19; processo civil e sociedade civil; processo como relação jurídica de direito público.

**RESUMEN:** El artículo examina algunas correlaciones teóricas entre coronavirus y derecho procesal. La hipótesis que se pretende testar en este escrito es que la oferta proposicional bülowiana se presta a instrumentalizar y reproducir la dominación de los excluidos patrimonialmente por las autoridades que deciden el rumbo de la colectividad, incluso en lo que respecta al derecho a la salud. Es que, al teorizarse como una relación jurídica de derecho público entre juez (tribunal), demandante y imputado, el proceso actúa como un instrumento para el ejercicio del poder por parte de la jurisdicción, permitiendo, en el ámbito del derecho a la salud, que el juez refuerce la su condición de civil y, en consecuencia, de decisor pedagógico del destino de los grupos humanos. La investigación formalizada, que adopta la proposición neoinstitucionalista del proceso como marco teórico, hace uso del método hipotético-deductivo y, en relación al objetivo, es exploratoria y explicativa. Por las técnicas empleadas, es bibliográfica y documental.

**Palabras clave:** pandemia del covid-19; proceso civil y sociedad civil; proceso como relación jurídica de derecho público.

---

1 Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor Titular da Universidade FUMEC, onde leciona nos cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Professor do curso de Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Advogado e Economista.

2 Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil e Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

No ano de 1868, em Giesen, Oskar von Bülow teorizou o processo como uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu.<sup>3</sup> Desde então, o processo não apenas ganhou autonomia em face do chamado direito material, mas se apresenta como um instrumento que permite à jurisdição decidir, de modo solipsista e infiscalizável, sobre o destino dos demais.

Com o advento do conceito bülowiano de processo, portanto, também foi estabelecido o protagonismo dos juízes que representam o público no âmbito judiciário, o qual, em 1885, foi acentuado pela obra *Gesetz und Richteramt*.<sup>4</sup> É que, em *Lei e Magistratura*, o jurista alemão radicalizou as bases intuitivas, sentimentais e clarividentes da atuação da magistratura, permitindo-lhe controlar todo o direito vigente por via decisória.

Assim é que, se, na obra de 1868, que é traduzida para o português sob o rótulo *Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, Oskar von Bülow concebeu o processo como meio ou método de controle da relação processual que permite a positivação do poder estatal por via judicial-decisória, na publicação de 1885, os juízes que, destacadamente, já ocupavam, para o autor, desde 1868, um lugar privilegiado na relação processual de direito público, passaram a estar autorizados a solucionar os conflitos que lhe fossem submetidos por decisões que poderiam colmatar ou contrariar o sentido da lei produzida pelo legislador estatal.

É, nesse sentido, que, aproveitando-se das conjecturas da teoria neoinstitucionalista do processo,<sup>5</sup> que é adotada como o marco teórico deste escrito, é possível afirmar que, com base no conceito de processo como relação jurídica de direito público, o magistrado assumiu a condição de civil, que é a pessoa responsável por fixar o destino dos agrupamentos humanos.

Tratando-se o processo de um instrumento à disposição dos juízes para o cumprimento dessa especialíssima missão, foi exatamente ele que viabilizou, com o estabelecimento da pandemia do COVID-19, no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal pudesse determinar qual dos civis integrantes da administração pública brasileira seria o responsável por eleger as políticas de saúde que deveriam ser adotadas no país, já que foi judicializado o embate instalado entre presidente, governadores e prefeitos.

A hipótese que se objetiva testar neste artigo é a de que, diante dos efeitos da pandemia do COVID-19, no Brasil, a oferta proposicional bülowiana presta-se a instrumentalizar e reproduzir a dominação dos patrimonialmente excluídos pelas autoridades que decidem acerca dos rumos da coletividade, inclusive quanto ao direito à saúde.

Em relação à abordagem do problema do publicismo processual e de seus desdobramentos na operacionalização jurídico-normativa, a pesquisa formalizada adota o método hipotético-dedutivo de Karl Raimund Popper.<sup>6</sup> Em relação ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

## 2 A RELAÇÃO JURÍDICA, QUE É “PÚBLICA”, E O SURGIMENTO DA MODERNA CIÊNCIA DO PROCESSO

Por via da obra intitulada *Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, de 1868, Oskar von Bülow apresentou aos estudiosos da época uma concepção

3 BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

4 BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richtertamt*. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v.10, p.1-43.

5 LEAL, Rosemíro Pereira. *Processo civil e sociedade civil*. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

6 POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999; POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004; POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.



de processo em que o juiz assume o lugar de protagonista.<sup>7</sup> Sendo o processo, ali, uma relação jurídica pública, o interesse do Estado na resolução do conflito toma proporções até então desconsideradas pelos escritos privatísticos sobre o processo.

Ao sintetizar uma interpretação da história do direito romano que lhe permitiu indicar os enganos em que teriam incorrido seus contemporâneos vinculados à pandectística alemã, Oskar von Bülow sustenta, pela análise do que chama pressupostos de existência do processo, que, independentemente da provocação das partes, o julgador estaria autorizado a examinar se teriam sido atendidos os requisitos da regular formação da relação processual, zelando, assim, para que ela estivesse corretamente instalada e, de conseguinte, para que o juiz pudesse decidir sobre o conflito.

Como já destacado em outros escritos,<sup>8</sup> apesar de Oskar von Bülow ter postergado para 1885 as suas considerações metodológicas de enfrentamento das propostas de operacionalização do direito mais prestigiadas de sua época, já em 1868, deixa entrever os pressupostos estatalizantes de sua leitura, ofertando, dessa forma, apoio doutrinário importante ao aumento do poder da magistratura alemã.

É factível que essa ampliação tenha sido conjecturada, por Oskar von Bülow, como um passo fundamental para que se instalasse um efetivo controle da sociedade pelo Estado, de forma a resolver os problemas decorrentes de uma conflituosidade persistente em que se envolviam as várias regiões de uma Alemanha que ainda permanecia como mera possibilidade, uma vez que a unificação ainda não havia ocorrido.

Entretanto, o que se apresenta mesmo inequívoco pela teorização bülowiana de processo como relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, e, ainda, pela ciência processual que inaugurou,<sup>9</sup> é que a jurisdição recebe o *status* de tarefa do magistrado, que, sendo um funcionário público especial, assume a missão de controlar a regularidade da relação processual instrumentadora da atividade decisório-estatal assecuratória da justiça

7 Em *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, o autor afirma que o processo trata da função dos oficiais públicos. Por isso é que, embora, no processo, estabeleça-se uma colaboração, tal se dá, unicamente, em razão da vinculação das partes ao juiz. Segundo o autor, “Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma *relación jurídica pública*.” No original: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*.” É o que se lê em: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 2.

8 Em 1885, Oskar von Bülow publicou o ensaio intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), no qual radicaliza a imprescindibilidade do papel do juiz no controle de todo o direito vigente, de modo a assumir o magistrado o *status* de agente político a quem se reconhece a possibilidade de prolatar decisões cujo conteúdo não esteja adstrito à legalidade. Sobre a temática, confira a produção de BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richtertamt*. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10, p. 1-43. Para acessar críticas variadas à teorização bülowiana formalizada em Lei e Magistratura, confira, especialmente, as publicações de LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 45-68; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015, p. 22-27; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte, n. 35, p. 13-25, maio/ago. 2018, p. 16-17; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 74-78; LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: BIAGGI, Enio Luiz de Carvalho et al. *Violência e intolerância: quando o sono da razão produz monstros*. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 92-96.

9 Na literatura especializada, Oskar von Bülow é apontado como o criador da ciência processual, sobretudo, pelas publicações de MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1992. t. II; TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987; LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t.I.

nos recintos de acerto e realização de direitos.<sup>10</sup>

Assim é que, por via do caráter público do processo, a hierarquia entre juiz (tribunal), autor e réu que caracteriza a relação processual concebida por Oskar von Bülow firma-se de modo inafastável, viabilizando, assim, o exercício do poder jurisdicional do Estado. Conforme, há muito, leciona José Eduardo Carreira Alvim, é o caráter público da relação processual que permite situar o processo bülowiano como:

[...] campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública, que é a função jurisdicional. Às vezes, instaura-se uma demanda para resolver sobre uma relação jurídica material de caráter privado, mas a relação jurídica processual, que se forma para permitir ao juiz prolatar uma sentença, é pública, e, pois, regida pelo direito público, que é o direito processual. [...] Relação jurídica pública é aquela que se caracteriza pelo desequilíbrio entre a posição dos sujeitos, um dos quais nela se apresenta numa posição de superioridade em relação aos demais. No processo, a situação das partes é de sujeição à autoridade do Estado-juiz, pelo que, além de ser ele o campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública (a jurisdição), o Estado dela participa como ente soberano. Por isto, a relação jurídica processual tem o caráter público.<sup>11</sup>

É o que se extrai, igualmente, do magistério de Francisco Wildo Lacerda Dantas, para quem a relação processual delineada por Oskar von Bülow é “*de direito público*, porque o processo é instrumento da jurisdição e esta – como já se demonstrou – se revela como uma função pública, cujas normas que a disciplinam são de direito público”.<sup>12</sup>

Essas lições, que ganharam especial destaque, no Brasil, com a publicação da obra *Instrumentalidade do Processo*, de Cândido Rangel Dinamarco,<sup>13</sup> é que tornam factível a afirmação no sentido de que, sempre que se cogita o processo como uma relação jurídica de direito público, será ele considerado um arsenal técnico-jurídico à disposição dos juizes para a garantia da ordem pública ou da paz social.

### **3 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO E A CRÍTICA AO PROCESSO BÜLOWIANO COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO**

No ensaio *Processo civil e sociedade civil*, o autor da teoria neoinstitucionalista do processo, Rosemiro Pereira Leal, fornece importantes chaves conceituais para as suas diversas proposições, contribuindo, assim, para compreensão e reflexão a respeito das amplas conjecturas formuladas a partir da oferta teórica apresentada à comunidade acadêmica no ano de 1999.<sup>14</sup>

10 Frise-se que as lições de Oskar von Bülow aparecem no núcleo dos escritos de autores influentes da dogmática jurídica brasileira. Cândido Rangel Dinamarco, por amostragem, comentando sobre o processo civil, adota conclusões idênticas àquelas que Oskar von Bülow explicitou em 1885, quando examinou a metodologia do direito. Para o destacado jurista da Escola Paulista de Processo, “Tudo andaria muito bem se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. [...] Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos.” É o que lê em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 21. Sobre a Escola Paulista de Processo, confira, especialmente, a publicação de JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57-62.

11 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 170.

12 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 404.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

14 A teoria neoinstitucionalista do processo foi ofertada à comunidade acadêmica vinte e quatro anos após iniciada a sua construção. É o que se lê em LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 101. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7). Para acessar os conteúdos informativos atuais da teoria neoinstitucionalista do processo, confira, sobretudo, as publicações de LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018; LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Coleção Direito e Justiça); LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7). Sobre as proposições iniciais da teoria neoinstitucionalista do processo, veja: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

No texto referido, o jurista e epistemólogo mineiro enuncia que os escritos da dogmática tradicional do direito processual, que são de matriz bülowiana, compartilham com as modernas abordagens da sociedade civil certos pressupostos que ocultam e reproduzem uma persistente violência histórica. Como elucida Roberta Maia Gresta:

Em suas poucas páginas, o artigo *Processo Civil e sociedade civil* descortina aos estudiosos a possibilidade de compreender o quão escandaloso é persistir, no contexto constitucional instaurado a partir de 1988, na concepção de processo como *instrumento da jurisdição*, voltado para a *pacificação dos conflitos*. Esses conceitos são ainda hoje difundidos amiúde, nos livros de *doutrina* e nas lições dos catedráticos, com aparência de inofensivos ditames de uma técnica processual a ser reverenciada na prática dos tribunais como fruto de uma tradição de séculos.<sup>15</sup>

Com a finalidade de examinar tais pressupostos, Rosemiro Pereira Leal começa por indagar o que haveria de comum entre o civil que integra as expressões que dão nome à produção ora examinada e aquele que se apresenta em tantas outras combinações da linguagem cotidiana, tais como guerra civil e engenharia civil.

Buscando o sentido de civil, que atravessa, silenciosamente, todas essas expressões, o autor recorre, por decomposição do significante sobre o qual se detém, aos significados atuais, dados pela língua italiana em razão de suas raízes latinas, de *ci* (aí) e de *villa* (casa), concluindo que, desde as suas origens, civil remete ao patrimonializado, isto é, àquele que ocupa um lugar privilegiado no estabelecimento da ordem coletiva ou, em outros termos, à pessoa que é responsável pela organização de agrupamentos humanos.

Pelas conjecturas que formaliza, Rosemiro Pereira Leal aduz que ao civil opõe-se o *potus*, que é o “errante, tonto, vadio, despossuído”,<sup>16</sup> cujos destinos são fixados pelas decisões ordenadoras do civil – o que explica, aliás, o sentido do substantivo *civilitas*, que é “a ciência de governar, politicar”.<sup>17</sup>

Com base nessas considerações, afirma-se o grave equívoco cometido pelos dicionaristas que traduzem *civilis* como cidadão, porque o civil não é o cidadão, sendo este, apenas, o integrante original do povo (*potus*) que, ao abandonar a vida errante, tonta e vadia, passa a habitar na cidade, que é o lugar que lhe foi generosamente dado pelo civil-ordenador.

O cidadão não é, com efeito, um portador inato de liberdade, mas aquele que foi libertado, pelo civil, não somente da errância, mas da desorganização. Por isso é que, de acordo com Rosemiro Pereira Leal, em Roma, “exercer a *potestas* correspondia a ter o povo, cidadanizado ou não, sob comando, porque o libertado não seria livre a tal ponto de ser o libertador de outrem ou de si mesmo”.<sup>18</sup>

Isso permite concluir que, pela origem romana do termo, o governo – como imposição da ordem; como administração – é exercido pelos civis e dirigido tanto ao povo adotado (cidadãos) quanto ao povo não adotado (*potus*). Embora a ambos o civil permita um vilejar, ou seja, um “(andar na vila), usar e portar as feitorias civis”,<sup>19</sup> ao *potus*, povo não cidadanizado, resta, apenas, a possibilidade de vagar em tais espaços, porque segue sem um lugar

15 GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 158.

16 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

17 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

18 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

19 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

arquiteticamente edificado para que possa habitar na *villa*, tal qual, hoje, o “morador de rua, favelado, campesino, excluído social”.<sup>20</sup>

Conforme aponta Roberta Maia Gresta, a referência aos termos *bios* e *zoé*, que foram utilizados por Rosemiro Pereira Leal logo no início de *Processo civil e sociedade Civil*, indica uma aproximação de suas cogitações com as que foram tratadas por Giorgio Agamben ao examinar a violência histórica que se oculta no direito dos modernos, uma vez que:

[...] no grego, a ideia de *vida* era expressa por meio de dois termos bastante distintos: “*zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bios*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo”. Rememorando Aristóteles, o autor explica que, enquanto a *zoé* se realiza na simples sobrevivência e reprodução (no ambiente do *oikos*), a *bios* é uma vida qualificada, elaborada a partir do uso da linguagem (no ambiente da *pólis*), por meio da qual ser humano estabelece sua relação com outros por meio de noções como bem e mal, justo e injusto.<sup>21</sup>

Avançando em sua análise, após discorrer sobre as dissidências agambenianas quanto às proposições de Michel Foucault, Roberta Maia Gresta arremata:

É por isso que, em Agamben, o *homo sacer* do Direito Romano arcaico é apresentado como a “formulação política original da imposição do vínculo soberano”. Para ele, a novidade da Modernidade não seria a politização da vida nua, pois esta remontaria à Antiguidade, mas a *peculiaridade de o excepcional decreto de matabilidade incondicionada tornar-se a regra dissimulada em normalidade jurídica*.<sup>22</sup>

Baseando-se nesses esclarecimentos, identifica-se como as conjecturas iniciais expostas no ensaio ora comentado permitem que Rosemiro Pereira Leal conclua que a dogmática tradicional do processo civil, que é reprodutora dos ensinamentos de Oskar von Bülow, contribui para a reafirmação da violência histórica dos civis, porque, encampando a ideia de que o processo é o “o *modo*, o meio, o método, o *instrumento* da jurisdição e da ação dos civis”,<sup>23</sup> é viabilizada a ordem dos “patrimonializados, os filantropos milenares que governam, administram, protegem”<sup>24</sup> e sentenciam os cidadãos adotados e não adotados.

A articulação empreendida por Rosemiro Pereira Leal, após críticas ofertadas às obras de autores como Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Karl Marx, Sigmund Freud e Jürgen Habermas, permite que o jurista mineiro afirme, também, que o rotulado processo jurisdicional, que engloba “todas as especialidades do PROCESSO civilizatório como marcha acelerada da *sociedade civil* em várias ritualísticas”,<sup>25</sup> é o facilitador da atuação dessa jurisdição em uma zona anômica:

Conclui-se que o mal-estar da civilização registrado por Freud é o desespero (aumento da repressão) contemporâneo (sintoma) da *sociedade civil* em

20 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

21 GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 160.

22 GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 161.

23 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

24 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

25 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.



ver ameaçados seus padrões civilizatórios e já quase impotentes seus velhos aparelhos ideológicos, provocando-lhe uma preocupante e terrível instabilidade atribuída a uma violência social praticada pelos *vilejantes* que transitam nas *idades* ainda não devidamente cidadanizados (o *potus*). A eliminação do *potus* por uma técnica de abandono mortífera (*processo civil*) vem sendo desenvolvida, em nossos dias, com rótulos de Reforma do Judiciário, Procedimentos Sumaríssimos, Mediação, Tutelas de Urgência, Juizados Especiais, Direito Alternativo, Súmulas Vinculantes, ao resgate, em vão, da imagem da JUSTIÇA dos civilizadores. A camuflagem (velamento) retórica da expressão *civil* é que permite a continuidade do *processo civilizatório* com rótulos já inocentados pelo cotidiano alienante: construção *civil*, engenheiro *civil*, desobediência *civil*, guerra *civil*, polícia *civil*, ação *civil*, direito *civil*, casa *civil*, juízo *civil*, a indicarem que os *CIVIS* decidem e controlam o destino do *potus* mediante disputa de poderes egressa de suas próprias estruturas organizativas.<sup>26</sup>

Por tudo isso, focando o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, não é possível atribuir a um mero acaso a determinação constante do seu art. 16, no sentido de que a “jurisdição civil é exercida pelos juízes”.<sup>27</sup> Na Lei nº 13.105/15 e em toda a legislação processual brasileira, a jurisdição dos civis é responsável pela manutenção da ordem pública, da segurança jurídica, da paz social e da justiça, não se podendo desconsiderar, para que tal se implemente, a missão judiciária de busca permanente pela realização de escopos metajurídicos da nação.

A assimilação expressa pelo Código de Processo, que é Civil, bem como pelas demais leis processuais vigentes no Brasil, de pressupostos que ocultam e reproduzem uma persistente violência histórica no recinto de operacionalização do direito, ratifica que o “mais perverso legado deixado pela proposta daquele que é considerado o criador da ciência do processo, com efeito, foi o seu pano de fundo jurisdicionalista”.<sup>28</sup>

Esse é que, ainda hoje, situa os juízes como civis que, por via do processo, estabelecem o destino dos despatrimonializados de modo solipsista e infiscalizável, a despeito da superação do paradigma jurídico do Estado Social e, de conseguinte, da ressemantização que sofreram a “dicotomia público/privado e a racionalidade do ordenamento jurídico”,<sup>29</sup> desde o advento do Estado Democrático de Direito no Brasil, que se deu em 1988.

#### 4 O PÚBLICO E O CIVIL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Consideradas as interfaces entre jurisdição, processo e civilidade, é de se examinar, ainda, um desdobramento das conjecturas lançadas em *Processo civil e sociedade civil* que não foi abordado no referido ensaio. Adotando-se um enfoque semelhante àquele que orienta *Processo civil e sociedade civil*, é possível propor correlações importantes entre os sentidos de civil estampado no escrito de Rosemiro Pereira Leal e de outro significante empregado pela dogmática jurídica: o público.

Trata-se de um termo que, como o civil, é muito presente na literatura especializada, que alude, de modo persistente, a ministério *público*, defensoria *pública*, ação civil pública,

26 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

27 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 mar. 2015.

28 LEAL, André; THIBAU, Vinicius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 35, p. 13-25, maio/ago. 2018, p. 17.

29 CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. In: *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010, p. 223.



patrimônio público, cofres públicos e ordem pública, dentre outros significantes que adotem o público como referencial. Em todas essas expressões, o público assume um *locus* especial e parece sempre apontar para aquilo que advém do civil-patrimonializado ou para o que assegura as condições de produção e de reprodução de decisões condutoras da coletividade.

Quando se examina, por amostragem, a ação civil pública criada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985,<sup>30</sup> vê-se, logo em seu art. 5º, em que são elencados os legitimados à instauração procedimental, que somente estão autorizados a manejar regularmente o procedimento ali previsto os que estejam diretamente vinculados às tarefas públicas (o ministério público, a defensoria pública, a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, bem como outras pessoas jurídicas de direito público) ou organizados de acordo com a ordem pré-instituída pelos civis (associações). Não se admite a instauração da ação civil pública por qualquer um do povo, uma vez que apenas se consideram aptos para tanto os que estão comprometidos, direta ou indiretamente, com uma missão pública.

O que poderia falsear a conjectura que aqui se apresenta é a ressalva, disposta na própria Lei da Ação Civil Pública, de que os bens ali listados também podem ser protegidos por meio da ação popular (art. 1º da Lei nº 7.347/85). É de se considerar, no entanto, que o modelo procedimental previsto pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965,<sup>31</sup> cujo sedutor rótulo daria a entender que ao povo seria reservada a instauração procedimental, restringe expressamente tal autorização, fazendo-o pela afirmativa de que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação de atos que coloquem em risco, dentre outros, os cofres públicos ou o patrimônio público (art. 1º, § 1º).

Nesse sentido, a intitulada ação popular só é dada a uma parcela do povo, ou seja, àquela fração que tenha sido cidadanizada, deixando de ser *potus*, ao menos no aspecto do controle de sua existência pelo civil, já que, à instauração procedimental, é exigida prova da cidadania pela exibição do título de eleitor (art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65).

Em outros termos, o não portador do título de eleitor, o povo excluído de qualquer catalogação ou reconhecimento pelo civil, inclusive quem não tenha se submetido ao registro civil, que é requisito legal à obtenção do título eleitoral, não estaria sequer apto a convocar a jurisdição dos civis para assegurar a incolumidade de um patrimônio – o público – que, não obstante, permanece à disposição desse mesmo civil para a reprodução da ordem instalada.

O que se busca, pela ação popular, portanto, não é a defesa do *potus*, mas evitar desvios patrimoniais que pudessem embarçar a reprodução da violência instalada pelos civis e colocar em risco a possibilidade de governar, isto é, o livre manejar dos conteúdos dos cofres públicos para assegurar o controle do *potus* e do cidadão.

O mesmo também se colhe do denominado Estatuto da Cidade, que, já em suas diretrizes gerais, explicita que a lei que o institui estabelece normas de ordem pública e que visam a assegurar que o uso da propriedade urbana dê-se em prol do bem coletivo e do bem estar dos cidadãos. Na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001,<sup>32</sup> a explícita violência imposta ao *potus* surge nos arts. 9º e 10, que regulamentam a usucapião coletiva.

Em sua redação original, o texto da Lei nº 10.257/2001 empregava a expressão população de baixa renda, quando tratava das pessoas que poderiam ser beneficiadas pela

30 BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 jul. 1985.

31 BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 jun. 1965.

32 BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jul. 2001.

espécie de aquisição abordada. A alusão realizada pela lei em exame não encampava o cidadão ou o civil, mas tão só à população, o *potus*.

É certo que, pela nova redação ofertada ao Estatuto da Cidade pela Lei nº 13.465, de 12 de julho de 2017,<sup>33</sup> a expressão população de baixa renda foi substituída por núcleos urbanos informais. Contudo, tal não foi suficiente para ocultar o direcionamento do olhar normativo do civil-parlamentar, que permaneceu situando o *potus* como o destinatário das regras da usucapião coletiva.

Isso porque, por essa, é almejada a cidadanização por via de regras jurídicas que deferem ao *potus*, como fixo e próprio, um lugar na cidade que ele apenas ocupava, em que ele só existia como zoé, como vida nua. Para que esse reconhecimento ocorra, porém, é indispensável que o *potus* demonstre, em primeiro lugar, a sua condição de despossuído, pois aqueles que queiram se habilitar à aquisição imobiliária não poderão ser proprietários de outro imóvel urbano ou rural (art. 10 da Lei nº 10.257/2001). Deve o *potus* provar, ainda, que permaneceu nos núcleos urbanos informais por mais de cinco anos, sem que lhe tenha sido exigida, formalmente, a desocupação da área.

Caso consiga demonstrar o acatamento de tais requisitos, será atribuído ao *potus*, pela jurisdição do civil, o nobre título de condômino. O *potus* passa, assim, a ser como um cidadão, porque assumindo o *status* de condômino, tem um *domus*, uma casa. Finalmente alojado na língua jurídica do civil, recebe o *potus* uma espécie de prêmio por sua sobrevivência resignada, por demonstrar que desistiu da vida errante, tonta e vadia, sem que a isso se opusesse aquele que, até então, era proprietário do terreno.

Por decisão judicial, com efeito, o *potus* é declarado, publicamente, adotado pelo civil, de modo que o pronunciamento do juiz certifica o mérito do auto-confinamento do *potus* à área ou edificação usucapida, que, não obstante tenha que ser urbana para que possa ser adquirida por usucapião (art. 9º da Lei nº 10.257/2001), pode se sujeitar à urbanização posterior, hipótese em que será facultada a extinção do condomínio (art. 10, § 4º, da Lei nº 10.257/2001).

Com isso, revela-se, de novo, o sem-lugar em que o *potus* vive,<sup>34</sup> que é um *locus* urbano que, paradoxalmente, pode nunca ter sido urbanizado. No território brasileiro, aliás, isso não se erige como uma novidade, uma vez que, segundo anunciou Edésio Fernandes, referindo-se a informações colhidas no ano de 2006:

[...] 26 milhões dos brasileiros que vivem em áreas urbanas não têm água em casa; 14 milhões não são atendidos por sistema de coleta de lixo; 83 milhões não estão conectados a sistema de saneamento; e 70% do esgoto coletado não é tratado, mas jogado em estado bruto na natureza. Mais de 50 milhões de brasileiros têm andado da casa para o trabalho, por não poderem arcar com os custos do deslocamento por transporte coletivo; um

33 BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis ns. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 jul. 2017.

34 A respeito desse lugar a que se poderia chamar de campo e sua relação com a vida nua, confira os escritos de AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: poder soberano e vida nua I*. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010; AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

percentual crescente de pessoas tem dormido na rua, mesmo tendo casas, para não terem que arcar seja com os custos do transporte, seja com o longo tempo de deslocamento até o trabalho e o risco de demissão no caso do atraso. O déficit habitacional em áreas urbanas foi recentemente estimado em 7,2 milhões de unidades no país, sendo que o número de imóveis vazios nessas áreas foi calculado em cerca de 5 milhões de unidades. Em suma, o país está enfrentando uma profunda, e crescente, crise urbana.<sup>35</sup>

De conseguinte, é possível afirmar que, pela decisão judicial, o *potus* passa a estar exatamente ali onde o civil determina que ele deva permanecer, perpetuando-se, assim, a ordem pública e a paz social. O processo, por sua vez, concebido como uma relação jurídica de direito público e instrumento da jurisdição civil, atua, também aqui, de modo exemplar, em favor da implementação das exigências civilizatórias.

## **5 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM TEMPOS PANDÊMICOS**

O que até aqui se expôs acerca das imbricações entre o civil e o público, com o auxílio da teoria neoinstitucionalista do processo, torna patente que a assimilação dos pressupostos bülowianos de 1868 e de 1885 pelos estudos que deram continuidade à ciência comprometida com a publicização do processo viabilizou o desenvolvimento de uma silenciosa tecnologia de controle e de sacerização da vida.<sup>36</sup>

Insta, agora, examinar como essa tecnologia pública e instrumentalizadora da jurisdição – o processo como relação jurídica – foi utilizada, no Brasil, com o estabelecimento da pandemia do COVID-19.

Como exaustivamente noticiado, logo que a Organização Mundial da Saúde recomendou o denominado isolamento social como meio eficaz de se evitar a propagação do vírus, instalou-se, no Brasil, uma disputa acerca de quais seriam os caminhos a adotar. Enquanto o presidente do país colocava-se absolutamente contrário à interrupção radical da prestação de várias espécies de serviços e ao fechamento generalizado do comércio e de unidades industriais, alguns governadores e prefeitos anunciavam a sua adesão às rigorosas recomendações da OMS.

A questão, portanto, era saber qual seria a política pública que deveria ser estabelecida. Entre os civis, inaugurou-se um embate em torno de como conduzir a coletividade e, ao analisar a querela, sem, no entanto, fixar, explicitamente, as correlações entre o civil e o público que aqui se apontam e se sustentam, Rosemiro Pereira Leal, em ensaio denominado *Processo e tecnologia*: entre logística e lógica em tempos de pandemia, observou que:

As contradições de orientação e governabilidade da população cresciam de complexidade na medida em que aumentava o trauma nacional ante várias perspectivas que dirigentes e figuras políticas de alto e baixo escalão do poder público já ensaiavam uma disputa ideológica e partidária para avaliar as repercussões sociais e econômicas da *crise pandêmica* com diagnósticos ao sabor das simpatias que pudessem atrair a imprensa jornalística e televisiva em notícias que ainda mais aprofundavam as divergências e desencontro das falas e iniciativas de políticos, administradores, empresários, cientistas, médicos em suas inúmeras especialidades. O povo continuou a ser um

---

35 FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídica-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4.

36 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: poder soberano e vida nua I*. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

*meio* (AGAMBEN 2015) fecundo de plantio eleitoreiro a produzir opiniões em consonância com a mídia mais opulenta ou em coro com a multidão de blogueiros que se expandira pelo país.<sup>37</sup>

O que se fixou, nos momentos iniciais das repercussões pandêmicas no Brasil, logo, foi uma disputa acerca da política pública a ser adotada pelo civil, sendo de se registrar que, qualquer que fosse ela, o objetivo a ser alcançado era tão somente um: proteger o próprio civil e o cidadão contra os malefícios que a pandemia do COVID-19 poderia causar às pessoas que habitam os lugares civilizados da cidade.

Por isso, em relação ao *potus*, que jamais foi beneficiário desses locais, a política pública a ser adotada não poderia ser a mesma. Para o povo, que, desde sempre, está isolado do civil e de seus adotados quanto à implementação das condições necessárias à fruição de uma vida livre e digna, optou-se pelo incremento de um assistencialismo de índole socializante, que se apresenta muito eficaz ao permanente adiamento da instalação de expedientes destinados à inclusão do *potus* na construção de seu próprio destino.

Assim é que, mais uma vez, o povo viu-se aprisionado pelas armadilhas advindas dos “projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social [...]”.<sup>38</sup> Como esclarece o autor da teoria neoinstitucionalista do processo, em meio ao embate instalado entre os civis:

O povo, principalmente a população de baixa renda, subutilizados, ambulantes, desempregados que não tinham sequer condições de habitação condizente a um isolamento digno e prolongado, passaram a viver pela assistência e caridade pública (doações de cestas básicas) no aguardo de anunciados planos governamentais de emergência de complexa burocratização e tímida provisão financeira aos desvalidos que só emergiram da invisibilidade ante o impacto da *pandemia* que colocava em risco a população em sua totalidade absoluta, inclusive populações indígenas.<sup>39</sup>

A questão que se apresentava, de conseguinte, era saber qual política pública deveria ser escolhida para proteger a vida que interessava. Uma solução que emergiu, não por acaso, da utilização de um instrumento que foi criado e desenvolvido exatamente para permitir que os civis estivessem sempre no controle, proferindo decisões até mesmo relativas às controvérsias que pudessem eclodir em um recinto somente ocupado pelos próprios civis: o processo civil de matriz bülowiana.

O processo civil, com todo o seu aparato tecnológico instrumentador da jurisdição civil exercida pelo Supremo Tribunal Federal, foi que assegurou a manutenção da ordem pública pela pedagógica atuação de um ministro,<sup>40</sup> pois, a partir da instauração processual, é que o Tribunal, assumindo a sua função de guardião da constitucionalidade, definiu a disputa

37 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e tecnologia: entre logística e lógica em tempos de pandemia. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Orgs.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 287-288.

38 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 144. v. II.

39 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e tecnologia: entre logística e lógica em tempos de pandemia. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Orgs.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 289.

40 A decisão liminar proferida pelo ministro Alexandre de Moraes, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 – Distrito Federal, que traçou as diretrizes iniciais da resolução do problema, é, aliás, explícita quanto à função da jurisdição civil. Em trecho de seu pronunciamento judicial, o ministro transcreve afirmação do ministro Marco Aurélio Melo, que, na ADI 6341, alude ao campo pedagógico da atuação do Supremo Tribunal Federal. É o que se lê em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 abr. 2020.

que se instalou entre os civis da atividade governativa brasileira (presidente, governadores e prefeitos) a respeito de quem deveria determinar as políticas de saúde atinentes ao chamado isolamento social, durante o período em que atuar a pandemia do COVID-19 no Brasil.

Como se vê, essas políticas nunca deixaram de ser públicas, no exato sentido que, neste escrito, foi abordado.

## 6 CONCLUSÃO

O estabelecimento da pandemia do COVID-19, no Brasil, explicitou, novamente, as matrizes publicísticas do processo civil. Desde que teorizado como uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, o processo cumpre, com esmero, a sua função de instrumentalizar o exercício do poder pela jurisdição, propiciando o desenvolvimento de uma silenciosa tecnologia de controle e de sacerização da vida.

Focado o direito da saúde em tempos pandêmicos, o processo concebido por Oskar von Bülow, cujas lições, ainda hoje, são elogiadas e reproduzidas por inúmeros juristas, possibilitou que o juiz representante do público reforçasse a sua condição de civil e, assim, permanecesse a decidir o destino dos agrupamentos humanos no cumprimento irrestrito de seu dever pedagógico.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: poder soberano e vida nua I*. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 jun. 1965.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n os 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 jul. 2017.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richtertamt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10, p. 1-43.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1992. t. II.

CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. In: *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 157-180.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte, n. 35, p.13-25, maio/ago. 2018.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na*

*contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 69-96.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo*: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e tecnologia: entre logística e lógica em tempos de pandemia. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Orgs.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 287-295.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 14. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Coleção Direito e Justiça).

LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: BIAGGI, Enio Luiz de Carvalho *et al.* *Violência e intolerância*: quando o sono da razão produz monstros. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 87-100.

MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo*: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

---

**Recebido em:** 13/10/2020

**Aprovado em:** 10/12/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.327-340, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-20.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# PODER JUDICIÁRIO E COVID-19 NO BRASIL: PANORAMA E PERSPECTIVAS SOBRE O PROCESSO ELETRÔNICO, AS AUDIÊNCIAS E SESSÕES DE JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA E A PRODUTIVIDADE <sup>1</sup>

## JUDICIAL POWER AND COVID-19 IN BRAZIL: OVERVIEW AND PERSPECTIVES ON THE ELECTRONIC PROCESS, VIDEOCONFERENCE AND PRODUCTIVITY

Larissa Clare Pochmann da Silva <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho trata do funcionamento e da atuação do Judiciário no Brasil durante a pandemia. Com foco na utilização do processo eletrônico, da videoconferência e nos dados referentes à produtividade do Poder Judiciário, pretende-se analisar o cenário atual, já delineando algumas perspectivas de como as alterações desse período poderão contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Através da pesquisa bibliográfica e documental, além de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível observar a relevância do processo eletrônico e da videoconferência na manutenção das atividades do Poder Judiciário, mas espera-se que, mesmo após a pandemia, o ambiente virtual seja utilizado com a devida cautela, em nítida cooperação entre os sujeitos processuais, e enquanto uma ferramenta para assegurar que os direitos sejam tutelados de forma efetiva e célere, com o devido respeito às garantias constitucionais.

**Palavras-chave:** poder judiciário; Brasil; pandemia; covid-19.

**ABSTRACT:** The paper deals with the functioning and performance of the Judiciary in Brazil during the pandemic. With the focus on the electronic process, videoconference and data referring to the productivity of the Judiciary, it is intended to analyze the current scenario, already outlining some perspectives of how the changes of this period may contribute to the improvement of the jurisdictional provision. Through bibliographic and documentary research, in addition to data from the National Council of Justice, it is possible to observe the relevance of the electronic process and videoconference in maintaining the activities of the Judiciary, but it is expected that, even after the pandemic, the virtual environment is used with due care, in clear cooperation between procedural subjects, and as a tool to ensure that rights are protected effectively and quickly, with due respect to constitutional guarantees.

**Keywords:** Judicial Power; Brazil; Pandemic; COVID-19.

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi elaborado a partir da atualização do cenário do COVID-19 no Brasil, que inicialmente havia sido demonstrado na palestra proferida a convite do Instituto Iberoamericano de Direito Processual em 29 de maio de 2020 e disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=UYmC8ZaJBxs>.

<sup>2</sup> Pós-Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir de 11 de março de 2020, a doença infecciosa causada pelo coronavírus veio a ser caracterizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma pandemia e acabou alterando os hábitos em diversos países, em função de medidas sanitárias adotadas.

A mudança não se restringiu ao cenário social: o Direito, enquanto fenômeno verificável nas relações sociais, também acompanhou as transformações, com a edição de diversos atos normativos e o Judiciário precisou adequar seu funcionamento às medidas sanitárias.

Nesse diapasão, o presente trabalho pretende tratar do funcionamento e da atuação do Judiciário brasileiro durante a pandemia, voltado especificamente à relevância do processo eletrônico, à utilização da videoconferência e à análise da produtividade, de forma a trazer algumas perspectivas de como poderá se apresentar o cenário após esse período.

Para isso, através da pesquisa bibliográfica e documental, além de dados do Conselho Nacional de Justiça, oferecendo-se um tratamento quanti-qualitativo às informações obtidas, inicia-se a abordagem com um panorama sobre o cenário da disseminação do COVID-19 no Brasil e as alterações legislativas nesse período.

Em seguida, já entrando especificamente no contexto do Poder Judiciário, aborda-se a relevância da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para, então, tratar-se do processo eletrônico, das audiências e sessões de julgamento por videoconferência e da produtividade.

Ao final, tecem-se algumas considerações sobre possíveis perspectivas para o período após a pandemia, refletindo-se sobre como esse momento poderia contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

## 2 A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Em 30 de janeiro de 2020, o COVID-19, doença infecciosa causada pelo coronavírus, veio a ser constituída como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Com os níveis alarmantes de disseminação e em virtude das suas severas consequências, a partir de 11 de março de 2020, a doença foi considerada uma pandemia<sup>3</sup>.

Em decorrência desse cenário, a realidade de muitos países acabou se alterando, envolvendo o debate medidas como o distanciamento social, a quarentena e até mesmo o *lockdown*. Além disso, muitas atividades que antes eram realizadas presencialmente, acabaram sendo temporariamente interrompidas ou passaram a ser realizadas de forma digital. E a mudança não se restringiu ao cenário social: a pandemia teve um forte impacto nas relações sociais e o Direito, enquanto fenômeno verificável nas relações sociais, não ficou aquém nesse cenário.

No Brasil, a edição de atos normativos especificamente sobre o COVID-19 se iniciou em 3 de fevereiro de 2020, com a Portaria nº 188, que declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo coronavírus. A partir dela, sucederam-se a edição de outras Portarias, Resoluções, Medidas Provisórias e Leis tratando de temas pertinentes à pandemia.

Dentre os atos normativos, merece destaque que, em 10 de junho de 2020, foi sancionada a Lei nº 14.010, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório

---

3 O acompanhamento do Covid-19 pode ser feito na página da Organização Mundial de Saúde: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em 11 jun. 2020.

das relações jurídicas de Direito Privado (RJET). A referida lei delimitou a eficácia de alguns dispositivos legais em razão da pandemia, no âmbito do Direito Civil, Empresarial, Consumidor e de Locações Urbanas<sup>4</sup>.

Nas suas disposições, é relevante mencionar que houve a suspensão dos prazos prescricionais e decadenciais desde a entrada em vigor da lei até 30 de outubro de 2020, a fim de resguardar os direitos daqueles que não conseguirem ir ao Judiciário, mas a suspensão dos prazos processuais não foi prevista nesta legislação, já que era medida mais antiga e que será tratada de forma mais detida no próximo tópico.

Cumprido ressaltar, porém, que nada foi disposto sobre os prazos desde o início da pandemia até a publicação da referida lei, restando aí um período que permitirá discussões acerca da (in)ocorrência de suspensões do prazo no ordenamento brasileiro.

Por sua vez, a suspensão dos prazos prescricionais para aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112/1990, na Lei nº 12.846/2013 e demais diplomas legais aplicáveis aos servidores públicos já ocorria, em virtude da previsão da Lei nº 13.979/2020.

Já os prazos de prescrição para pretensões em face do Poder Público, previstos no Decreto nº 20.910/1932, não estão afetados pela previsão da Lei nº 14.010/2020.

Também merecem destaque a suspensão até o dia 30 de outubro de 2020: i) da aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, para produtos perecíveis ou de consumo imediato ou de medicamentos, referente ao direito de arrependimento para compras fora do estabelecimento; ii) do prazo para aquisição da propriedade imobiliária ou mobiliária, por usucapião, nas suas diversas espécies; iii) do prazo para eleição de novos síndicos, caso o mandato do síndico anterior tenha se vencido a partir de 20 de março de 2020 e não seja possível realizar a assembleia por meio virtual; iv) da aplicação do artigo 36, §3º, incisos XV a XVII da Lei nº 12.259/2011, referente à venda de mercadorias ou à prestação de serviços abaixo do preço de custo, bem como cessão parcial ou total das atividades da empresa sem justa causa foi suspensa retroativamente, desde 20 de março de 2020; v) da prisão civil por dívida de alimentos, prevista no artigo 528, §3º do Código de Processo Civil, que deve ser cumprida exclusivamente na modalidade domiciliar; vi) do cômputo do prazo para abertura do inventário, para as sucessões que ocorrerem a partir de 1º de fevereiro de 2020; vii) do término dos inventários já em curso, desde que iniciados antes de 1º de fevereiro de 2020.

Se, no direito material, seria possível pontuar diversos impactos da pandemia, no Judiciário não foi diferente. Passa-se a retratar o Poder Judiciário.

### **3 A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) DURANTE A PANDEMIA**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual<sup>5</sup>.

Sua criação se deu pela Emenda Constitucional nº 45/2014, com a inserção do artigo 103-B na Constituição. Suas atribuições, sem prejuízo de outras previstas pelo Estatuto da Magistratura, podem ser assim dispostas: i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações; ii) definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional

4 Para uma análise da novel legislação: RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações de Direito Privado*. Disponível em <https://emporiadodireito.com.br/leitura/regime-juridico-emergencial-e-transitorio-das-relacoes-de-direito-privado-rjet>. Acesso em 13 jun. 2020.  
5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Quem somos?* Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em 11 jun. 2020.



do Poder Judiciário; iii) receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado; iv) julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas e v) melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.

É importante acrescentar, ainda, que, de acordo com o artigo 196 do Código de Processo Civil, compete ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de forma principal, e aos tribunais, supletivamente, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos.

Previamente à elaboração de atos normativos sobre o funcionamento do Poder Judiciário durante a pandemia pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou, no dia 11 de março de 2020, a Portaria STJ/GP nº 82, que previu o regime de teletrabalho, pelo prazo de 15 (quinze) dias, aos servidores que tivessem regressado de localidades em que havia surto da doença.

No dia seguinte, 12 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Resolução nº 663, prevendo que: i) servidores, colaboradores, estagiários, juízes ou Ministros do Tribunal que chegassem de locais ou países com circulação viral sustentada e apresentarem febre ou sintomas respiratórios, dentro de até 14 dias do retorno, deveriam procurar um serviço de saúde (art. 3º); ii) servidores maiores de 60 anos e aqueles portadores de doenças crônicas, que compunham grupo de risco, poderiam optar pela execução de suas atividades por trabalho remoto (art. 5º) e iii) a suspensão temporária da visitação pública e do atendimento presencial do público externo que pudesse ser prestado por meio eletrônico ou telefônico.

A partir de então, outros tribunais passaram a editar medidas de combate ao coronavírus, sem que houvesse uma sistematização e uniformização. Para evitar essa dispersão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, no dia 19 de março de 2020, a Resolução nº 313.

A referida resolução trouxe, dentre as suas previsões: i) a suspensão do trabalho presencial nos prédios dos fóruns; ii) a suspensão do atendimento presencial às partes e seus patronos, ficando a cargo de cada Tribunal a disponibilização de contato remoto de suas unidades jurisdicionais; iii) a suspensão dos prazos processuais, tanto de processos físicos como de processos eletrônicos, inicialmente, até o dia 30 de abril; iv) a previsão de um plantão extraordinário, em idêntico horário ao do expediente regular.

Cumprido ressaltar que alguns tribunais já haviam previsto, antes do dia 19 de março, essa suspensão de prazos processuais. Então, nesse caso, deveria prevalecer o prazo de suspensão de cada Tribunal<sup>6</sup>, caso fosse mais amplo do que o estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), até mesmo para não haver surpresa ou prejuízo ao jurisdicionado que havia seguido o ato normativo do próprio Tribunal.

Ademais, é preciso pontuar que essa previsão de plantão extraordinário seria um *modus operandi* excepcional, em função da impossibilidade de realização da prestação

---

6 No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. *Suspensão dos prazos processuais por força da pandemia*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322617/suspensao-dos-prazos-processuais-por-forca-da-pandemia>. Acesso em 11 jun. 2020.

jurisdicional presencial. A ideia de plantão que já tinha previsão no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 220 do Código de Processo Civil, além das Resoluções nº 244/2016, nº 71/2009 e 152/2012, todas do Conselho Nacional de Justiça<sup>7</sup>. Como lembra o Desembargador Federal e Professor Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>8</sup>, ao mesmo tempo em que foi previsto o plantão extraordinário, estabeleceu-se o trabalho remoto, durante o mesmo horário do expediente regular.

O plantão ficou encarregado de apreciar as matérias previstas no artigo 4º da referida resolução<sup>9</sup>, aí envolvendo medidas tanto criminais como cíveis, inclusive alvarás, requisições de pequeno valor e expedição de guias de depósito, ou seja: o plantão apenas privilegiaria medidas urgentes em processos físicos, mas o Judiciário continuou trabalhando, em observância ao horário forense regular, de forma que a movimentação foi mantida em processos eletrônicos.

Em 20 de abril de 2020, foi editada a Resolução nº 314, que trouxe a previsão de retomada dos prazos dos processos eletrônicos a partir do dia 4 de maio (art. 3º), mas a manutenção de suspensão dos prazos dos processos físicos, em princípio, até o dia 15 de maio (art. 2º); o incentivo da prática de atos processuais por meio eletrônico, inclusive com a possibilidade de realização de sessões e julgamento não presenciais tanto em processos físicos como em processos eletrônicos, mas com o adiamento dos atos que porventura não puderem ser praticados eletronicamente (art. 3º, §2º); o regime de trabalho diferenciado, no mesmo horário do expediente forense (art. 3º, §5º), para realização de todos os atos processuais, virtualmente, bem como para o traslado de autos físicos, quando necessário, para a realização de expedientes internos, vedado o reestabelecimento do expediente presencial e o incentivo à digitalização dos processos físicos (art. 6º, §4º).

Neste ponto, é importante comentar que nem todos os prazos de processos eletrônicos passaram a fluir ininterruptamente a partir do dia 4 de maio. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, na Questão de Ordem no Pedido de Providências nº 0002765-70.2020.2.00.0000, que envolvia o Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, foi consignado que, em virtude da decretação de medidas sanitárias restritivas à livre locomoção de pessoas, os prazos deveriam ser suspensos desde o dia 12 de maio de 2020, data de apreciação da Questão de Ordem pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, até o dia 31 de maio de 2020. Como consequência, foi editada, na Justiça Trabalhista, o ato TRT-Corregedoria-

7 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. Regime de Plantão Extraordinário e Tribunais Online em Tempos de Coronavírus e seus Efeitos no Direito Processual: Presente e Futuro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). *A Pandemia e seus Reflexos Jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 348.

8 Trata-se de *live* sobre o COVID-19 e o Poder Judiciário, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=LTGxOhjxnXI&t=544s>. Acesso em 11 jun. 2020.

9 O referido dispositivo tem o seguinte teor: Art. 4º No período de Plantão Extraordinário, fica garantida a apreciação das seguintes matérias: I – habeas corpus e mandado de segurança; II – medidas liminares e de antecipação de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais; III – comunicações de prisão em flagrante, pedidos de concessão de liberdade provisória, imposição e substituição de medidas cautelares diversas da prisão, e desinternação; IV – representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária; V – pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, interceptações telefônicas e telemáticas, desde que objetivamente comprovada a urgência; VI – pedidos de alvarás, pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, Requisições de Pequeno Valor – RPVs e expedição de guias de depósito; VII – pedidos de acolhimento familiar e institucional, bem como de desacolhimento; VIII – pedidos de progressão e regressão cautelar de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas e pedidos relacionados com as medidas previstas na Recomendação CNJ no 62/2020; IX – pedidos de cremação de cadáver, exumação e inumação; e X – autorização de viagem de crianças e adolescentes, observado o disposto na Resolução CNJ no 295/2019. § 1º O Plantão Extraordinário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantões anteriores, nem à sua reconsideração ou reexame. § 2º Nos processos envolvendo réus presos e adolescentes em conflito com a lei internados, aplica-se o disposto na Recomendação CNJ no 62, de 17 de março de 2020.

SCR nº 31/2020, suspendendo os prazos nos processos eletrônicos. Na Justiça Estadual, a suspensão dos prazos ocorreu em virtude de decisão proferida nos autos do Pedido de Providências nº 0002746-64.2020.2.00.0000, no período de 14 a 31 de maio de 2020. Já na Justiça Federal a suspensão dos prazos foi do período de 20 a 31 de maio de 2020, em virtude do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003391-89.2020.2.00.0000.

A Resolução nº 318, de 7 de maio de 2020, prorrogou as previsões anteriores até o dia 31 de maio de 2020, vindo este prazo a ser novamente prorrogado até o dia 14 de junho de 2020, por força da Portaria nº 79, de 22 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No dia 1º de junho de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 322, para que os tribunais estabeleçam, de forma gradual e sistematizada, a retomada das atividades presenciais. Os Tribunais mantêm a maior parte de seus magistrados e servidores trabalhando remotamente, mas desenvolvem e implementam, de forma paulatina e gradual, planos para o retorno seguro às atividades, dividido em etapas, em constante observância e monitoramento à evolução da pandemia no país.

#### **4 O PROCESSO ELETRÔNICO**

Ao contrário da realidade de muitos países também afetados pela pandemia, o processo eletrônico no Brasil não foi estabelecido em virtude da suspensão das atividades presenciais dos fóruns. Ele já vinha sendo pensado e regulamentado, no sentido de facilitação do acesso à justiça e da libertação dos entraves formais e burocráticos que consomem boa parte do tempo e da energia na tramitação de um processo<sup>10</sup>. Como consequência, o processo eletrônico em muito contribuiu para a manutenção do tripé fundado na consagração dos direitos pela via legislativa, pela previsão dos meios para reclamá-los e pela estruturação do setor estatal que torne efetivas as reclamações<sup>11</sup> durante a pandemia, mantendo as atividades do Poder Judiciário, mesmo em teletrabalho.

No Brasil, menciona-se, sobre a relevância do processo judicial eletrônico, a Lei nº 9.800/99, que permitiu às partes a utilização de sistemas de transmissão de dados para prática de atos processuais, exigindo, porém, a protocolização dos originais. Houve, na sequência, leis que previram a prática de atos processuais por meio eletrônico, como, por exemplo, a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991), a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), a Lei nº 11.280/2006, que inseriu o parágrafo único ao artigo 154 do Código de Processo Civil de 1973, tratando da prática e da comunicação dos atos processuais por meio eletrônico e a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que, dentre outras alterações na execução, incluiu o artigo 655-A no Código de Processo Civil de 1973, possibilitando que o juiz promovesse a penhora *online*.

Porém, foi a partir da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, conhecida como Lei de Informatização do Judiciário, que o tema teve nítido destaque. A referida legislação é dividida em 4 (quatro) capítulos, sendo eles: Capítulo I - Da informatização do processo judicial; Capítulo II - Da comunicação eletrônica dos atos processuais; Capítulo III - Do processo eletrônico; Capítulo IV - Disposições gerais e finais. Dentre as suas referências, merecem destaque: i) o artigo 1º, que admite a possibilidade de tramitação dos processos judiciais por meio eletrônico, ii) o artigo 3º, que dispõe que o ato processual praticado por meio eletrônico

---

10 GRECO, Leonardo. O Processo Eletrônico. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Direito e Internet*. São Paulo: RT, 2001, p. 77

11 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 29.

será tempestivo se praticado dentro das 24 (vinte e quatro) horas do dia; iii) os artigos 4º e 5º, que tratam da comunicação dos atos processuais por meio eletrônico; iv) o artigo 11, sobre os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos.

Merece também destaque, no ano de 2013, a Resolução nº 185 do Conselho Nacional de Justiça<sup>12</sup>, que instituiu o Sistema Processual Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de informações e prática dos atos processuais, estabelecendo os parâmetros para a sua implementação e funcionamento.

A relevância do processo eletrônico foi, ainda, consagrada no Código de Processo Civil de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016. O diploma dedicou a Seção II do Capítulo I do Livro IV à prática eletrônica dos atos processuais, mais precisamente os artigos 193 a 199, sendo que o artigo 194 destaca que os sistemas informatizados devem respeitar a publicidade dos atos e o acesso e participação das partes e procuradores, o artigo 195 trata do registro do ato processual praticado por meio eletrônico e o artigo 197 se preocupa com a transparência e a acessibilidade.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponibilizados no ano de 2020, com base no ano de 2019<sup>13</sup>, neste último ano 88% (oitenta e oito por cento) dos processos que ingressaram no Judiciário brasileiro foram através da via eletrônica.

É certo que o acesso à tecnologia ainda é um desafio no país e, com os prédios dos fóruns fechados, mesmo o Judiciário mantendo gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais, estes não acabaram se tornando inacessíveis. Sendo assim, a pandemia pode agravar eventualmente dificuldades para a prática dos atos processuais.

Porém, a disseminação do coronavírus destaca a relevância do direito processual continuar pensando o processo eletrônico, especialmente as garantias fundamentais do processo na era digital, bem como avançando na tarefa da digitalização dos processos físicos, de forma que possa ser mantida, de forma ininterrupta, a prestação da atividade jurisdicional.

Inclusive, considerando que o processo pode depender, também, da prática de atos fora do Judiciário, destaca-se que as serventias extrajudiciais estão funcionando de forma remota, realizando atos de forma eletrônica.

No campo do direito processual, urge a digitalização dos processos físicos e o constante aperfeiçoamento do processo eletrônico, enquanto no campo social, é necessária a realização de políticas públicas capazes de promover a inclusão digital e a disponibilização de locais de acesso a equipamentos eletrônicos, de forma que possa se manter uma prestação jurisdicional efetiva.

## **5 AS AUDIÊNCIAS E SESSÕES DE JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA**

Na realidade pátria, ainda era frequente tanto as audiências e sessões de julgamento, como a própria solução de conflitos, serem realizadas presencialmente. Os Tribunais por todo o país diariamente realizavam audiências e sessões de julgamento, muitas delas presenciais, mas com a utilização da videoconferência quando dependia da prática de um ato fora da comarca.

A legislação brasileira já contemplava a videoconferência, esculpida, no âmbito do processo civil, nos artigos i) 236, §3º; ii) 385, §3º; iii) 453, §1º ; iv) 461, §2º e v) 937, §4º do

---

12 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 434-436.

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. CNJ: 2020, p. 48. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

Código de Processo Civil de 2015, além de, no âmbito do processo penal, haver referência no artigo 185 do Código, sendo, inclusive, realizados depoimentos e sustentações orais por videoconferência, com mais frequência no processo penal do que no processo civil<sup>14</sup>.

Também eram realizadas sessões virtuais ou *on-line*, que em alguns tribunais, eram sessões que, não havendo oposição das partes, advogados ou do membro do Ministério Público que atuava enquanto fiscal da ordem jurídica, ocorriam com disponibilização do voto do relator entre os julgadores, por determinado período de tempo, regulamentado pelo Tribunal e, não havendo divergência, a disponibilização do resultado do julgamento nos autos.

Neste ponto, destacam-se as sessões de Plenário Virtual no âmbito do Supremo Tribunal Federal, atualmente regulamentadas pela Resolução nº 642, de 19 de junho de 2019, com alteração estabelecida pela Resolução nº 675, de 22 de abril de 2020. A resolução dispõe sobre os processos que podem ser incluídos em pauta de julgamento eletrônico (art. 2º), processos que se excluem do julgamento eletrônico (art. 4º), bem como sobre o procedimento para a disponibilização dos votos (arts. 5º e 6º).

É relevante também mencionar que, antes da pandemia, as sessões aconteciam remotamente, com o auxílio da videoconferência. Menciona-se a título de exemplo, que, no Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF-4), as chamadas turmas descentralizadas<sup>15</sup> atuam, com o auxílio da videoconferência, em matéria previdenciária no âmbito dos estados que não são sede do tribunal, buscando a aproximação com o jurisdicionado.

Também já se desenvolvia no Brasil a utilização dos métodos de solução de conflitos em plataformas virtuais, mas a maioria das sessões de conciliação e de mediação eram presenciais.

Cabe destacar que, desde 27 de junho de 2014, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon/MJ) havia desenvolvido o portal consumidor.gov.br. Segundo pesquisa acadêmica<sup>16</sup> realizada na referida plataforma, no período de maio de 2014 a julho de 2017, havia mais de 13 mil reclamações consumeristas cadastradas, sendo que um percentual 99,52% das reclamações foi respondido, mas apenas um quantitativo de 39,36% foi solucionado pelo portal.

Em contrapartida, os dados de solução consensual<sup>17</sup> foram de 11,1% das sentenças proferidas em 2015, 11,9% em 2016, 12,2% em 2017 e 11,5% em 2018. Isso significa, em números, que 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça, sendo 3,7 milhões de sentenças na fase processual e 700 mil na fase pré-processual. Mesmo que nem toda solução consensual seja homologada em juízo, tem-se um parâmetro dos números de processos solucionados de forma consensual a cada ano.

Porém, durante a pandemia, audiências e sessões presenciais não foram mais possíveis. Mantiveram-se as sessões virtuais, mas foram incentivadas a realização de audiências e sessões de julgamento integralmente por videoconferência. Nem todos os Tribunais começaram a realizar sessões de julgamento e audiências por videoconferência imediatamente. A iniciativa vem sendo gradativamente implementada, mas teve nítido incentivo a partir da Portaria nº 61, de 31 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, quando foi instituído, de forma facultativa, sem prejuízo de outras ferramentas que alcancem o mesmo

---

14 RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#\\_ftn4](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4). Acesso em 18 jun. 2020.

15 Informação disponível em [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=12925](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12925) e [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=13399](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13399). Acesso em 18 jun. 2020.

16 A pesquisa foi publicada por PORTO, José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 114, 2017, p. 295-318.

17 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2020, p. 95.



objetivo, a Plataforma Emergencial de Videoconferência (Cisco Webex) para a realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social provocado pela pandemia do Covid-19.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup>, desde o início do ano até 30 de agosto de 2020, já foram realizadas 477.719 audiências pela plataforma em todo o país, com duração média de 44 minutos por processo. Esse número: i) não exclui que mais audiências tenham sido realizadas por outras plataformas virtuais, ii) é pequeno diante do quantitativo de processos no país, que tinha, em 2019, 77,1 milhões de processos pendentes, iii) pode incentivar a prática de atos processuais pela via eletrônica.

Ainda durante a pandemia, é relevante mencionar a alteração no artigo 22 da Lei nº 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais, pela Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que nele inclui dois parágrafos, passando a prever, mesmo após o término da pandemia, a possibilidade de serem realizadas audiências de conciliação não presenciais nos Juizados Especiais, mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça<sup>19</sup> anunciou, em maio de 2020, uma nova plataforma para a realização de sessões de conciliação e mediação. A ferramenta será totalmente *on-line* e servirá, em um primeiro momento, para resolver o grande volume previsto de conflitos relacionados à COVID-19, mas poderá representar um grande incentivo à solução de conflitos *on-line* no país.

No âmbito privado, a maior novidade já se refere às Câmaras de Solução *On-line* (ODRs), especialmente desenhadas para questões seriadas. As questões repetitivas do consumo, de baixa complexidade terão nas ODRs, um modo de solução extraprocessual, paralelo ao sistema judicial, mas sem limitação de horário ou local<sup>20</sup>.

## 6 A PRODUTIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Os relatórios Justiça em Números<sup>21</sup>, elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já apontavam, nos últimos anos, um aumento da produtividade do Poder Judiciário. No ano-base de 2019, cujo relatório foi divulgado em 2020, o estoque de processos pendentes, em todos os órgãos do Poder Judiciário, foi de 77,1 milhões de ações, com a redução de mais de um milhão de processos pendentes em relação ao ano de 2018.

O Brasil tem mantido um acompanhamento constante sobre todas as ações judiciais que se referem ao tem do coronavírus, disponibilizando informações sobre o tribunal em que tramita e o próprio processo, além da produtividade de cada tribunal durante a pandemia.

Ademais, há uma preocupação constante com a produtividade do Poder Judiciário, refletindo a necessidade de manutenção de suas atividades, ainda que de forma remota, em prol da realização da prestação jurisdicional.

Desde o início da pandemia até o dia 30 de agosto de 2020, foram proferidos, no Judiciário de todo o país<sup>22</sup>, 12.088.357 sentenças e acórdãos e 18.746.816 decisões, sendo

18 Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a89ef492-f81e-4679-a58f-f7caa7452d82&sheet=740707b2-b87f-4ac0-a185-b430f855e682&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em 18 jun. 2020.

19 Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/11/cnj-lancara-plataforma-on-line-para-conflitos-relacionados-a-covid-19.ghtml>. Acesso em 18 jun. 2020.

20 Sobre o tema: CURY, Cesar. *Câmaras de Solução de Conflitos on-line são caminho para agilizar a Justiça*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-28/cesar-cury-camaras-online-sao-caminho-agilizar-justica>. Acesso em 18 jun. 2020.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Sumário Executivo. Brasília: CNJ, 2020.

22 Dados disponíveis em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em 30 ago. 2020.

que são tribunais em posições de destaques em ambos os rankings o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Paraná e o Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

## 7 PERSPECTIVAS APÓS A PANDEMIA

Após o retorno às atividades, certamente se viverá no Brasil uma nova realidade, em que o Direito manterá as portas abertas aos avanços tecnológicos, que devem constituir ferramentas úteis ao aprimoramento da atividade jurisdicional<sup>23</sup>.

Cumprir lembrar que, nesse novo cenário, persistirá a relação do processo com a Constituição, lançando-se o foco nos resultados das experiências processuais para assegurar a efetividade do acesso à justiça e um processo justo<sup>24</sup>.

O processo eletrônico já era uma realidade antes da pandemia e manterá sua relevância, inclusive com a necessidade de digitalização dos processos físicos, para que, enquanto forem mantidas restrições ao contato social, seja garantida a todos os jurisdicionados, de forma ininterrupta, a prestação jurisdicional.

É preciso, porém, que se continue incentivando e, inclusive, amplie-se a disponibilização de computadores para o acesso dos jurisdicionados e advogados, inclusive com orientação sobre como utilizar os equipamentos e sistemas, de forma que se mantenha o efetivo acesso à justiça, mesmo para os que não tenham acesso à tecnologia.

Com o fim da pandemia, espera-se, também, o retorno das audiências e sessões presenciais, com um maior contato entre juiz e partes, o que poderia facilitar a melhor compreensão das controvérsias, mas, certamente, a videoconferência deve permanecer como uma aliada.

O ambiente virtual deve ser utilizado com a devida cautela e enquanto uma ferramenta para assegurar que os direitos sejam tutelados de forma efetiva e célere, com o devido respeito às garantias constitucionais. Deve haver prévia comunicação de sua utilização, para que seja possível aferir se sua utilização não prejudicará qualquer um dos envolvidos, em nítida realização da cooperação e da boa-fé consagradas no ordenamento brasileiro. A tecnologia deve ser adotada enquanto uma modalidade mais vantajosa para a solução do litígio, em tempo razoável.

Nesse sentido, destacam Marco Antônio Rodrigues e Thiago Delfino que a

[...] tecnologia se encontra a serviço dos jurisdicionados – os destinatários do serviço público jurisdicional – e de seus direitos fundamentais, não podendo ser meramente um mecanismo de eficiência do Judiciário, já que a eficiência não pode ser um fim em si mesma.<sup>25</sup>

Tratando-se dos Juizados Especiais, parece que “a formalização da audiência não presencial não pode ser imposta às partes, mas deve ser apresentada como uma alternativa à audiência presencial, quando possível e benéfica aos envolvidos.”<sup>26</sup>

Por fim, é preciso que todos os sujeitos do processo conservem seus esforços,

23 ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; WOLKAT, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 67.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 10. ed, 2020, p. 34.

25 RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#\\_ftn4](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4). Acesso em 18 jun. 2020.

26 ROCHA, Felipe Borring. *Audiência de conciliação não presencial nos juizados especiais cíveis: primeiras reflexões sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.994/2020 na Lei nº 9.099/1995*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/audiencia-de-conciliacao-nao-presencial-nos-juizados-especiais-civies-primeiras-reflexoes-sobre-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-n-13-994-2020-na-lei-n-9-099-1995>. Acesso em 4 jun. 2020.

cabendo ao Judiciário manter a sua elevada produtividade, enquanto os jurisdicionados e seus patronos devem ter um comportamento pautado pela cooperação, probidade e boa-fé, de forma que se possa alcançar nas causas pendentes uma resposta jurisdicional efetiva em um tempo razoável, com a consequente e natural redução dos estoques de processos no Poder Judiciário.

## 8 CONCLUSÃO

A pandemia do COVID-19 impactou as relações sociais e, conseqüentemente, refletiu no Direito. Foram editados diversos atos normativos no período, inclusive sobre a alteração do funcionamento do Poder Judiciário.

Os fóruns não puderam mais manter seus prédios abertos para atendimento aos jurisdicionados, mas o Poder Judiciário no Brasil não paralisou seus trabalhos. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve importante papel na sistematização e uniformização dos tribunais de todo o país e o processo eletrônico e as audiências por videoconferência contribuíram para a manutenção das atividades jurisdicionais, com altos índices de produtividade.

Esse período pode proporcionar aspectos positivos para o aprimoramento da prestação jurisdicional. Considerando que 88% dos processos que ingressam no Judiciário são eletrônicos, é preciso que se realize a digitalização dos processos físicos, acompanhado do monitoramento da disponibilização de equipamentos eletrônicos para acesso aos jurisdicionados e seus advogados, de forma que o acesso à tecnologia não possa se revelar um entrave ao acesso à justiça.

O ambiente virtual deve ser utilizado com a devida cautela, em nítida cooperação entre os sujeitos processuais, e enquanto uma ferramenta para assegurar que os direitos sejam tutelados de forma efetiva e célere, com o devido respeito às garantias constitucionais, sem que possa gerar qualquer prejuízo a qualquer um dos envolvidos.

Ademais, é preciso que todos os sujeitos processuais mantenham seus esforços de forma que se possa alcançar nas causas pendentes uma resposta jurisdicional efetiva em um tempo razoável.

## REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. CNJ: 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quem somos?* Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em 11 jun. 2020.

CURY, Cesar. *Câmaras de Solução de Conflitos on-line são caminho para agilizar a Justiça*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-28/cesar-cury-camaras-online-sao-caminho-agilizar-justica>. Acesso em 18 jun. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 10. ed, 2020.

GRECO, Leonardo. O Processo Eletrônico. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Direito e Internet*. São Paulo: RT, 2001, p. 77-94.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. Regime de Plantão Extraordinário e Tribunais Online em Tempos de Coronavírus e seus Efeitos no Direito Processual: Presente e Futuro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). *A Pandemia e seus Reflexos Jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 345-357.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

PORTO, José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos online no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 114, 2017, p. 295-318.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações de Direito Privado*. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/regime-juridico-emergencial-e-transitorio-das-relacoes-de-direito-privado-rjet>. Acesso em 13 jun. 2020.

ROCHA, Felipe Boring. *Audiência de conciliação não presencial nos juizados especiais cíveis: primeiras reflexões sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.994/2020 na Lei nº 9.099/1995*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/audiencia-de-conciliacao-nao-presencial-nos-juizados-especiais-civies-primeiras-reflexoes-sobre-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-n-13-994-2020-na-lei-n-9-099-1995>. Acesso em 4 jun. 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#\\_ftn4](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4). Acesso em 18 jun. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; WOLKAT, Erik Navarro (Orgs.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 65-82.

TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. *Suspensão dos prazos processuais por força da pandemia*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322617/suspensao-dos-prazos-processuais-por-forca-da-pandemia>. Acesso em 11 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

---

**Recebido em:** 01/09/2020

**Aprovado em:** 09/12/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Poder Judiciário e Covid-19 no Brasil: panorama e perspectivas sobre o processo eletrônico, as audiências e sessões de julgamento por videoconferência e a produtividade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.341-352, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-21.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INCENTIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS

## PUBLIC POLICIES AS AN INCENTIVE TO CONFLICT SOLUTION

Alessandro Jacomini <sup>1</sup>  
Carlos Alberto Ferri <sup>2</sup>

**RESUMO:** O Estado é a entidade máxima que almeja proteger os direitos dos cidadãos, principalmente os direitos fundamentais do ser humano. Para tanto, busca oferecer a todos a tutela e as garantias de proteção àqueles que dela necessitam, procurando trazer o senso de justiça e empenhando-se para alcançar a pacificação social. Mas, hoje, a prestação jurisdicional, somada com a falta de infraestrutura para garantir direitos constitucionais à população, acaba por se tornar morosa e onerosa, o que a deixa questionável quanto a sua eficácia no quesito justiça. Todavia, em vista dessa crise que assola o sistema judiciário nacional, não cessam as alternativas para recuperar o desenvolvimento público no país, competindo ao Judiciário estabelecer políticas públicas de resolução dos conflitos, seja por meios heterocompositivos ou autocompositivos. Então, seria possível uma medida capaz de minimizar esse impacto em tempos de pandemia? É o que se pretende demonstrar, especialmente com a inovação realizada pelo TRF-3.

**Palavras-chave:** tutela jurisdicional; meios alternativos de solução de conflitos; políticas públicas.

**ABSTRACT:** The State is the ultimate entity that seeks to protect the rights of citizens, especially the fundamental rights of the human being. To this end, it seeks to offer everyone the protection and guarantees of protection to those who need it, seeking to bring a sense of justice and striving to achieve social pacification. But, today, jurisdictional provision, coupled with the lack of infrastructure to guarantee constitutional rights to the population, ends up becoming time consuming and burdensome, which leaves it questionable as to its effectiveness in the area of justice. However, in view of this crisis that ravages the national judicial system, the alternatives to recover public development in the country do not stop, and it is the responsibility of the judiciary to establish public policies for the resolution of conflicts, either by means of heterocompositive or self-composed methods. So, would a measure be able to minimize this impact in times of a pandemic? This is what we want to demonstrate, especially with the innovation carried out by the TRF-3.

**Keywords:** Judicial protection; Alternative means of conflict resolution; Public policy.

---

1 Pós-doutorado pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP).

2 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP-SP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Mestre em Teologia Sistemática pelo SALT/UNASP. Especialista em docência universitária pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo. Especialista em Teologia Sistemática pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP-HT). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA-Mauá). Avaliador de Cursos de Graduação do Instituto de Ensino e Pesquisa Anísio Teixeira (Inep/Mec). Conciliador judicial credenciado junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Membro da Comissão de Liberdade Religiosa da OAB São Paulo. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB Campinas. Advogado.



## INTRODUÇÃO

O homem é um existente essencialmente social, o que lhe contribui para um mínimo de condições de sobrevivência. Por outro lado, os conflitos lhe são inerentes e, portanto, a sociedade que constitui os tem arraigado em sua própria natureza. Basta o convívio de duas pessoas para que o conflito se torne possível, de modo a afetar o direito do outro ou até de ambos. Assim, nas relações sociais, as contendas são possíveis e reais, podendo resultar a decomposição do equilíbrio social, especialmente nos tempos em que estamos vivendo, o tempo da COVID-19.

No passado<sup>3</sup>, as próprias pessoas resolviam seus litígios. Por vezes, procuravam resolver seus conflitos de modo não adversarial, de forma pacífica através de negociações e, quando havia resistência, utilizavam-se da violência, instaurando-se um duelo em busca de resultados que melhor as satisfizessem. O tempo passou e elas foram se organizando em sociedades maiores, com relações mais complexas, com a dominação de alguns grupos sobre outros. Finalmente, sentiram a necessidade de que alguém específico e imparcial cuidasse da resolução dos conflitos em geral.

Para solucionar as contendas, de forma imparcial, o homem confiou ao Estado o dever de resolver os conflitos e manter a paz social. Assim, passa a ser função do Estado a constituição dos tribunais, reconhecendo-se que nenhum outro poder, além do Estado, encontra-se em melhores condições de dirimir os litígios, não só pela força da qual dispõe, mas, também, pela presunção do interesse de garantir a ordem jurídica estabelecida. Desde então, o Estado tem procurado cumprir seu papel, conforme a Constituição Federal, de promover a paz social e garantir o acesso à justiça.

No exercício nobre de suas atividades e diante da complexidade da sociedade pós-moderna, o Estado vem encontrando sérios obstáculos como a sobrecarga de processos, a morosidade e a qualidade de seu trabalho, o que tem prejudicado sua atuação e ferido seriamente seus ideais de senso de justiça e paz social. Percebe-se que a demanda é grande e o sistema judiciário não tem dado conta de atender a todos de modo efetivo e satisfatório. Tem-se frequentemente levado em discussão o impasse da necessidade de viabilizar de maneira efetiva o acesso à Justiça, o que vem sendo negado a toda população a ponto de atingir seus direitos primordiais.

É mister afirmar que apenas a jurisdição<sup>4</sup> estatal não é capaz de solucionar todos os litígios existentes na sociedade. Em decorrência de tais acontecimentos, vem sendo trazido à tona sistemas alternativos de solução de conflitos, os quais recebem tal denominação pelo simples fato de ser o Poder Judiciário o único, até então, com o dever de solucionar os conflitos.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro garantir a manifestação da vontade das partes e preservar os chamados Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, constata-se a necessidade de propagação de tais tratamentos, nos quais os partícipes possam

---

3 Essa ideia pode ser melhor entendida quando Rousseau declara: O primeiro homem que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: "Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém!" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade social entre os homens*. Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. Brasília: Editora universitária de Brasília; São Paulo: Ática, 1989, p. 84).

4 OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial*. São Paulo: Atlas, 2013, p.10. O autor complementa dizendo que "cuida-se de função eminentemente estatal e traduz-se parcela da soberania do Estado, que comporta, também, a função legislativa e governamental, ou administrativa".

administrar suas demandas e, principalmente, enfrentar os conflitos de forma a promover a restauração do diálogo entre as partes, sustentando uma ordem jurídica mais coerente e justa. Percebe-se a importância de tais procedimentos e que ainda não se tornaram institutos populares, se comparado a outros países que adotam tais procedimentos.

Haver de proporcionar, à sociedade, informação e conhecimento acerca das soluções alternativas de conflitos, concedendo à população uma forma de resolver os seus litígios com mais eficácia e satisfação, além da intensidade do acesso à justiça e ao exercício da cidadania, não deixa dúvida à necessidade da divulgação dos propósitos da cultura de tais meios como remédio necessário e persuasivo. É preciso mudar a cultura do povo, sensibilizando-o para a utilização dos meios alternativos de resolução de contendas, buscando sempre, a cada dia, torná-los mais eficazes e com mais êxito.

## 2. A TUTELA JURISDICIONAL ESTATAL

Antes de se aprofundar no tema, se faz necessário esclarecer que o legislador nacional se preocupou em ver garantidos os direitos fundamentais na Constituição Federal. No Brasil, quem garante o cumprimento desses direitos é o Poder Judiciário, que pode ser acionado quando alguém ver ferido o seu direito. Por outro lado, tais garantias fundamentais funcionam, também, com o intuito de impor ou limitar a atividade do Poder Público no sentido de vir a resolver os conflitos inerentes aos direitos dos cidadãos.

A responsabilidade de resolver os conflitos é inerente ao grau de importância do Estado. Certamente, existe essa preocupação a mais com relação à responsabilidade do Estado, pois, desde o momento em que a harmonia social se vê comprometida, reconhece-se que nenhuma outra instituição se mostra em melhores condições de dirimir os litígios que o próprio Estado. Assim, adverte José Augusto Delgado<sup>5</sup>:

Ao Estado não é permitido criar nenhuma barreira que dificulte o acesso do cidadão ao Judiciário. Deve facilitar a atividade daqueles que procuram o órgão julgador, considerado na atualidade, como a última trincheira a ser ocupada para que se possa, com o uso dos instrumentos que a compõe, solucionar os ataques aos direitos individuais e coletivos.

A tutela jurisdicional é aquela em que o Estado toma para si o direito de resolver os conflitos e impor às partes o que foi decidido sobre a contenda. Este instituto surgiu com a proibição da autotutela, que era, por vezes, violenta, e com a organização dos povos, que entenderam ser melhor o Estado decidir as suas lides e, assim, restaurar a paz social. O procedimento judicial se faz útil para quando as partes não conseguem resolver seus próprios conflitos e precisam de alguém para lhes determinar a solução.

O acesso à justiça torna-se, portanto, um direito assegurado na Constituição Federal. É um requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. Segundo expõe Mauro Cappelletti<sup>6</sup>,

O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna

---

5 DELGADO, José Augusto. A arbitragem: Direito processual da cidadania. *REVISTA JURÍDICA*. São Paulo, 49, n. 282, p. 16, abril, 2001. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29776-1-PBpdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29776-1-PBpdf)> Acesso em: 29 out. 2017.

6 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 05.

processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Entretanto, considerando a necessidade que a sociedade carece neste âmbito e a quantidade de casos apresentados diariamente, chega a ser ambicioso pensar em uma sociedade à qual seja acessível o Poder Judiciário em prazo considerável. O trâmite moroso do Judiciário acaba por deixar as partes insatisfeitas pela demora ou até mesmo pelo resultado, o que leva a questionar se a Justiça realmente está a cumprir com a sua função.

É impertinente a afirmação de que a “menor quantidade importa, necessariamente, em melhor qualidade das decisões judiciais”. Nessa direção, Alfredo Bochi Brum<sup>7</sup> enfatiza que a “crise de acesso à justiça é mais ampla que a crise do acesso ao judiciário”, pois essa crise não está fundada na falibilidade ou carência dos julgadores, muitos considerados por ele “verdadeiros heróis”, mas,

(...) fundamentalmente, na falta de estrutura e recursos que, somados à geométrica progressão do número de demandas, tendem a se distanciar de uma solução rápida e efetiva à pacificação. E é justamente a ausência de mecanismos estatais capazes de minimizar sensivelmente essa distância um dos motivos que acabam por ratificar a referida crise<sup>8</sup>.

O que se tem de concreto na justiça estatal é a comprovada queda na qualidade dos serviços prestados, o acúmulo de processos nas pautas superlotadas de audiências, partes e advogados descontentes, além de juízes e servidores sobrecarregados de prazos.

É importante tal ressalva vez que se refere a algo extremamente preocupante e fatal, pois é facilmente constatável a insatisfação social a respeito da prestação jurisdicional. Em resumo, a sobrecarga em virtude do alto número de processos deixa o Poder Judiciário sobrecarregado<sup>9</sup>.

### 3. POLÍTICAS PÚBLICAS

O que se espera é que o poder judiciário possa desempenhar seu papel constitucional com maior celeridade e atender as demandas a ele impostas.

Assim, se faz necessário esse tópico para que se possa apresentar uma alternativa a essa realidade.

Então, após 1988, Constituição Federal de 1988, temos a figura do Estado Social com a Constituição Cidadã, trazendo em seu bojo os direitos fundamentais sociais<sup>10</sup> com um passo para acabar de uma vez com as desigualdades sociais até então existentes.

Difícil é chegarmos em um consenso do que seriam políticas públicas, contudo temos buscado amparo no conceito cunhada por Maria Paula Dallari Bucci<sup>11</sup> que assim define como sendo:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização

---

7 BRUM, Alfredo Bochi. *A arbitragem na seara dos conflitos coletivos e individuais de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

8 BRUM, Alfredo Bochi. *A arbitragem na seara dos conflitos coletivos e individuais de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

9 Conferir os dados em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

10 DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa direitos sociais e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

11 BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na Abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.) *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38.

de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>12</sup>.

Já para Reinado Dias e Fernanda Matos<sup>13</sup> que entendem como sendo políticas públicas a:

função primordial do governo uma primeira definição de política pública pode ser formulada como sendo o conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que garantem e permitem a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais<sup>14</sup>.

Muito tem se discutido sobre a possibilidade de uma solução diferente da que temos hoje ao tratarmos de políticas públicas, ou seja, segundo Osvaldo Canela Junior<sup>15</sup>,

[...] inúmeras afirmações foram realizadas, a fim de que se pudesse construir uma hipótese viável de solução para o problema proposto, a partir de uma linha clara de instrumentalismo substancial do processo. O nosso objetivo foi o de, unicamente, provocar a transição de pensamento para a abertura completa do sistema à proteção jurisdicional dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações.

Podemos notar que há um movimento que busca solucionar questões envolvendo políticas públicas de uma forma diferente da que hoje se aplica, ou seja, buscar meios alternativos de solução de conflitos para que a demanda possa atingir um resultado mais rápido.

Segundo Mário Procopiuck<sup>16</sup>, está firmado o consenso em torno “ das políticas públicas é que normalmente decorrem de situações em que a sociedade não consegue resolver por si só os problemas que lhe afetam coletivamente”.

Mas o mesmo autor afirma que apesar de não ser um instrumento simples de ser articulado, “a política pública se constitui em meio politicamente legitimado que permite a canalização de recursos, de esforços e de comportamentos para enfrentar problemas coletivos”<sup>17</sup>.

Quando o jurisdicionado busca guarida no poder judiciário, este nem sempre encontra a resposta de forma rápida, pois há uma infinidade de processos que tramitam em busca de uma solução.

---

12 Conferir também o conceito em: BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na Abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.) *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35 e, conferir o conceito pesquisado por Lia Cristina Campos Pierson, citando outros dois juristas assim como segue: “O conceito de políticas públicas é objeto de acirrados debates teóricos. O conceito mais conciso provavelmente é aquele de Thomas Dye, citado por Michael Howlett: \* “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”\*\* – esta definição é útil apenas na medida em que reforça a noção de que as políticas públicas são escolhas conscientes e não acidentes ou ocorrências acidentais; como decisões de governo excluindo os demais atores sociais com as empresas privadas e as organizações não governamentais com a finalidade de manter o status quo, o que, sob certos aspectos, são características das circunstâncias atuais. Esta abordagem ignora o processo de implementação das políticas públicas e os elementos implicados nessa ação” (\* HOWLETT, Michael. *Designing public policies principles and instruments*. New York: Routledge, 2011. p. 15. \*\* “What government chooses to do or not to do” (traduzimos). O conceito aparece em DYE, T. R. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs NJ: Prentice Hall, 1972, citado por Michael Howlett.). PIERSON, Lia Cristina Campos. Políticas Públicas, Opinião Pública e Agenda Setting, p. 156. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p.156-167.

13 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

14 E completa os autores assim dizendo que: “Outra definição de políticas públicas pode ser sintetizada da seguinte maneira: são as ações empreendidas ou não pelos governos que deveriam estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana”.

15 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.

16 PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

17 A política pública diz respeito, portanto, à mobilização político-administrativa para articular e alocar recursos e esforços para tentar solucionar dado problema coletivo. Nessa mobilização são levantadas possibilidades de solução, identificados e quantificados os custos, definido o escopo da ação para atacar total ou parcialmente o problema dentro de dada perspectiva temporal. Nesse processo de solução de problema, dependendo da sua amplitude e complexidade, pode haver a mobilização de grande número de recursos públicos, privados e da sociedade civil organizada. (PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138).

O poder judiciário age por provocação e esta pode ser o grande entrave junto ao grande número de processos, pois as suas decisões são *inter partes*, valendo apenas para os envolvidos, o que para Alessandra Gotti<sup>18</sup> é:

[...] o Poder Judiciário só age sob provocação e suas decisões, em tese, somente valem para o caso sub judice, as decisões que julgam conflitos distributivos – ou que, sob o pretexto de fazer justiça comutativa, estão de fato envolvidas em questões distributivas – acabam, na prática, gerando um tratamento desigual para aquele que não se socorreu do Poder Judiciário.

O problema do Estado está em resolver a demanda, contudo com a demora exagerada, cria-se outros problemas, pois um jurisdicionado recebe do poder judiciário o resultado e outro, com a mesma demanda, por ter acionado o judiciário tardiamente sofrerá as duras consequências da demora.

Alessandra Grotti<sup>19</sup> arremata:

Sem dúvida, a capacidade do órgão jurisdicional em impor suas decisões tem fundamental importância na dinâmica do sistema judicial, tendo em vista a inutilidade de uma decisão judicial que não consiga realizar seus resultados práticos e concretos. Todavia, não se pode tomar a positividade das decisões judiciais como atributo único para aferir a efetividade da tutela jurisdicional. Ela deve perseguir objetivos que se perfazem por outros meios e visam a outros fins, além da simples satisfação do interesse da parte reclamante.

Políticas públicas se tornou um direito do jurisdicionado, contudo a sua aplicação e implementação tem sido difícil, pois o poder Executivo nem sempre tem cumprido com seu papel constitucional.

Dessa forma, busca-se um novo conceito de políticas públicas que possa assegurar a melhor garantia daquele que busca amparo estatal, assim temos:

Políticas Públicas são reações a anseios sociais, por vezes, garantidos constitucionalmente, que por meio de normas e atos jurídicos são concretizados através de ações governamentais específicas que alcancem o fim pretendido.<sup>20</sup>

Tal conceito visa dar maior implementação de modo que se evite o poder judiciário para buscar a satisfação e alcance de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, especialmente àqueles chamados de mínimo existencial, sem os quais não há possibilidade de existência digna, o que seria plenamente ajustado com as questões envolvendo as soluções de conflitos, objeto do tópico seguinte.

#### **4. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Existe no mundo, e em cada ser humano, uma limitação pessoal que ele mesmo coloca, limite este que respeita o próximo a fim de que haja paz no ambiente em que vive. O Estado regula o social, mediante suas normas, para que cada indivíduo cumpra com sua

---

18 GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.178.

19 GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 181.

20 FERRI, Carlos Alberto. *Controle Judicial de políticas públicas como instrumento garantidor de direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2019, p. 61.



obrigação e respeite o direito alheio.

Assim, segundo Thomas Hobbes<sup>21</sup>, teria sido conquistado o chamado contrato social, isto é, um acordo para que haja renúncia unânime de práticas ofensivas entre as pessoas. Porém, nem o contrato social nem o Estado conseguem fazer com que a sociedade não entre em conflitos.

Um mecanismo sozinho não é capaz de solucionar qualquer conflito que possa surgir na sociedade, por isso é importante que existam todos os mecanismos de forma livre para escolha dos envolvidos. Dentre eles, destacam-se os meios heterocompositivos e os autocompositivos.

As formas heterocompositivas de solução de conflitos constituem-se da tutela jurisdicional estatal e, também, da arbitragem. Já a autocomposição é formada pela negociação, conciliação e a mediação, estas que são conhecidas, juntamente com a arbitragem, como métodos alternativos de solução de conflitos.

A arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/1996, se equipara ao processo judicial estatal, no qual a solução é proferida por um terceiro imparcial. A diferença é que no processo judicial as partes não escolhem o juiz e, no processo arbitral, as partes escolhem as leis e o árbitro, firmando um termo de compromisso. A arbitragem, “assim como a jurisdição (estatal), é um mecanismo de obtenção da heterocomposição, pois por ela um terceiro imparcial certifica o direito, caso existente, fixando a forma de sua exata satisfação”<sup>22</sup>.

A arbitragem constitui um meio alternativo de solução de controvérsias cujo objetivo é obter uma solução imposta por uma ou mais pessoas com poderes advindos de convenção privada. Nesta, não ocorre a intervenção estatal e a decisão dela oriunda assume a mesma eficácia de sentença judicial. A arbitragem não se confunde com mediação e conciliação, pois, o conciliador atua “na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro”<sup>23</sup>, já o mediador “busca neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos”<sup>24</sup>.

A arbitragem aparece, principalmente, no cenário do comércio internacional como sendo instituto jurisdicional autônomo e dotado de características próprias. Sua autonomia deriva do fato de não se confundir com outros meios de solucionar conflitos. É jurisdicional porque obrigatoriamente uma sentença resultará do processo arbitral, e a partir da sua natureza negocial, formas de instalação e desenvolvimento afere-se suas características próprias<sup>25</sup>.

Sua estrutura acoberta-se de três elementos básicos. Num primeiro momento, reveste-se da forma de contrato no qual as partes optam pela via arbitral para solucionar os litígios que sobrevierem. Num segundo momento, é um contrato firmado entre as partes e o árbitro e, por último, há uma série de normas de direito público regulando os requisitos da convenção.

A arbitragem traduz a característica fundamental do Estado Democrático de Direitos que é a liberdade, neste caso, mais precisamente, a liberdade de contratar. Tanto o é que, na arbitragem de direito, atribui-se às partes a escolha das normas jurídicas a serem aplicadas pelo árbitro.

---

21 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 112-113.

22 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

23 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 287.

24 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 287.

25 LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2.

Afirme-se, por fim, que na arbitragem de direito é livre às partes a escolha das normas jurídicas aplicáveis pelo árbitro, desde que não se infrinjam os bons costumes ou a ordem pública (art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem). Podem ainda as partes convencionar que o árbitro se pautará na solução da controvérsia pelos princípios gerais do direito, pelos usos e costumes (com toda certeza estes serão muito empregados nas lides comerciais, por ser notória a influência dos costumes sobre o direito comercial), ou pelas regras internacionais de comércio (art. 2º, § 2º, da Lei de Arbitragem). Trata-se de tema intimamente ligado à autonomia da vontade das partes, e que já gerou graves divergências doutrinárias, principalmente no campo do Direito Internacional Privado<sup>26</sup>.

O cerne deste instituto é, enfim, o recíproco reconhecimento entre partes, reconhecimento este que passa a ser o sentido e o fundamento do Direito. Deste modo, a sociedade não pode ser interpretada como algo casual, pois a harmonia, própria do ser humano, é a regra na qual a humanidade caminha naturalmente e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões.

Com este intuito, também, encontram-se as formas autocompositivas de solução de controvérsias.

Exalta-se os mecanismos para a obtenção da autocomposição pelo alto grau de êxito quanto (...) a rapidez, eficácia e baixo custo, bem como pela abrangência com que atinge bem tais resultados e pelo baixo grau de efeitos danosos colaterais.<sup>27</sup>

A forma autocompositiva direta de resolução de conflito é a negociação. Trata-se da maneira mais utilizada para administrar negócios e abordar questões conflitantes na sociedade. Negociação é um meio natural que o ser humano tem para obter uma pretensão. O interessado se apresenta a outra parte para tentar conseguir o que lhe é de interesse, podendo o outro oferecer alguma resistência ou, também, simplesmente aceitar a pretensão exposta. Quando há resistência à vontade, é natural que se inicie um diálogo negocial entre as partes.

O homem não deixa de agir conforme sua natureza humana e, por isso, procura o diálogo todas as vezes que o interesse da sociedade depender da satisfação de outrem para ser plenamente atendido<sup>28</sup>.

A negociação é o diálogo somente entre os envolvidos num conflito, com o objetivo de resolvê-lo de forma harmoniosa. A ideia da negociação é possibilitar o diálogo que antes não existia e conservar a relação a partir da resolução do conflito. O anseio é que as partes encontrem, por si mesmas, a solução para, então, manter a relação pacífica doravante.

Na negociação, a principal característica é a ausência de um terceiro para auxiliar na solução do conflito ou impor uma decisão final. Isso é o que distingue a negociação da mediação e conciliação, pois, nela, não existe a presença de um terceiro imparcial. As partes negociam entre elas mesmas. Pode, inclusive, ocorrer ajuda do advogado, mas este ficará do lado de uma das partes, não sendo imparcial.

Porém, por motivos pessoais, muitas vezes o diálogo não ocorre, restando vivo o

---

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009, p. 20.

27 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 154.

28 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113.

problema. Há, então a necessidade de se incluir um terceiro imparcial que tentará promover o diálogo para autocomposição. Nesta situação, encontra-se a conciliação e a mediação. Às vezes, se confunde mediação com conciliação em virtude do próprio litígio, além da matéria não ter definição específica na legislação vigente. Em ambas, o mediador e o conciliador procuram “realizar uma atividade essencialmente política, pois o seu papel não é de reativar, apenas, os meios de comunicação entre as partes litigantes”, mas, também, de observar as leis vigentes para manutenção da ordem pública<sup>29</sup>.

A conciliação pode ocorrer pré-processual ou processual, isto é, pode acontecer antes da propositura da ação no judiciário ou durante o andamento do processo. A conciliação extra ou pré-processual é importante, pois pode evitar o deslinde de um processo.

O setor de conciliação e mediação é de suma importância no gerenciamento do processo, pois auxilia o juiz, na medida em que recebendo um processo previamente estudado e no qual há possibilidade de composição, por meio de seus conciliadores e mediadores devidamente capacitados, conduz as partes à resolução do conflito<sup>30</sup>.

A conciliação trata-se de uma finalidade expressamente equiparada ao instituto da mediação. Mas, o propósito conciliativo contempla a resolução de controvérsias em matéria de consumo e em temas de relações bancárias, além de outras modalidades. Nelas, o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução encontrada e propõe os termos do acordo. Em geral, a conciliação é desenvolvida pelo próprio juiz ou por terceiro orientado pela doutrina jurídica, tendo por escopo apenas a solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas reclamações das partes.

Os tribunais têm instituído quadro de conciliadores com o objetivo de tentar resolver as demandas já propostas. A conciliação processual, assim como a mediação, pode ser feita em primeiro e segundo grau de jurisdição, ou seja, durante o processo judicial ou após a sentença de primeiro grau e seus recursos. Embora já possa ter havido, até ali, um “vencedor”, ainda existe um prazo para recurso, no qual poderá ser modificada a decisão. O tempo que ambas as partes precisariam esperar até uma decisão definitiva pode ser encurtado através da autocomposição delas. É de se destacar que a autocomposição nesses âmbitos do processo tem alcançado altos níveis de acordos.

Paralela à conciliação, a mediação corresponde certamente a determinadas finalidades de política legislativa. Diferentemente da conciliação, que tem por intuito consentir um acordo apenas sobre a base negocial de um conflito, a mediação constitui uma modalidade alternativa de resolução de controvérsias mediante a composição voluntária inicialmente da contrária posição das partes e, em um segundo momento, do negócio. A mediação dá a oportunidade de resolver litígios dentro do próprio Poder Judiciário só que de forma autocompositiva, dando às partes o protagonismo para lidar com o conflito. Trata-se de uma técnica socrática de busca da verdade.

O mediador dirige uma série de perguntas para fazer com que as partes reflitam e encontrem as respostas. É perguntando que ele consegue situar as partes sobre o porquê de estarem num conflito e como sair dele. Assim, o mediador não interfere na vontade dos mediandos, deixando livre a criatividade deles. As perguntas são capazes de organizar a mente sobre o passado e projetar para o futuro, pois geram reflexões. As perguntas devem

---

29 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

30 GROSMAM, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs.). *Mediação no judiciário: Teoria na prática*. Brasília: Primavera Editorial, 2011, p. 298.

ser dirigidas aos mediandos, a fim de que eles respondam para si mesmos se o que eles têm feito tem gerado benefícios ou não. Com indagações como essa, cada indivíduo tem condições de começar a refletir e passar a entender que, talvez, se continuarem com o foco errado, o objetivo principal não poderá ser atingido.

A mediação é um processo que objetiva conferir às pessoas envolvida a autoria, o protagonismo de suas decisões por meio da reflexão e de uma postura criativa frente aos problemas, explorando possibilidade de solução e ampliando alternativas em busca de um ambiente cooperativo<sup>31</sup>.

O mediador tem o papel de mudar o foco da animosidade para aquilo realmente interessa, e não manter o pensamento das partes sobre o quê cada uma acha que tem direito. Para isso, a única coisa que o mediador deve ter acesso, antes de iniciada a mediação, são informações básicas como o nome das partes, a identidade do litígio e se é processual ou pré-processual. O fato do mediador não conhecer do caso em seus detalhes, faz com que o clima de “perde-ganha” se afaste, pois quem fala são as próprias partes e, assim, vê-se um momento de desabafo.

Na mediação, não são utilizadas provas, não se verifica quem está certo e quem está errado. O mediador deve cuidar para que as partes não percam tempo fazendo acusações, já que o espaço de mediação não é de disputas. Assim, as falas na mediação não podem ser objeto de prova para o processo ou motivo para sua proposição. O foco da mediação é do diálogo, da composição, da colaboração e do bom senso.

Quando as pessoas falam, elas mesmas se ouvem e começam a notar que o problema pode ser visto de outros ângulos. Isso provoca bons resultados, resultados estes que vão além da simples resolução de conflito. O cerne da mediação se encontra no ouvir as partes e, por isso, o mediador deve ouvir as partes de maneira igual e de modo imparcial. O mediador apenas direciona as partes no sentido de que elas mesmas busquem as respostas das perguntas que, de fato, levam à solução da lide.

A mediação ultrapassa os problemas que a motivam, desocultando novos caminhos para a solução dos conflitos. São numerosas as vantagens da mediação, dentre elas a economia de recursos e, principalmente, de tempo, pois o problema pode ser resolvido em uma única sessão.

São inegáveis os benefícios que traz este meio alternativo que, ao compor o conflito, consegue, entre outras vantagens, obter rapidez, eficácia de resultados, redução do desgaste emocional, redução do custo financeiro, garantia de privacidade, de sigilo, redução da duração, redução da reincidência de litígios, maior facilitação da comunicação, promoção de ambientes mais colaborativos, melhoria dos relacionamentos e maior compromisso das partes em cumprir acordo por elas constituído<sup>32</sup>.

Na mediação, portanto, o que importa é resolver a lide e manter as relações de modo a não seguir mais com o conflito. Os conflitos não envolvem somente os mediandos, mas também a família e filhos, dependendo do caso. Esse fato faz da mediação um mecanismo ainda mais importante, pois o mediador conduz as pessoas, principalmente por meio de perguntas, à reflexão sobre o seu conflito e o que necessitam para resolvê-lo. Sem a ajuda

---

31 GROSAMAM, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs.). *Mediação no judiciário: Teoria na prática*. Brasília: Primavera Editorial, 2011, p.182.

32 SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem, conciliação, mediação nos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004, p.216.

de um mediador as reflexões poderiam nunca existir.

Como exemplo, a mediação familiar é importante por tentar manter os laços familiares e a relação pais e filhos. Já a mediação social implica na gestão de conflitos advindos de vizinhos e comunidades.

A mediação escolar realiza-se com sucesso a muitos anos em diversos países (...). Proporciona que os jovens sejam conscientes da importância das regras de convivência, mediante o reconhecimento da possibilidade de existirem outras razões, diversas da própria, mas igualmente válidas, que merecem ser acolhidas e respeitadas<sup>33</sup>.

No dia-a-dia, é muito comum a mediação de maneira informal, onde parentes, pastores ou amigos se posicionam entre as partes para ajuda-los a negociar. Esse terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem a um acordo, aproximando-as novamente, diferentemente da jurisdição tradicional que afasta as pessoas, tornando-as quase inimigas na busca da melhor solução para si. A mediação não se ocupa em criar um vencedor ou perdedor, mas, sim, criar uma solução para sanar as necessidades. Não existe parte vencedora, pois não há competição.

O principal objetivo da mediação é direcionar o conflito entre as partes para um final feliz, devendo ser observados os princípios que a regem. Mediação, na linguagem doutrinária, é entendida como os bons ofícios empregados em um país cuja cultura não seja a de conflitos, mas de paz social.

Se essa é uma alternativa significativa para que se busque a paz social, em tempos de pandemia não podemos desprezar essa ferramenta eficaz que se possa resolver os mais diversos litígios decorrentes do viver em sociedade, especialmente os litígios oriundos ou potencializados pela COVID-19.

Isso se mostra tão importante que há uma plataforma<sup>34</sup> de conciliação destinadas a demandas relacionadas a COVID-19.

Essa plataforma, chamada de plataforma interinstitucional, foi desenvolvida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) e atende as diversas demandas envolvendo a COVID-19, especialmente, os casos de auxílio emergencial.

Por fim, essa iniciativa, “é um espaço de diálogo e articulação entre os cidadãos, o Poder Judiciário, os órgãos e entidades públicas, servindo como meio para a obtenção de acordos que se revelem mais adequados à natureza das políticas públicas sanitárias”<sup>35</sup>, o que mostra, o compromisso com as demandas a celeridade necessária para se resolver uma demanda.

## 5. CONCLUSÃO

A carta Constitucional garante proteção e implementação de direitos, especialmente os direitos fundamentais.

A busca por esta concretização se dá hoje por meio das políticas públicas que deveriam ser implementadas pelo poder Executivo que, através de sua administração, tem condições de identificar, mapear e apresentar um plano de governo capaz de atender o anseio da sociedade.

---

33 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

34 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-de-conciliacao-de-demandas-sobre-covid-19-atende-mais-de-800-casos/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

35 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-de-conciliacao-de-demandas-sobre-covid-19-atende-mais-de-800-casos/>. Acesso em: 12 dez. 2020.



O jurisdicionado, pela inércia ou omissão do poder executivo tem buscado o poder judiciário para resolver seus anseios, porém, o poder judiciário está sobrecarregado e tem demorado na resolução de suas demandas, e, em tempos de pandemia, mais demandas surgiram.

É nesse contexto que os meios alternativos de solução de conflitos têm se apresentado como sendo uma possibilidade real e eficaz para que a demanda seja resolvida de maneira rápida e que atenda a expectativa dos envolvidos, basta conferirmos a iniciativa do TRF 3, que criou uma plataforma destinada a resolução de conflitos envolvendo a COVID-19.

Isso tudo se dará de maneira satisfatória, pois a resolução do conflito é construída pelas partes envolvidas e, assim, cada qual sabe do seu limite e até onde pode ir com o acordo construído, especialmente, em tempos de pandemia, garantindo-se também, com essa medida, a contenção da expansão da pandemia.

Lembrando que as políticas públicas podem se tornar uma excelente ferramenta capaz de minimizar os diversos conflitos do convívio em sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRUM, Alfredo Bochi. *A arbitragem na seara dos conflitos coletivos e individuais de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.) *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38-88.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem: Direito processual da cidadania. *Revista jurídica*. São Paulo, 49, n. 282, p. 5-18, abril, 2001. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29776-1-PBpdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29776-1-PBpdf). Acesso em: 29 out. 2017.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa direitos sociais e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89-113.

FERRI, Carlos Alberto. *Controle Judicial de políticas públicas como instrumento garantidor de direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2019.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174-202.

GROSMAM, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs). *Mediação no judiciário: Teoria na prática*. Brasília: Primavera Editorial, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Marlins Fontes, 2003.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIERSON, Lia Cristina Campos. Políticas Públicas, Opinião Pública e Agenda Setting, p. 156. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 156-167.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade social entre os homens*. Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. Brasília: Editora universitária de Brasília; São Paulo: Ática, 1989.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem, conciliação, mediação nos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial*. São Paulo: Atlas, 2013.

---

**Recebido em:** 31.08.2020

**Aprovado em:** 15.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Alberto. Políticas públicas como incentivo à solução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.353-365, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-22.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# AS CLÁUSULAS MULTI-ETAPAS E HÍBRIDAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO SOLUÇÃO PARA TEMPOS DE INCERTEZAS: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO

## THE MULTI-TIERED AND HYBRID CLAUSES OF CONFLICT RESOLUTION AS A SOLUTION TO TIMES OF UNCERTAINTY: SOME EXPERIENCES OF COMPARATIVE LAW

Daniel Brantes Ferreira<sup>1</sup>  
Cristiane Junqueira Giovannini<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo possui como objetivo geral analisar a aplicação e utilização das cláusulas híbridas e escalonadas no Brasil e no mundo. Portanto, trata-se de um recorte metodológico temático com análise do tema sob um viés prático e teórico. Sendo assim, dissertamos sobre a utilização das cláusulas híbridas no Brasil e sobre modalidades híbridas e escalonadas em instituições de arbitragem e mediação internacionais de países como Singapura (SIAC-SIMC), Estados Unidos (AAA e AAA-ICDR) e Suécia (SCC). Além disso, tratamos também da utilização das cláusulas híbridas na legislação australiana. Portanto, o artigo estabelece um estudo de direito comparado sobre a temática eleita através de um viés crítico. Finalmente demonstraremos a importância da adoção desta modalidade de cláusula de solução de conflitos em tempos de incertezas e pandemia.

**Palavras-chaves:** arbitragem; cláusulas escalonadas; cláusulas híbridas; mediação; soluções alternativas de disputa.

**ABSTRACT:** The article's general objective is to analyze the application and use of hybrid and multi-tiered clauses in Brazil and worldwide. Therefore, it is a thematic, methodological approach with an analysis of the theme from a practical and theoretical perspective. Consequently, we write about the use of hybrid clauses in Brazil and mixed and multi-step clauses in international arbitration and mediation institutions in countries such as Singapore (SIAC-SIMC), the United States (AAA and AAA-ICDR), and Sweden (SCC). Besides, we also deal with the use of these clauses in Australian legislation. In short, the article establishes a study of comparative law through a critical bias. Finally, we will demonstrate the importance of adopting this type of conflict resolution clause in times of uncertainty and pandemic.

**Keywords:** alternative dispute resolution; arbitration; hybrid clauses; mediation; multi-tiered clauses.

---

1 Pós-Doutor em Direito Processual Civil pela UERJ. Doutor em Direito pela PUC-Rio. Vice-Presidente de Assuntos Acadêmicos do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Editor-Chefe da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR). Professor de Direito da UCAM, EMERJ e AMBRA University. Pesquisador do The Baldy Center for Law & Social Policy (University at Buffalo Law School). Advogado e árbitro.

2 Doutora em Administração de Empresas pela PUC-Rio. Pesquisadora Associada do Núcleo de Pesquisa em Negócios Internacionais (NUPIN). Consultora em Marketing Digital e Estratégia de Marketing.

## 1 INTRODUÇÃO

As partes dentro do sistema multiportas podem optar por distintos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Tais mecanismos são compostos por variadas modalidades autônomas tais como negociação, mediação, *early neutral evaluation*, *mini-trial*, e como último recurso a forma heterônoma de solução de conflitos que é a arbitragem. Nesta o árbitro, um terceiro imparcial e independente, prolata uma sentença que em regra é final e vinculante.

A arbitragem nasce do exercício da autonomia (assim como as outras formas alternativas de solução de conflito) da vontade das partes que optam por inserir uma convenção arbitral (cláusula compromissória) em seu contrato. Por sua vez, uma cláusula contratual de solução de disputas que prevê a utilização de vários mecanismos distintos é denominada de cláusula escalonada ou cláusula multi-etapas (*multi-tiered* ou *multi-step dispute resolution clause*). Já uma cláusula de solução de disputas híbrida prescreve apenas uma etapa prévia (em regra a mediação) à instauração da arbitragem (por exemplo, a cláusula med-arb).

No entanto, a flexibilidade extraída da autonomia da vontade das partes e a busca das instituições de soluções de disputas para oferecerem serviços que se adequem cada vez mais aos complexos conflitos e a partes cada vez mais exigentes (e muitas vezes múltiplas partes em um mesmo procedimento) tem acarretado no surgimento de novas modalidades de solução de conflitos principalmente na seara internacional.

Além disso, em tempos de grave crise econômica causada pela COVID-19 a solução célere dos conflitos tornou-se essencial. As partes aprenderam que as formas autônomas de solução de conflitos, tais como negociação e mediação, podem dar uma resposta mais imediata e necessária em tempos incertos. Portanto, quem possuía cláusulas híbridas ou escalonadas em seus contratos sem dúvida fez bom uso da negociação ou mediação. Em suma, a sociedade se conscientiza cada vez mais da importância da mediação.

O artigo possui como objetivo geral analisar a aplicação e utilização das cláusulas híbridas e escalonadas no Brasil e no mundo. Além disso, temos os seguintes objetivos específicos: 1. Demonstrar as melhores práticas na elaboração de cláusulas de solução de disputas; 2. Analisar o status da utilização das cláusulas híbridas no Brasil; 3. Analisar duas modalidades de solução de conflitos utilizadas na arbitragem e mediação internacional pelo *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* conjuntamente com o *Singapore International Mediation Centre (SIMC)*<sup>3</sup> e pela *American Arbitration Association (AAA)* e, principalmente, de seu braço internacional a *American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution (AAA-ICDR)*. 4. Analisar as experiências da Austrália e do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (*SCC - Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*).

Utilizamos no artigo apenas fontes de consulta primárias e uma abordagem teórico-prática uma vez que consultamos artigos científicos, manuais sobre a temática e regulamentos de arbitragem e mediação de instituições nacionais e internacionais.

Em suma, como hipótese tratamos de observar experiências internacionais relevantes na utilização das cláusulas híbridas ou escalonadas para concluirmos sobre suas funcionalidades. Portanto, o trabalho possui um viés de direito comparado. O recorte metodológico, por sua vez, quedou-se na análise das cláusulas de solução de conflitos híbridas e escalonadas no Brasil e nos países mencionados.

---

<sup>3</sup> O SIAC/SIMC tem aplicado a modalidade denominada ARB-MED-ARB (AMA Protocol) e a AAA-ICDR tem aplicado a mediação concorrente, e não prévia, com a arbitragem. O AMA Protocol pode ser baixado no próprio site da SIMC. Vide: <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

## 2 MELHORES PRÁTICAS NA ELABORAÇÃO DE CLÁUSULAS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

A convenção de arbitragem, que possui como requisito essencial a forma escrita, é gênero que se subdivide em duas espécies (art. 3º da Lei 9.307/96): cláusula compromissória (art. 4º da Lei 9.307/96) e compromisso arbitral. A cláusula compromissória é estabelecida em contrato com a finalidade de selecionar a modalidade de solução de uma disputa futura e incerta (ou seja, a disputa ainda não surgiu). O compromisso arbitral (art. 9º da Lei 9.307/96) somente será necessário caso as partes não tendo estipulado uma cláusula compromissória em contrato optem, após a deflagração do conflito, pela via arbitral (podendo também optarem por uma modalidade escalonada ou híbrida tal como a neg-med-arb ou med-arb). O compromisso arbitral também possui a função de complementação ou esclarecimento de uma cláusula compromissória em branco (que não estipula principalmente a forma de nomeação do árbitro ou tribunal arbitral) ou patológica (defeituosa) podendo ser judicial (art. 6º e 7º da Lei 9.30-7/96) ou extrajudicial.

A cláusula compromissória, nos termos do art. 8º da Lei de Arbitragem, é autônoma<sup>4</sup> em relação ao contrato subjacente (trata-se da doutrina da separabilidade).<sup>5</sup> Ou seja, o contrato poderá ser nulo ou anulável que a via escolhida para solução da disputa continuará prevalecendo.

Uma convenção de arbitragem mal elaborada pode ter consequências financeiras graves e pode acarretar dispêndio de tempo valioso.

Por sua vez, uma cláusula compromissória bem elaborada deve possuir as seguintes características: 1. Possuir clareza quanto a solução de disputa escolhida; 2. Especificar o local da arbitragem; 3. Especificar a lei aplicável; 4. Versar sobre a qualificação exigida dos árbitros e sobre a forma de nomeação; 5. Especificar a língua que será utilizada no procedimento arbitral; 6. Afirmar se haverá confidencialidade e, em caso afirmativo, se esta será integral ou parcial; 7. Especificar o escopo de competência dos árbitros, ou seja, que questões deverão ser decididas na arbitragem. São as chamadas *carve-out clauses* onde as partes decidem encaminhar certos tipos de disputa ao Judiciário e outras disputas ao tribunal arbitral limitando assim a competência dos árbitros na convenção arbitral.<sup>6</sup>

As partes sempre poderão fazer a escolha mais segura que é optar pelas cláusulas compromissórias modelo (padrão) de provedores de arbitragem conceituados nacionais e internacionais. Todos possuem modelos de cláusulas compromissórias suscintos que fazem remissão às suas próprias regras procedimentais.<sup>7</sup> No entanto, cabe às partes, ou ao menos

4 O tema já foi analisado pelo STJ, vejamos: Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória - em não se tratando de contrato de adesão -, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam. (STJ, REsp 1569422/RJ, Terceira Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 20.05.2016).

5 A Corte de Cassação francesa afirmou a doutrina da separabilidade pela primeira vez em 1963 ao afirmar, no caso conhecido como Gosset, que em matéria de arbitragem internacional o compromisso arbitral firmado em apartado ou inserido em contrato a que se refere gozará sempre de completa autonomia jurídica, exceto em circunstâncias que possam afetar sua própria validade. (Cour de Cassation, Primeira Câmara Civil, 7 de maio de 1963, Publicação nº 246, Caso Gosset). De acordo com esse princípio da *autonomie juridique* ou de *rattachement* sustentado pelas cortes francesas a validade da cláusula compromissória é independente de qualquer lei nacional e baseia-se em regras internacionais independentes substantivas e materiais. Ou seja, fazem uma interpretação bem extensiva para a autonomia da cláusula compromissória.

6 As partes podem também fazer uso das *Carve-out Clauses* onde há uma grande diversidade de tipos de disputas oriundas de um mesmo contrato. Tal cláusula terá a função de separar uma disputa do procedimento de resolução de disputas principal lidando com esta de forma diferenciada e individualizada. A forma mais comum de cláusula *carve-out* (que significa esculpir) é a cláusula de determinação de perito (*Expert determination*). Na *expert determination* as partes nomeiam perito para decidir sobre questões previamente definidas. A decisão do expert não é executável tal como a sentença arbitral, no entanto, geralmente gera obrigação contratual entre as partes que deverão cumpri-la.

7 Vide, por exemplo, a cláusula padrão de arbitragem da CCI (Câmara de Comércio Internacional): Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 17 jul. 2020.



ao representante legal delas, conhecer o regulamento de arbitragem e de outras formas de solução de conflitos para assim fazer uma escolha informada do provedor de ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Uma escolha equivocada pode aumentar consideravelmente o custo do procedimento. Mesmo fazendo uso de uma cláusula padrão as partes são livres para adaptá-la levando em conta as particularidades do conflito.<sup>8</sup>

Ao pactuarem uma cláusula de solução de disputas híbrida ou escalonada as partes devem ser ainda mais cautelosas. Uma cláusula escalonada típica requer que as partes realizem, de forma prévia à arbitragem, discussões amigáveis (negociação), seguida de uma mediação ou outra modalidade de ADR e, por último, culminando na arbitragem.

Como principais vantagens da utilização das cláusulas escalonadas temos, por exemplo: 1. Menor custo e maior celeridade do que recorrer diretamente a um procedimento arbitral; 2. A possibilidade de solução de conflito através de mecanismos autônomos (mecanismos não adversariais). 3. O formato de solução de conflitos por camadas ou etapas pode prover uma etapa que seja mais adequada para solução de conflitos complexos; 4. A mediação, etapa prévia da arbitragem, também é confidencial e geralmente realizada por profissional distinto do árbitro, ou seja, as informações ali reveladas não serão de conhecimento do árbitro caso as partes não alcancem um acordo; 5. As várias etapas possibilitam as partes refletirem sobre os fatos que geraram a disputa (*contractual cooling-off period*) e assim alcançam uma visão mais realista sobre uma possível solução mesmo que seja na arbitragem; 6. As várias etapas podem gerar maior *rapprochement* entre as partes e, por conseguinte, uma melhor relação.<sup>9</sup> Isso se torna essencial se as partes possuem uma relação comercial continuada que desejam preservar.

As principais desvantagens do uso das cláusulas escalonadas surgem quando estas são elaboradas de forma equivocada.<sup>10</sup> As etapas previstas devem, portanto, ser elaboradas de forma detalhada e clara para que possibilitem a efetivação de um acordo. Além disso, quando as partes estão entrincheiradas em suas posições negociais e não há possibilidade de acordo as etapas de negociação e mediação podem significar dispêndio desnecessário de tempo e, portanto, recursos.

Para evitar atrasos desnecessários na solução do conflito as partes devem idealmente especificar o período de cada fase prévia à arbitragem (por exemplo, a mediação durará 6 semanas e, não sendo possível o acordo, terá início a arbitragem).<sup>11</sup> Portanto, sendo ineficiente a mediação, por exemplo, ao final do período estipulado a disputa será automaticamente encaminhada para a arbitragem (a não ser que ocorra acordo entre as partes para continuarem naquela etapa).

8 Vide, por exemplo, recomendação do regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI: As partes são livres para adaptar a cláusula de acordo com as circunstâncias particulares. Por exemplo, podem querer estipular o número de árbitros, uma vez que o Regulamento de Arbitragem contém uma presunção em favor de um árbitro único. Pode ser desejável, também, que as partes estipulem o idioma e a sede da arbitragem e a lei aplicável ao mérito do litígio. O Regulamento de Arbitragem não limita a liberdade de escolha das partes quanto ao idioma e sede da arbitragem e à lei aplicável ao contrato. A adaptação da cláusula deve ser feita com cuidado, a fim de evitar qualquer risco de ambiguidade. Cláusulas com textos ambíguos causam insegurança e atrasos e podem prejudicar, ou até mesmo comprometer, o processo de resolução de litígio. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

9 TOMIC, Katarina. Multi-tiered dispute resolution clauses: Benefits and drawbacks. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, pp. 360-370.

10 Em regra, o equívoco na elaboração da cláusula não ocorre quando as partes recorrem a serviços de solução de conflitos de instituições reconhecidas. A American Arbitration Association – AAA, por exemplo, disponibiliza um guia prático de elaboração de cláusulas de solução de disputas. Disponível em: [https://www.adr.org/sites/default/files/document\\_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf). Acesso em: 26 jun. 2020. Para um ranking das instituições de arbitragem reconhecidas no Brasil vide: <https://www.leadersleague.com/pt/rankings/resolucao-de-conflitos-ranking-2020-camaras-de-arbitragem-brasil>. Acesso em: 26 jun. 2020.

11 A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) enuncia em seu art. 22, I, que as partes deverão estipular prazo mínimo e máximo para realização da primeira reunião de mediação. No entanto não estabelece o tempo de duração do procedimento de mediação que fica, portanto, ao alvitre das partes.

### 3 AS CLÁUSULAS HÍBRIDAS NO BRASIL

As cláusulas de solução de conflitos híbridas (med-arb) já são amplamente aplicadas pelos principais provedores de arbitragem do Brasil tais como CAM-CCBC<sup>12</sup>, CAMARB<sup>13</sup> e CBMA.<sup>14</sup>

O art. 23 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) versa especificamente sobre a cláusula híbrida de solução de conflitos, ou seja, nesta hipótese o árbitro ou o magistrado deverão suspender a arbitragem ou a ação judicial até o implemento da mediação com exceção da prática de medidas urgentes (parágrafo único do mesmo dispositivo e art. 300 do CPC). O art. 29 da Lei de Mediação, por sua vez, incentiva a mediação isentando as partes das custas finais se o conflito for solucionado antes da citação do réu.

Ressalte-se que a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) veda expressamente a atuação do mediador como árbitro no mesmo procedimento (art. 7º) em prol da confidencialidade uma vez que, nos termos do *caput* do art. 30 da Lei 13.140/2015, as informações relativas ao procedimento de mediação não poderão ser reveladas em procedimento arbitral salvo consentimento das partes. Em outros países, em regra, apenas não se recomenda a atuação do mediador como árbitro, porém, não há vedação legal. Por vezes há até incentivo legal para tal atuação como na Lei de Arbitragem Doméstica de Singapura.<sup>15</sup>

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) não menciona a mediação, porém, em seu art. 21 § 4º afirma que o árbitro deverá tentar a conciliação das partes no início do procedimento. Caso tal acordo ocorra o árbitro ou tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, registrar o acordo por sentença arbitral, ou seja, homologará o acordo por sentença arbitral nos termos do art. 28 da Lei de Arbitragem.

Importante frisar que mesmo na homologação de acordo por sentença o árbitro deverá respeitar os limites estabelecidos para sua atuação na convenção arbitral bem como tal sentença deverá conter os requisitos obrigatórios da sentença arbitral estabelecidos no art. 26 da Lei de Arbitragem. O acordo poderá ser parcial, homologando-se por sentença apenas o quanto ajustado consensualmente, prosseguindo-se ao procedimento para a solução do restante do conflito.

Alguns autores consideram a tentativa de conciliação obrigatória sob pena de nulidade do procedimento arbitral.<sup>16</sup> Apesar do entendimento consideramos que a conciliação é mera sugestão legal ao árbitro, portanto, fica ao alvitre de seu julgamento de conveniência.<sup>17</sup>

12 Vide modelo de cláusula escalonada da CAM-CCBC em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

13 Vide modelo de cláusula escalonada da CAMARB em: <http://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

14 Vide modelo de cláusula escalonada do CBMA em: [http://www.cbma.com.br/clausula\\_comprom\\_arb\\_1](http://www.cbma.com.br/clausula_comprom_arb_1). Acesso em: 26 jun. 2020.

15 Vide, por exemplo, a Lei de Arbitragem Doméstica de Singapura de 2002 (Arbitration Act) que em sua Section 63 autoriza expressamente o árbitro a atuar como mediador caso nenhuma das partes tenha manifestado contrariedade. De outra sorte, também não há objeção, nos termos da Section 63 (4) que o mediador se torne árbitro. Consoante a Section 63 (3) o árbitro poderá inclusive revelar as informações que considerar relevantes obtidas no procedimento de mediação no procedimento arbitral. Vejamos a Section 63 do Singapore Arbitration Act (Chapter 10): Power of arbitrator to act as mediator - 63.—(1) If all parties to any arbitral proceedings consent in writing and for so long as no party has withdrawn his consent in writing, an arbitrator may act as a mediator. (2) An arbitrator acting as a mediator — (a) may communicate with the parties to the arbitral proceedings collectively or separately; and (b) shall treat information obtained by him from a party to the arbitral proceedings as confidential, unless that party otherwise agrees or unless subsection (3) applies. (3) Where confidential information is obtained by an arbitrator from a party to the arbitral proceedings during mediation proceedings and those proceedings terminate without the parties reaching agreement in settlement of their dispute, the arbitrator shall before resuming the arbitral proceedings disclose to all other parties to the arbitral proceedings as much of that information as he considers material to the arbitral proceedings. (4) No objection shall be taken to the conduct of arbitral proceedings by a person solely on the ground that that person had acted previously as a mediator in accordance with this section; (5) For the purposes of this section and section 62 — (a) any reference to a mediator shall include a reference to any person who acts as a conciliator; (b) any reference to mediation proceedings shall include a reference to conciliation proceedings. Disponível em: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001?Provids=P1X-#pr63->. Acesso em: 20 jul. 2020.

16 Aponta Scavone que em interpretação sistemática, pensamos que a ausência da tentativa de conciliação pelo árbitro implicará nulidade do procedimento arbitral, desde que a parte que pretenda alegar o vício tenha se insurgido na primeira oportunidade que tiver para falar, nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem. (SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.146).

17 Carmona, acertadamente, discorda de tal posição e afirma que apesar da forma imperativa adotada pelo legislador (competirá ao árbitro tentar a conciliação), deve-se ler o §4º em tela como mera sugestão ao árbitro, que pode segui-la ou não de acordo com o que julgar conveniente. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 303).

A flexibilidade do procedimento arbitral e o controle pleno do árbitro sobre ele nos faz interpretar a tentativa de conciliação como mera sugestão. Nesse sentido, os regulamentos dos órgãos arbitrais nacionais concedem liberdade ao tribunal arbitral na tentativa de conciliação.<sup>18</sup>

Portanto, devido a legislação vigente em nosso país, ao incentivo do STJ à arbitragem<sup>19</sup> e às outras formas extrajudiciais de solução de conflitos, aos regulamentos dos principais provedores de solução de conflitos e em observância ao preâmbulo da CFRFB/88 (que expressamente menciona que o Brasil possui como primado a solução pacífica das controvérsias) podemos afirmar que as formas híbridas e escalonadas de solução de conflitos já possuem aplicação notória em nosso país. A tendência é de crescimento por se tratar de formas mais eficientes, seguras e menos onerosas.

#### **4 AAA (ARBITRAGEM DOMÉSTICA NOS EUA) E AAA-ICDR (ARBITRAGEM INTERNACIONAL) – MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CONCORRENTES**

Em 01 de outubro de 2013, a *American Arbitration Association – AAA* incluiu em seus regulamentos de arbitragem comercial e de arbitragem no setor de construção civil a *Rule 9*<sup>20</sup> e a *Rule 10*<sup>21</sup> respectivamente. Em breves linhas, incluiu a realização da mediação obrigatória de forma concorrente ao procedimento arbitral (para casos com valor em disputa superiores a U\$ 75.000 na arbitragem comercial e U\$ 100.000 para casos de construção civil). Contudo, há a possibilidade de as partes optarem pela não aplicação de tal regra (*opt out*) notificando previamente a instituição e a outra parte. A *Rule 9* e *Rule 10* ressalvam que o mediador não poderá ser indicado também como árbitro para o caso.

Tal regra foi estendida para a arbitragem comercial internacional com a inserção do *Article 5*<sup>22</sup> no regulamento da AAA-ICDR (braço internacional da AAA fundado em 1996) em 01 de junho de 2014 que traz a mesma dinâmica praticada na arbitragem doméstica.

A principal vantagem de a mediação transcorrer paralelamente ao procedimento arbitral é o fato de evitar atrasos no procedimento uma vez que o mediador pode ser nomeado de forma célere sendo inclusive possível atingir um acordo antes mesmo da instauração do painel arbitral. Outra vantagem é o fato do mediador poder sugerir acordos

18 O regulamento de arbitragem da CAMARB enuncia em seu item 8.1 que assinado o Termo de Arbitragem, o Tribunal Arbitral tentará, na forma que estabelecer, a conciliação das partes. Regulamento de Arbitragem da CAMARB. Disponível em: <<http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>>. Acesso em: 20 jul. 2020. O CBMA aborda a temática no item 14.8 de seu regulamento de arbitragem ao informar que se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos constantes do item 14.5 supra. Regulamento de arbitragem do CBMA disponível em: <[http://www.cbma.com.br/regulamento\\_1](http://www.cbma.com.br/regulamento_1)>. Acesso em: 20 jul. 2020. O CAM-CCBC aborda o tema no item 10.8 de seu regulamento de arbitragem ao afirmar que se, durante o procedimento arbitral, as partes transigirem, pondo fim ao litígio, o Tribunal Arbitral, a pedido das partes, homologará tal acordo mediante sentença arbitral. Regulamento de arbitragem da CAM-CCBC disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

19 Vide decisão do STJ: “(...) o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos (...)”. (STJ, Segunda Seção, CC n.111230/DF, Ministra Rel. Nancy Andriighi, DJe 03.04.2014).

20 Vide Rule 9 do regulamento de arbitragem comercial da AAA em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26.06.2020. R-9. Mediation. In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$75,000, upon the AAA’s administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA’s Commercial Mediation Procedures, or as otherwise agreed by the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm the completion of any mediation or any decision to opt out of this rule to the AAA. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case.

21 Vide Rule 10 do regulamento de arbitragem no setor de construção civil da AAA em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26 jun. 2020. R-10. Mediation. In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$100,000, upon the AAA’s administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA’s Construction Mediation Procedures, or as otherwise agreed by the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, unless the parties’ agreement includes a requirement for mandatory mediation, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm to the AAA the completion of any mediation or any decision to opt out of this rule. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case.

22 Vide Article 5 do regulamento de arbitragem da AAA-ICDR em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26.06.2020. Article 5: Mediation Following the time for submission of an Answer, the Administrator may invite the parties to mediate in accordance with the ICDR’s International Mediation Rules. At any stage of the proceedings, the parties may agree to mediate in accordance with the ICDR’s International Mediation Rules. Unless the parties agree otherwise, the mediation shall proceed concurrently with arbitration and the mediator shall not be an arbitrator appointed to the case.

parciais, ou seja, acordos de apenas algumas questões envolvidas na disputa, reduzindo assim o escopo da arbitragem e, portanto, resultando em custo menor no procedimento (principalmente no que tange a produção probatória).<sup>23</sup>

Outro fator de peso na utilização da mediação concorrente e mandatária é o fato de que nenhuma das partes ficará rotulada como tendo uma posição desfavorável no caso concreto simplesmente por ter a iniciativa de sugerir a mediação. Nessa hipótese abrir-se-ia uma janela no procedimento arbitral para o transcorrer das sessões de mediação (Arb-Med). A AAA-ICDR afirma que desde o início da vigência da *Rule 9* e *Rule 10* o número de acordos prévios à sentença arbitral aumentou.<sup>24</sup>

Uma das razões para o aumento do número de acordos talvez não seja a mera existência das sessões de mediação concorrentes ao procedimento arbitral, mas sim porque as partes já ingressem na disputa com o caso mais preparado para mediação e mais dispostas ao diálogo, ou seja, menos armadas para o litígio arbitral.

Outra grande vantagem dos procedimentos internacionais concorrentes é a possibilidade de homologar o acordo realizado na mediação por sentença arbitral (*consent award*) trazendo exequibilidade ao mesmo em todos os países signatários da Convenção de NY.

Em 2019, a AAA-ICDR teve um total de 9.737 casos com ambas as partes pessoas jurídicas (B2B) com 22% dos casos terminando em acordo. Em 2018<sup>25</sup>, em 8.983 casos apenas 10.9% culminaram em acordo. No entanto, apesar do claro crescimento de acordos nas arbitragens os relatórios não detalham o número de casos em que de fato ocorreu a mediação concorrente com a arbitragem podendo, portanto, ser acordos realizados durante o próprio procedimento arbitral ou através de modalidades híbridas como arb-med ou med-arb.

## 5 ARB-MED-ARB E O PROTOCOLO AMA DO SIAC-SIMC

Em 05 de novembro de 2014 foi inaugurado o *Singapore International Mediation Centre (SIMC)* e ao mesmo tempo foi lançado o *Arbitration-Mediation-Arbitration (Arb-Med-Arb) Protocol (AMA Protocol)* que se trata de acordo com a *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* estabelecida em 1991.

A cláusula ARB-MED-ARB<sup>26</sup> trata-se de uma engenhosa solução encontrada pelas duas instituições para evitar os possíveis problemas dos processos híbridos de Med-Arb ou Arb-Med tais como: a) as partes conduzirem o procedimento de mediação como uma *mini-arbitragem* gerando gastos e dispêndio de tempo; b) ocorrendo um acordo, as partes obtém um termo de acordo de mediação que só terá a mesma exequibilidade que uma sentença arbitral na esfera internacional quando a Convenção de Singapura de 2019 atingir os mesmos países signatários da Convenção de NY<sup>27</sup> de 1958. c) é questionável, nas jurisdições internas, se um acordo

23 GALLOWAY, PD. et al. Dispute Resolution Under FIDIC - The Parties' Options. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, nº 7, 2012, p. 10.

24 Vide: [https://go.adr.org/910mediationrule.html?utm\\_source=linkedin&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=r9-10-mediation](https://go.adr.org/910mediationrule.html?utm_source=linkedin&utm_medium=social&utm_campaign=r9-10-mediation). Acesso em: 26 jun. 2020.

25 Vide números da AAA-ICDR em <https://adr.org/research>. Acesso em: 22 jun. 2020.

26 Vide a cláusula Arb-Med-Arb do Protocolo AMA SIMC-SIAC: SIAC – SIMC ARB-MED-ARB CLAUSE - Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC”) in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC Rules”) for the time being in force, which rules are deemed to be incorporated in this clause. The seat of the arbitration shall be [Singapore].\* The Tribunal shall consist of \_\_\_\_\_ \*\* arbitrator(s). The language of the arbitration shall be \_\_\_\_\_. The parties further agree that following the commencement of arbitration, they will attempt in good faith to resolve the Dispute through mediation at the Singapore International Mediation Centre (“SIMC”), in accordance with the SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol for the time being in force. Any settlement reached in the course of the mediation shall be referred to the arbitral tribunal appointed by SIAC and may be made a consent award on agreed terms. Disponível em: <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

27 A Convenção de NY, ou seja, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto nº 4.311/2002) possui atualmente 165 países contratantes. (Vide em <http://www.newyorkconvention.org/countries>. Acesso em: 18 set. 2020). Ao passo que a Convenção de Singapura sobre Mediação possui, no momento, 52 países signatários com 5 países já tendo ratificado. Belarus foi o último país a ratificar a convenção em 15 de julho de 2020. (Vide em <https://www.singaporeconvention.org/convention/status/>. Acesso em: 20 jul. 2020).



concluído antes de uma arbitragem ter iniciado (Med-Arb), e que tenha sido homologado por sentença arbitral (*consent award*) possa ser executado através da aplicação da Convenção de NY. Em suma, as partes se sentem inseguras com a utilização da mediação e podem entrar no chamado *dilema da mediação* (*mediation dilemma*)<sup>28</sup>.

O *Singapore International Mediation Centre* (SIMC) assim define o mecanismo híbrido do Arb-Med-Arb: *Um procedimento onde ocorre a tentativa de mediação no curso do procedimento arbitral. Se a disputa for solucionada através da mediação, o termo de acordo de mediação que poderá ser homologada por sentença arbitral (consent award) sob o pálio da Convenção de NY.*<sup>29</sup>

O Protocolo AMA, que se trata de um acordo entre uma instituição de arbitragem internacional (SIAC) e uma instituição de mediação internacional (SIMC), ambas de Singapura, traz regras claras sobre a utilização do instituto e prevê três estágios distintos: a) Constituído o tribunal arbitral na SIAC este irá automaticamente encaminhar o caso para mediação no SIMC<sup>30</sup>; b) a mediação deverá terminar em no máximo 8 (oito) semanas com ou sem acordo (parcial ou total). Tal prazo pode ser prorrogado mediante acordo das duas instituições. c) Não ocorrendo acordo o procedimento arbitral será reiniciado.<sup>31</sup> Atingindo o acordo as partes poderão solicitar a homologação do mesmo por sentença arbitral dos tópicos que desejarem.<sup>32</sup>

As principais vantagens do Protocolo AMA são: a) exequibilidade do acordo internacionalmente e confidencialidade das sessões de mediação; b) as partes podem escolher um mediador de três diferentes listas (a lista de mediadores do SIMC, e a lista de especialistas técnicos do SIMC e da SIAC); c) transição suave entre as duas instituições que possuem alto grau de sinergia uma vez que o Protocolo AMA se inicia com o requerimento de arbitragem e toda a movimentação procedimental posterior é realizada pela SIAC.<sup>33</sup>

De novembro de 2014 a junho de 2020, o SIMC administrou aproximadamente 21 casos que utilizaram o Protocolo AMA. 80% das partes que utilizaram o Protocolo são asiáticas e o número de acordos na mediação atinge de 80% a 85% dos casos.<sup>34</sup>

Interessante ressaltar que, em 17 de junho de 2020, a SIMC firmou acordo (*Memorandum of Understanding – MOU*) com a *Shenzhen Court of International Arbitration – SCIA*<sup>35</sup> (Também conhecida como *South China International Economic and Trade Arbitration Commission*). O acordo prevê uma plataforma para sustentar mecanismos de soluções de conflito em prol da eficiência e da redução de custos. Além disso, e talvez seja o aspecto mais relevante do MOU, é o fato da SCIA oferecer um serviço de Med-Arb em parceria com o SIMC, ou seja, qualquer acordo de mediação realizada pelo SIMC em Singapura poderá ser homologado por sentença arbitral na China pela SCIA possibilitando que as partes executem a sentença em território chinês. Este acordo de cooperação é inédito no cenário internacional e sem dúvidas aumenta as possibilidades de cooperação comercial entre Singapura e China.

28 BOOG, Christopher. The New SIAC/SIMC AMA-Protocol: A Seamless Multi-tiered Dispute Resolution Process Tailored to the User's Needs. *Asian Dispute Review*, Apr. 2015, p. 92.

29 Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

30 Protocolo AMA, parágrafo 5. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

31 Protocolo AMA, parágrafo 8. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

32 Protocolo AMA, parágrafo 9. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

33 HUSSIN, Aziah *et. al.* SIAC and SIMC's Arb-Med-Arb Protocol. *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 11, nº 2, 2018, p. 87.

34 Informação obtida diretamente no Singapore International Mediation Centre – SIMC.

35 Disponível em <http://simc.com.sg/blog/2020/06/17/simc-and-the-shenzhen-court-of-international-arbitration-scia-establish-international-dispute-resolution-service-for-cross-border-commercial-projects-under-singapore-china-shenzhen-smart-city-init/>. Acesso em: 27 jun. 2020.



## 6 OUTRAS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

### 6.1 Austrália

A Lei de Arbitragem Comercial Australiana (*Commercial Arbitration Act 2010*)<sup>36</sup> de 2010 prevê, em sua *Section 27D*, o poder do árbitro em atuar como mediador, conciliador ou como outro intermediário não-arbitral. No entanto, a convenção de arbitragem deve trazer em seu bojo a possibilidade de atuação do árbitro como mediador ou deverá haver o consentimento das partes por escrito para tal [*Section 27D (1) (a)(b)*]. As partes poderão retirar o consentimento a qualquer tempo e sendo considerada encerrada a mediação prosseguir-se-á com a arbitragem. Se o árbitro tiver acesso à informação confidencial durante a mediação este deverá revelar às partes, antes de continuar a arbitragem, os fatos que considerar relevantes para o procedimento. Caso ocorra acordo na mediação o árbitro, funcionando como mediador, homologará o acordo por sentença arbitral nos termos das *Sections 30 e 31* da Lei de Arbitragem Comercial Australiana. Em suma, estamos diante de um procedimento combinado de Arb-Med-Arb com atuação do árbitro como mediador após a instauração da arbitragem.

### 6.2 Câmara de Comércio de Estocolmo (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce - SCC)

O art. 14 do Regulamento de Mediação da Câmara de Comércio de Estocolmo de 2014<sup>37</sup> (tal previsão já existia no regulamento de mediação de 1999) traz a possibilidade de o mediador atuar como árbitro para, neste modelo, transformar o acordo de mediação em sentença arbitral. As partes e o mediador devem concordar com tal procedimento. A novidade da regra resta no fato do mediador se tornar árbitro não porque as partes falharam em atingir um acordo na mediação, mas justamente pelo motivo oposto, qual seja, a obtenção do acordo. Portanto, o mediador se torna árbitro para homologando o acordo em sentença arbitral torná-la, em teoria, executável em 172 países signatários da Convenção de NY de 1958. Além disso, as partes se beneficiariam da celeridade do procedimento de mediação.

A homologação de acordo por sentença arbitral geralmente ocorre por tribunal arbitral ou árbitro que decidiria o mérito da causa. Tal seria a hipótese, por exemplo, de uma cláusula Arb-Med-Arb uma vez que a arbitragem teve seu início antes da mediação. No entanto, não se trata da hipótese do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo e, portanto, a exequibilidade de tal sentença de acordo (*consent award*) sob o pálio da Convenção de NY<sup>38</sup> poderá ser questionada uma vez que o artigo II da Convenção de NY é expresso ao enunciar a necessidade de uma convenção arbitral pelo meio do qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido.<sup>39</sup> Em suma, teoricamente, seria necessária uma convenção arbitral anterior para respaldar a homologação do acordo por sentença arbitral uma vez que o artigo IV da Convenção de NY exige a apresentação da convenção de arbitragem no procedimento homologatório.

---

36 Disponível em: [http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol\\_act/caa2010219/](http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol_act/caa2010219/). Acesso em: 20 jul. 2020.

37 Disponível em <https://sccinstitute.com/our-services/rules/>. Acesso em: 20 jul. 2020. Vide o art. 14 do Regulamento de Mediação da SCC: Article 14 Confirmation of a Settlement Agreement in an Arbitral Award - In case of settlement, the parties may, subject to the consent of the Mediator, agree to appoint the Mediator as an Arbitrator and request him/her to confirm the settlement agreement in an arbitral award.

38 A Convenção de NY foi ratificada no Brasil pelo Decreto nº 4.311 de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

39 NEWMARK, Christopher; HILL, Richard. Can a mediated settlement become an Enforceable Arbitration Award?. *Arbitration International*, vol. 16, nº 1, 2000, pp. 81-87.

Tal problemática não ocorreria com a utilização de uma cláusula híbrida Med-Arb ou de uma cláusula Arb-Med-Arb, uma vez que existe a convenção de arbitragem e o árbitro ou componentes do tribunal arbitral são nomeados anteriormente com a finalidade de resolver o mérito da disputa.

No entanto, trata-se de uma boa tentativa (anterior à Convenção de Singapura de 2019) de dar exequibilidade aos acordos de mediação e que, a depender da jurisdição doméstica, pode surtir efeito.

## **7 CONCLUSÃO**

Por certo, toda a escolha de mecanismos de solução de conflitos deve ser realizada sob o viés da complexidade do conflito e terá sempre vantagens e desvantagens. No entanto, a criatividade possibilitada pelo princípio da autonomia da vontade tem gerado alternativas engenhosas para solução de conflitos domésticos e internacionais. Um procedimento híbrido ou combinado que preconize a mediação e outros meios autônomos de solução de conflito é sempre o ideal em tempos de normalidade ou de emergência tais como o causado pelo COVID-19. As partes sempre têm que ter em vista que a arbitragem sempre estará à disposição como solução final e vinculante. A mediação, por sua vez, devido a sua celeridade vem demonstrando importância crucial nesse momento de turbulência em todos os setores da economia. Portanto, fazer uso de cláusulas escalonadas ou híbridas bem elaboradas que observem as possíveis disputas que possam surgir do contrato onde está inserida será sempre uma tentativa salutar.

A cultura das soluções adequadas de conflito caminha a passos largos no Brasil e, conforme demonstrado, a maioria dos provedores de serviços de solução de conflitos já tem adotado os procedimentos híbridos principalmente o Med-Arb.

Internacionalmente temos como boas práticas os exemplos trazidos pela AAA-ICDR com sua arbitragem e mediação obrigatória e concorrente e pela SIMC-SIAC com seu Protocolo AMA. O procedimento da AAA-ICDR nos mostra uma alternativa para as partes dialogarem fora das disputas da arbitragem o que, a depender do caso, pode ser essencial para manutenção de relações comerciais. A SIMC-SIAC, por sua vez, com o Protocolo AMA bem como a SIMC com seu acordo com a SCIA da China nos mostra a importância da cooperação entre instituições de serviços de ADR tanto domesticamente quanto no cenário internacional. Além disso, a cláusula Arb-Med-Arb traz segurança quanto a execução das sentenças arbitrais em países signatários da Convenção de NY.

Em suma, em tempos de crise os provedores de soluções alternativas de disputa continuaram seu funcionamento de forma virtual no dia seguinte da decretação da quarentena. Isso foi possível uma vez que os melhores provedores de serviços de ADR, ao contrário do Poder Judiciário, já vinham utilizando tecnologia de ponta em seus procedimentos de longa data. A diferença principal que ocorreu foi que a tecnologia passou a ser utilizada para todos os atos procedimentais tanto na arbitragem quanto na mediação. Dessarte, a qualidade dos serviços permaneceu a mesma e as disputas continuaram a ser solucionadas.

## REFERÊNCIAS

BOOG, Christopher. The New SIAC/SIMC AMA-Protocol: A Seamless Multi-tiered Dispute Resolution Process Tailored to the User's Needs. *Asian Dispute Review*, Apr., 2015, pp. 91-96.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GALLOWAY, P.D. *et al.* Dispute Resolution Under FIDIC - The Parties' Options. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, nº 7, 2012, pp.1-15.

HUSSIN, Aziah *et. al.* SIAC and SIMC's Arb-Med-Arb Protocol. *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 11, nº 2, 2018, pp. 85-87.

NEWMARK, Christopher; HILL, Richard. Can a mediated settlement become an Enforceable Arbitration Award?. *Arbitration International*, vol. 16, nº 1, pp. 81-87, 2000.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOMIC, Katarina. Multi-tiered dispute resolution clauses: Benefits and drawbacks. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, pp. 360-370.

---

**Recebido em:** 18.09.2020

**Aprovado em:** 10.12.2020

### Como citar este artigo (ABNT):

FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.366-376, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-23.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# AUDIÊNCIAS ONLINE EM TEMPO DE PANDEMIA DE COVID-19 NO ÂMBITO DO TJ-CE

## AUDIENCIAS EN LÍNEA EN TIEMPO DE PANDEMIA DE COVID-19 DENTRO DEL TJ-CE

Dayse Braga Martins <sup>1</sup>  
Iara Alcantara de Holanda <sup>2</sup>

**RESUMO:** Com o advento da pandemia do coronavírus, causador da Covid-19, e as medidas de distanciamento social implementadas, o Poder Judiciário precisou se adequar à nova realidade imposta para garantir a continuidade da prestação processual e a realização de atos processuais que costumavam ser realizados com a reunião de pessoas em salas de audiências fechadas. Esta pesquisa tem o propósito de analisar quais adaptações foram necessárias para ser possível a realização das audiências de mediação, conciliação e instrução, no âmbito do processo civil, a partir do suporte principiológico e de suas regras procedimentais. A metodologia utilizada se valeu de pesquisa qualitativa, por meio de verificação bibliográfica e doutrinária sobre o tema, e análise normativa. Utilizaram-se também dados quantitativos de informações fornecidas a respeito do funcionamento da justiça comum estadual do Ceará, e dados dos sites do Tribunal de Justiça do Ceará e do Conselho Nacional de Justiça. Destarte, diante da pesquisa, conclui-se que, a despeito da diminuição do número de audiências no período da pandemia de Covid-19, o maior obstáculo está na limitação dos jurisdicionados aos meios eletrônicos. Entretanto, quanto à qualidade das audiências de mediação e conciliação, considerando a confidencialidade e as peculiaridades da modalidade consensual, esta deve ser estimulada e aperfeiçoada para sua eficácia e maior difusão. Já quanto à audiência de instrução, visualizam-se mais obstáculos do que benefícios, em razão de ser uma fase de produção de prova, a exemplo de oitiva de testemunhas e depoimento pessoal, em que se incrementa a possibilidade de fraude. Ademais, a excepcionalidade da situação vivida por conta da pandemia tornou-se um momento de pensar soluções jurídicas criativas, haja vista construir novos saberes e estratégias para garantia do acesso à justiça.

**Palavras-chave:** pandemia; audiência online; conciliação; instrução; mediação; covid-19.

**RESUMEN:** Con el advenimiento de la pandemia del coronavirus y las medidas de distanciamiento social implementadas, el Poder Judicial necesitó adaptarse a la nueva realidad impuesta a fin de garantizar la continuidad de la disposición procesal y la ejecución de los actos procesales que solía realizarse con la reunión de personas en salas de audiencias cerradas. Esta investigación tiene el propósito de analizar qué adaptaciones fueron necesarias para posibilitar la realización de audiencias de mediación, conciliación e instrucción, en el ámbito del proceso civil, con base en el sustento principiológico y sus reglas procesales. La metodología empleada utilizó investigación cualitativa, mediante verificación bibliográfica y doctrinal sobre el tema y análisis normativo. También se utilizaron datos cuantitativos de la información proporcionada sobre el funcionamiento del sistema de justicia común del estado en Ceará, así como datos de los sitios web de la Corte de Justicia de Ceará y el Consejo Nacional de Justicia. Así, a la luz de la encuesta, se concluye que, a pesar de la disminución en el número de audiencias durante el período pandémico de CONVID 19, el mayor obstáculo es la limitación de jurisdicciones a los medios electrónicos. Sin embargo, en cuanto a la calidad de las audiencias de mediación y conciliación, considerando la confidencialidad y peculiaridades de la modalidad consensual, se debe estimular y mejorar para su efectividad y mayor difusión. En cuanto a la audiencia de instrucción, existen más obstáculos que beneficios, debido a que es una fase de producción de prueba, como audiencias de testigos y testimonio personal, en la que se incrementa la probabilidad de fraude. Además, la excepcionalidad de la situación vivida por la pandemia se ha convertido en un momento para pensar en soluciones legales creativas, con formas de construir nuevos conocimientos y estrategias para garantizar el acceso a los tribunales.

**Palabras clave:** pandemia; audiencia en línea; conciliación; instrucción; mediación; covid-19.

<sup>1</sup> Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora e pesquisadora da graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza. Advogada. Mediadora e Conciliadora Judicial. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4705-0481>.

<sup>2</sup> Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetos de estudo os benefícios e os óbices das audiências de conciliação e mediação judicial e das audiências de instrução por meio de videoconferência, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ-CE), que se intensificaram durante a pandemia do coronavírus.

A relevância desta investigação justifica-se pela excepcionalidade da situação enfrentada pela sociedade, pois, com a declaração de pandemia global de um vírus de contágio potencial para colapsar os sistemas de saúde dos países, mostrou-se necessário o distanciamento social para frear o contágio em massa da população.

Ante essas limitações impostas pela pandemia, o Poder Judiciário enfrenta o desafio de manter a continuidade da prestação jurisdicional e, sobretudo, realizar atos processuais que anteriormente se faziam com o comparecimento das partes e testemunhas diante de um magistrado, para que este aferisse melhor a integridade e a idoneidade das alegações dos depoentes ou, no caso da autocomposição, diante de um conciliador ou mediador para que se estabelecesse um ambiente propício ao estabelecimento do diálogo.

Partindo dessa análise, tem-se como objetivo central avaliar como as audiências de conciliação, mediação e de instrução judiciais estão sendo realizadas por meio eletrônico, durante o período da pandemia, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ-CE), analisando seus benefícios e obstáculos.

A pesquisa respalda-se nos princípios fundamentais do processo civil, assim como nos trâmites processuais do procedimento comum. Verificam-se também as disposições procedimentais que regem as audiências de conciliação ou mediação e de instrução dentro daquele procedimento com fundamento nos princípios observados. A partir deste estudo, investiga-se como as restrições às audiências eletrônicas têm impactado na prestação jurisdicional e quais os desafios e soluções nesse contexto peculiar.

Dessa forma, a primeira seção visa elucidar alguns dos princípios fundamentais do processo civil positivados no CPC/2015, e a partir destes estudar os passos da marcha processual, com base nas regras previstas para o procedimento comum, construindo um panorama geral para orientar-se quantos aos atos processuais e como podem ser afetados pela nova realidade pandêmica. Na segunda seção, traça-se uma linha do tempo dos principais acontecimentos até chegar ao cenário atual, com as principais medidas e adequações implementadas pelo Poder Judiciário nacional e cearense, a partir das orientações trazidas pelos atos normativos do CNJ e do TJ-CE. Analisam-se igualmente alguns dados quantitativos referentes a índices de produtividade na pandemia e ao cumprimento de meta do Judiciário. Além disso, faz-se um estudo sobre as regras procedimentais referentes à audiência de conciliação ou de mediação processual, bem como uma análise dos regramentos da realização destas durante a pandemia. Apresentam-se, ainda, dados relativos aos índices de autocomposição no Judiciário nacional e cearense no primeiro semestre de 2020. Na última seção, avaliam-se o procedimento da audiência de instrução conforme o CPC/2015 e as medidas e orientações trazidas pelos regulamentos publicados durante a pandemia pelo CNJ e pelo TJ-CE, para a realização de audiência telepresencial em decorrência do distanciamento social.

Para alcançar os objetivos propostos por este estudo, realizou-se uma pesquisa qualitativa por meio da técnica de revisão bibliográfica da temática, utilizando artigos e a doutrina como insumos. Ademais, fez-se uma análise documental, tendo em vista que foram colacionados textos de lei e atos normativos. Houve, ainda, coleta de informações por meio



de conversas informais com alguns servidores. A pesquisa também goza de um aspecto quantitativo, uma vez que foram utilizados dados suscitados a partir dos *sites* do TJ-CE, do CNJ e fornecidos pelo Nupemec-CE.

Com isso, esta pesquisa retrata os principais desafios e soluções jurídicas para garantir a continuidade da prestação jurisdicional, especialmente nas audiências online, no âmbito do TJ-CE.

## **2 PRINCÍPIOS E NORMAS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O PROCESSO CIVIL E A DINÂMICA DO PROCEDIMENTO COMUM**

O processo civil brasileiro e suas regras procedimentais foram construídos, pautados, a partir dos direitos e garantias fundamentais positivadas na Constituição Federal. Dessa forma, o legislador visou a construção de um processo justo para alcançar a garantia de acesso à justiça<sup>3</sup>.

Em suma, a fim de harmonizar o processo com os direitos fundamentais, o procedimento deve se orientar conforme o devido processo legal, contemplando o contraditório em respeito à isonomia das partes diante de um juiz natural, com o propósito de construir decisões fundamentadas em tempo razoável sobre qualquer pretensão que se deduza em juízo.<sup>4</sup>

Respeitando os princípios fundamentais e os valores constitucionais, os atos processuais devem seguir um fluxo lógico e concatenado no tempo, visando alcançar um provimento jurisdicional final formando assim um procedimento<sup>5</sup>.

Bueno<sup>6</sup> divide pedagogicamente o procedimento comum em quatro fases. A primeira consiste na fase postulatória, a segunda se refere à fase ordinatória ou saneadora, sendo a terceira a fase instrutória, e a quarta e última a fase decisória. Em linhas gerais, na fase postulatória, o autor propõe a demanda dando entrada com a petição inicial, e o réu expõe seus argumentos ao apresentar sua resposta. Na fase ordinatória, o juiz organiza o processo para que esteja apto para iniciar a fase instrutória; nesta, por sua vez, ocorre produção probatória para que o juiz possa formar seu convencimento e seguir para a fase decisória, momento no qual será proferida a sentença.

Apesar de todo o regramento legal e principiológico vigente, orientando o andamento dos processos e a prestação jurisdicional, a conjuntura causada pela pandemia demandou novas regulamentações para que o Judiciário continuasse atuando de forma a garantir a segurança de seus servidores e jurisdicionados, sem comprometer a marcha processual.

## **3 AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUDICIAL E ADAPTAÇÕES E MUDANÇAS PROVOCADAS PELA PANDEMIA**

Com o espalhamento do Coronavírus por diversos países pelo mundo, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou o reconhecimento da ocorrência de uma pandemia em 11 de março de 2020<sup>7</sup>. Em decorrência disso, no Brasil, foi reconhecido o estado de transmissão

3 THEODORO JR., H. *Curso de Direito Processual Civil – v. 1*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

4 CÂMARA, A. F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

5 GONÇALVES, M. V. R. *Esquematizado – Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615933/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

6 BUENO, C. S. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609130/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

7 WATANABE, P. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. 11 de março de 2020. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/oms-declara-pandemia-do-novo-coronavirus.shtml>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

comunitária em 20 de março do mesmo ano, por meio da Portaria nº 454<sup>8</sup> do Ministério da Saúde.

No Estado do Ceará, foi declarado Estado de Emergência em Saúde em Âmbito Estadual, por meio do Decreto de nº 33.510<sup>9</sup>, publicado em 16 de março de 2020, e, logo em seguida, no dia 19 de março do mesmo ano, foram estabelecidas medidas de distanciamento social com objetivo de conter a circulação do vírus, por meio do Decreto nº 33.519.<sup>10</sup>

O TJ-CE seguiu as diretrizes estaduais e federais e publicou a Portaria nº 497<sup>11</sup> em 16 de março de 2020, suspendendo o atendimento presencial ao público e também a realização de audiências e sessões de julgamento presenciais. Todavia, apesar da suspensão do atendimento na modalidade presencial, ficou garantido o atendimento ao jurisdicionado a partir da disponibilização de uma lista de contatos no site do Tribunal e, também, uma Central de Atendimento Judicial (CAJ) com diversos canais, como um número de telefone chamado TeleJustiça, endereço eletrônico de email e número de contato por Whatsapp.<sup>12</sup>

Tendo em vista a natureza essencial da atividade jurisdicional do Estado, o CNJ publicou a Resolução nº 313<sup>13</sup>, determinando medidas para adequar o funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário à situação de crise vivida pela pandemia. Inclusive tal medida veio ante os diversos atos normativos estaduais publicados pelos entes federados; esta resolução buscou também uniformizar nacionalmente o andamento da prestação judicante estatal.

Em suma, a Resolução nº313 estipulou o regime de Plantão Extraordinário em âmbito nacional, não se aplicando ao Supremo Tribunal Federal e à Justiça Eleitoral. Este regime consiste na suspensão do trabalho presencial de servidores, estagiários, colaboradores e magistrados nas unidades judiciárias, priorizando-se o regime de trabalho remoto.

Instituiu-se ainda que os atendimentos às partes, advogados e interessados deve se dar de maneira remota, exigindo-se que cada unidade judiciária mantenha um canal de atendimento para este fim. Quanto aos prazos processuais, ficaram suspensos até o dia 30 de abril de 2020.

No entanto, foi publicada nova Resolução de nº 314<sup>14</sup> modificando estas regras de suspensão de prazos. A resolução mencionada prorrogou o regime de Plantão Extraordinário, manteve a suspensão de prazos de processos físicos, mas retomou a contagem dos prazos dos processos eletrônicos, a partir do dia 4 de maio do mesmo ano, exceto dos que tramitavam no STF e no âmbito da Justiça Eleitoral.

8 BRASIL. *Portaria nº 454*, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/prt454-20-ms.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm)>. Acesso em: 3 jul. 2020.

9 CEARÁ. *Decreto 33.510*, de 16 de março de 2020. Decreta situação de emergência em saúde dispõe sobre medidas para enfrentamento e contenção da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.510-de-16-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

10 CEARÁ. *Decreto 33.519*, de 19 de março de 2020. Intensifica as medidas para enfrentamento da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.519-de-19-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

11 CEARÁ. *Portaria nº 497*, de 16 de março de 2020. Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário cearense. Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28124>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

12 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Judiciário cearense prorroga as fases 4 e 5 do plano de retomada das atividades presenciais para 31 de janeiro de 2021*. TJCE. 27 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/judiciario-cearense-prorroga-as-fases-4-e-5-do-plano-de-retomada-das-atividades-presenciais-para-31-de-janeiro-de-2021/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

13 BRASIL. *Resolução nº 313*, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

14 BRASIL. *Resolução nº 314 de 20/04/2020*. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

O supracitado ato normativo trouxe consigo a possibilidade da realização de atos processuais virtuais por meio de videoconferência, indicando para este fim o uso da ferramenta Cisco Webex, disponível no sítio do CNJ, não excluindo o uso de qualquer outra ferramenta correspondente. Nesse sentido, o TJ-CE publicou a Portaria de nº 640/2020<sup>15</sup>, estabelecendo aquela ferramenta como sistema padrão para realização de suas audiências. Quanto às audiências de conciliação e de mediação promovidas pelo Cejusc-Fortaleza, este publicou a Portaria Conjunta nº 01/2020<sup>16</sup> admitindo sua realização por meio de videoconferência também.

Apesar disso, o cenário pandêmico manteve-se persistente e de maneira peculiar em cada região do país, o que fez com que cada governador adotasse medidas adequadas à situação local enfrentada. Com isso, o CNJ publicou nova Resolução de nº 318 em 7 de maio de 2020<sup>17</sup>, prorrogando a vigência das resoluções anteriormente citadas, porém suspendeu os prazos de processos físicos e eletrônicos nas localidades em que foram impostas restrições à livre locomoção de pessoas pelo período que estas perdurarem.

Com a diminuição do número de leitos ocupados por infectados nos hospitais em alguns lugares do país, houve a flexibilização das medidas restritivas de locomoção e a elaboração de planos de retomada gradual das atividades econômicas. No Ceará, o governador Camilo Santana apresentou o plano de retomada no dia 28 de maio de 2020<sup>18</sup>.

Neste diapasão, o CNJ publicou a Resolução de nº 322<sup>19</sup> no dia 1º de junho de 2020, instituindo um plano de retomada de serviços presenciais jurisdicionais do Poder Judiciário em âmbito nacional. Este ato normativo institui a retomada gradual e por etapas das atividades presenciais, autorizando aos tribunais restabelecerem os prazos dos processos físicos e eletrônicos, sendo facultada a manutenção da suspensão dos prazos dos processos físicos caso haja opção pelo prosseguimento do regime da Resolução nº 314.

Neste esteio, o TJ/CE publicou a Portaria de nº 809<sup>20</sup> em 8 de junho de 2020 retomando os prazos dos processos eletrônicos, porém manteve suspensos os prazos em localidades com a vigência de medidas restritivas de locomoção. Apresentou, ainda, um plano de retorno às atividades presenciais em 10 de junho de 2020<sup>21</sup>, seguindo as medidas previstas pela Resolução nº 322/2020 do CNJ.

Como pode-se inferir, o Poder Judiciário se socorreu de meios tecnológicos para que continuasse seu pleno funcionamento. Dentre essas ferramentas destaca-se o e-mail e aplicativos

15 CEARÁ. *Portaria nº 640*, de 24 de abril de 2020. Estabelece o procedimento para viabilizar as audiências especificadas no art. 6º, § 3º, da Resolução nº 314/2020, do CNJ. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2361&cdCaderno=1&nuSeqpagina=4>>. Acesso em: 5 set. 2020.

16 CEARÁ. *Portaria Conjunta nº 01*, de 08 de abril de 2020. Dispõe sobre a realização de audiência virtual de conciliação e mediação no CEJUSC/Fortaleza durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2352&cdCaderno=1&nuSeqpagina=32>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

17 BRASIL. *Resolução nº 318* de 07/05/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313, de 19 de março de 2020, e nº 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3308>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

18 NOTÍCIAS: *Camilo oficializa plano de retomada gradual e 66 mil pessoas voltam ao trabalho nesta segunda-feira, 1º de maio de 2020*. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2020/05/28/camilo-oficializa-plano-de-retomada-gradual-e-66-mil- pessoas-voltam-ao-trabalho-nesta-segunda-feira--1.html>>. Acesso em: 10 set. 2020.

19 BRASIL. *Resolução nº 322* de 01/06/2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

20 CEARÁ. *Portaria nº 809*, de 08 de junho de 2020. Trata dos prazos dos processuais judiciais, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, conforme Resolução nº 318, de 07 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28472>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

21 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *TJCE apresenta plano de retorno às atividades presenciais com previsão de volta gradativa em julho*. TJCE. 11 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-apresenta-plano-de-retorno-as-atividades-presenciais-com-previsao-de-volta-gradativa-em-julho/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

de mensagens, além do telefone, para o atendimento ao público; o uso do trabalho remoto dos servidores para prosseguir com as movimentações e demais expedientes; e também o uso da videoconferência para reuniões administrativas, sessões de julgamento e audiências.

Percebe-se então que, para acessar o Judiciário no momento vivido, pressupõe-se que o jurisdicionado possui aparelhamento tecnológico para tanto. Deve-se considerar que o Brasil ainda é um país marcado por desigualdades sociais profundas, em que o acesso à internet e à tecnologia ainda não é garantido para todos. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua TIC) divulgou dados do último trimestre de 2018, os quais apontam que 20,9% da população brasileira não tem internet em seu domicílio.<sup>22</sup> Tal fato pode culminar em mais uma barreira à parcela da população em buscar a justiça em um momento de crise como este.

Não obstante o cenário de instabilidade e crise causado pela Pandemia, o Poder Judiciário manteve sua capacidade produtiva nesse período. Segundo o Painel de Produtividade do Judiciário disponibilizado pelo CNJ, desde o início do Plantão Extraordinário, foram proferidas 12.817.873 sentenças e acórdãos.<sup>23</sup>

Mesmo com números razoáveis de produtividade, o CNJ divulgou o Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2020<sup>24</sup>, o qual constatou que a efetivação destas metas foi bastante comprometida. Este relatório levou em consideração os resultados de levantamento de dados de janeiro a junho do presente ano, comparado ao mesmo período do ano passado do mesmo período.

Quanto às metas processuais, o referido relatório captou a diminuição de processos julgados, sem a redução de processos distribuídos, o que causou resultado abaixo do esperado. Todavia, quanto às metas que projetavam ações por parte do Judiciário, o levantamento verificou que os tribunais têm conseguido cumpri-las, ostentando bons resultados.

Este estudo atribui como possíveis causas para o impacto no trabalho dos tribunais durante esse período fatores como a suspensão de prazos processuais, de audiências presenciais de primeira instância, de sessões presenciais de 2º grau ou a realização destas por videoconferência, inferindo que este formato pode dificultar o julgamento.

Além destes fatores, refere-se também, como potenciais causas para o comprometimento das metas a impossibilidade de realização de júri, o prejuízo nos atos de ofício de impulsionamento do processo, a não-realização de cumprimento de mandados por oficiais de justiça, a suspensão de atendimento aos advogados, entre outras medidas tomadas em virtude do distanciamento social.

### **3.1 A audiência de conciliação e de mediação do procedimento comum**

O CPC/2015 ampliou o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, atribuindo ao Estado o dever de promover a solução consensual de conflitos, indo além da apreciação jurisdicional das lides. Assim, destaca-se a prioridade à solução consensual de conflitos, o que leva à tese da instituição do novel “princípio da consensualidade” no âmbito do processo

22 AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. *Pnad Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país*. IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>>. Acesso em 15 dez. 2020.

23 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Realidade na pandemia, sessões e audiências por videoconferência vieram para ficar*. CNJ. 17 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/realidade-na-pandemia-sessoes-e-audiencias-por-videoconferencia-vieram-para-ficar/>>. Acesso em: 9 set. 2020.

24 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2020*. Brasília, 2020 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/met/metas-nacionais-2020-em-tempo-de-covid-19/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

civil.<sup>25</sup> Eis a importância da mediação e da conciliação judiciais.

Esse incentivo à autocomposição tem como finalidade proporcionar uma solução mais efetiva, partindo de um pressuposto que a autocomposição se mostra adequada para solucionar diversos tipos de conflitos, aliado ao empoderamento das partes envolvidas, que passam a ser protagonistas no processo judicial.

A possibilidade de se optar por um meio alternativo se dá na fase postulatória do procedimento comum, o qual o juiz, ao verificar que a exordial cumpre com todos os requisitos exigidos para sua admissibilidade e que não há hipótese de improcedência liminar do pedido, designará a audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias. Quanto ao réu, este deverá ser citado para comparecer à audiência com pelo menos 20 dias de antecedência da data designada, como preceitua o artigo 334, caput, do CPC/2015.

Para conduzir e facilitar esse diálogo, exige-se que haja a atuação de um conciliador ou de um mediador, devidamente capacitado e inscrito em cadastro nacional, bem como no cadastro do Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, exceto nas localidades em que não existirem esses auxiliares do juízo. Junto a estes, as partes devem estar acompanhadas de advogado ou defensor público, de acordo com o §9º, art. 334 do CPC/2015.

No que se refere ao tipo de solução consensual a ser utilizada, infere-se do art. 165, §§ 2º e 3º que a conciliação é indicada para situações em que não há vínculo anterior entre as partes, enquanto a mediação é mais adequada para lides em que haja relação prévia ao conflito entre os litigantes. Deve-se elucidar que, apesar de a audiência ter sido nomeada como de conciliação e ou de mediação, outros métodos de solução consensual de conflitos poderão ser adotados, assim prevendo o CPC/2015 no art. 3º, §3º, como mencionado anteriormente.

Em consonância com a Resolução nº 125<sup>26</sup> do CNJ, o art. 165, *caput*, do CPC/2015, estabelece que as audiências de conciliação ou de mediação realizar-se-ão no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos e no §7º do artigo 334 do CPC/2015, que acolheu a viabilidade de realização a partir de meios eletrônicos, nos termos de lei específica.

Com a tentativa de garantir a celeridade processual, o CPC/2015 regulamenta que as pautas destas audiências sejam ordenadas de forma que observe o intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte. Ressalte-se que este tempo não está sendo aplicado no TJ-CE, que destina 40 minutos para a mediação. O CPC/2015 prevê que essa audiência de conciliação poderá se desenrolar em mais de uma sessão quando for necessário para a composição das partes. A realização das demais audiências de autocomposição, contudo não deve ultrapassar dois meses da data de realização da primeira sessão, exceto se os litigantes convencionarem, expressamente, sobre sua prorrogação.

Apesar de ser uma fase indispensável do procedimento comum, o CPC/2015 prevê a possibilidade da não realização deste ato, o qual será dispensado pelo juiz quando o objeto da lide não admitir a autocomposição ou quando as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição, conforme artigo 334, §4º, II do referido Código. No que se refere à segunda hipótese, o autor deve pronunciar sua falta de interesse na petição inicial e o réu em uma petição apresentada com 10 dias antes da data designada para a audiência. Nos casos em que haja litisconsórcio, este desinteresse na realização desse ato precisa ser

25 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p. 85-114, jul. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Dayse/Downloads/29893-159457-1-PB%20(6).pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

26 BRASIL. *Resolução nº 125* de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 set. 2020.



declarado por todos.

Não se enquadrando em quaisquer das situações de dispensa desta fase, a data da audiência será designada e as partes serão obrigadas a comparecer, tendo em vista que a ausência injustificada delas será considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sendo o ausente punido com multa de até 2% da vantagem econômica perseguida que será revertido em favor da União ou do Estado.

Tal punição se deve ao descumprimento ao princípio da Boa-Fé Objetiva previsto no art. 5º do CPC, visto que a ausência de manifestação expressa de desinteresse na realização da audiência ou de justificativa para o não comparecimento é interpretado como interesse em autocompor o conflito, fomentando na outra parte e no órgão jurisdicional legítima confiança de que há possibilidade de solucionar consensualmente o litígio, logo a ausência injustificada fere essa confiança despertada. Caso não houvesse sanção, algumas das partes poderiam deixar que se designasse a audiência sem a intenção de comparecer com o propósito de protelar o processo sem sofrer consequências. Outra intenção do legislador ao estabelecer a sanção do art. 334, §8º do CPC foi incentivar a autocomposição.<sup>27</sup>

Outrossim, a parte poderá constituir representante por meio de procuração específica, delegando poderes para negociar e transigir caso não possa ou não queira se fazer presente pessoalmente ao ato. Caso a audiência de conciliação ou de mediação alcance a autocomposição, esta será reduzida a termo e homologada por sentença. Em sentido contrário, não sendo frutífera a referida audiência, passará a contar o prazo para o réu apresentar sua defesa a partir da data da audiência em análise, dando continuidade ao feito.

Destarte, em decorrência da situação imposta pela pandemia em que a medida adotada prioritariamente como forma de conter a proliferação do coronavírus foi o distanciamento social, o Cejusc Fórum do Tribunal de Justiça do Ceará (Cejusc Fórum do TJ-CE), como forma de dar continuidade ao serviço de pacificação social, passou a realizar audiências de conciliação e de mediação por meio de videoconferência. Para regulamentar esta medida, este órgão publicou a Portaria Conjunta nº 1/2020<sup>28</sup>, que estabeleceu adaptações e critérios específicos para que se possa realizar esta audiência na modalidade virtual.

Este ato normativo complementou alguns dispositivos legais que preveem a viabilidade da prática da audiência de conciliação e de mediação por meios eletrônico, no CPC/2015; esta hipótese é acolhida no art. 334, §7º. Outrossim, a audiência por videoconferência possui fulcro na Lei nº 13.140/2015 em seu art.46. Apesar destas normas conferirem legalidade às audiências por videoconferência, não adentram nas peculiaridades que a modalidade requer. Além da necessidade de complementação quanto a este ato em meio virtual em si, foi preciso adequar essa fase do processo ao contexto pandêmico. Desta forma, a realização da audiência de conciliação e de mediação passou a ser facultativa e condicionada à anuência do respectivo juiz coordenador do Cejusc, devendo-se considerar a disponibilidade de estrutura mínima de pessoal e de equipamentos necessário para se concretizar o ato. Eis a solução para o problema de limitação do jurisdicionado ao ambiente online.

A audiência passou a necessitar de provocação das partes para que se realizasse, somente sendo possível que ocorra quando todas aquelas consentirem. Havendo dissenso de

27 GRINOVER, A. P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, G.; LEONEL, R. B.; SI. (Orgs.). *O novo código de processo civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0236-2/>>. Acesso em: 11 set. 2020.  
28 CEARÁ. *Portaria Conjunta nº 1*, de 8 de abril de 2020. Dispõe sobre a realização de audiência virtual de conciliação e mediação no CEJUSC/Fortaleza durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2352&cdCaderno=1&nuSeqpagina=32>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

algum litigante o processo permanecerá no Cejusc, para que se designe audiência presencial quando for viável, exceto se o juízo de origem ordenar a retirada da pauta.

A efetuação da audiência em análise pelo sistema de videoconferência se dá em demandas de natureza cível e de família; dentre estas, serão delimitadas matérias prioritárias e o volume de demandas susceptível a atendimento por via eletrônica, devendo-se priorizar causas com caráter de urgência.

Inicialmente, as audiências estavam ocorrendo por meio de ferramenta eletrônica de uso gratuito escolhida pela Coordenação do Cejusc. Posteriormente, passou-se a utilizar a plataforma emergencial de videoconferência, WebEx-Cisco, instituída pelo CNJ.

Posteriormente, a Portaria Conjunta nº 1/2020 foi alterada pela Portaria nº 2/2020<sup>29</sup> publicada pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJ-CE. Este ato normativo reestabeleceu o caráter de fase procedimental obrigatória da audiência de conciliação e de mediação e ratificou que esta continuará se dando por videoconferência durante o Plantão Extraordinário do Judiciário. A referida Portaria também acolheu a hipótese de adiamento da audiência por impossibilidade técnica desde que as partes comuniquem nos autos em até 2 dias antes da data designada para a audiência.

Existem várias peculiaridades que se deve considerar em uma videoconferência. Valer-se do uso desta para reuniões privadas ou informais talvez não cause tanto receio; porém, quando este meio é utilizado para atos processuais, é preciso considerar melhor as variantes.

Um desafio que o uso dessa tecnologia em meio virtual pode acarretar é garantir a confidencialidade que o método autocompositivo requer, haja vista que este ocorre na internet, onde o vazamento de informações, documentos e dados sigilosos vem sendo comuns<sup>30</sup>. Eis um dos principais obstáculos para a realização das audiências de mediação e conciliação online.

Outra objeção a ser superada são as limitações que a distância física pode acarretar aos conciliadores e aos mediadores, que se valem de interpretação da linguagem corporal dos litigantes para adotar a melhor estratégia em cada caso.<sup>31</sup>

Nesse sentido, existe ainda a preocupação em adaptar o uso das técnicas empregadas nesses meios de solução de conflito estabelecidas no Manual de Mediação Judicial como o *rapport*, o qual busca estabelecer uma relação de confiança entre os envolvidos através de estratégias específicas que o conciliador ou o mediador entenda ser adequada. Deve haver uma preparação do espaço físico para construir um ambiente propício e confiável para facilitar o diálogo entre as partes<sup>32</sup>. Em relação a estes critérios, questiona-se se é possível alcançar um diálogo produtivo em direção à autocomposição.

Outrossim, como fora exposto em tópico anterior, para que se consiga realizar uma audiência de conciliação ou de mediação por videoconferência, as partes devem ter acesso a conexão de internet e possuir um aparelho que transmita e receba imagem e som razoável. O

29 CEARÁ. Portaria nº 2, de 29 de maio de 2020. Altera a Portaria nº01/2020/NUPEMEC, que dispõe sobre a realização de sessões de conciliação e mediação virtual nos Cejuscs durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/06/portaria-no-02-2020-altera-a-portaria-no-01-2020-dj-29-05-20-pag-7.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

30 PUREZA, I. L. *Online Dispute Resolution e os novos modelos de acesso à justiça na era digital*. 2019. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Rio de Janeiro, 2019: Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/12146>>. Acesso em: 9 set. 2020.

31 PUREZA, I. L. *Online Dispute Resolution e os novos modelos de acesso à justiça na era digital*. 2019. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Rio de Janeiro, 2019: Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/12146>>. Acesso em: 9 set. 2020.

32 KNEVITZ, R. L. S. *Conciliação virtual: princípios e procedimentos para sessões via WhatsApp em processos no poder judiciário de Santa Catarina*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e Justiça Restaurativa) – Tubarão, 2020, Universidade do Sul de Santa Catarina. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/9535>>. Acesso em: 8 set. 2020.

que, para alguns, pode parecer uma simples videochamada, para outra parcela da população brasileira que se encontra excluída de serviços básicos como saneamento, realizar um ato em meio virtual pode não ser possível.

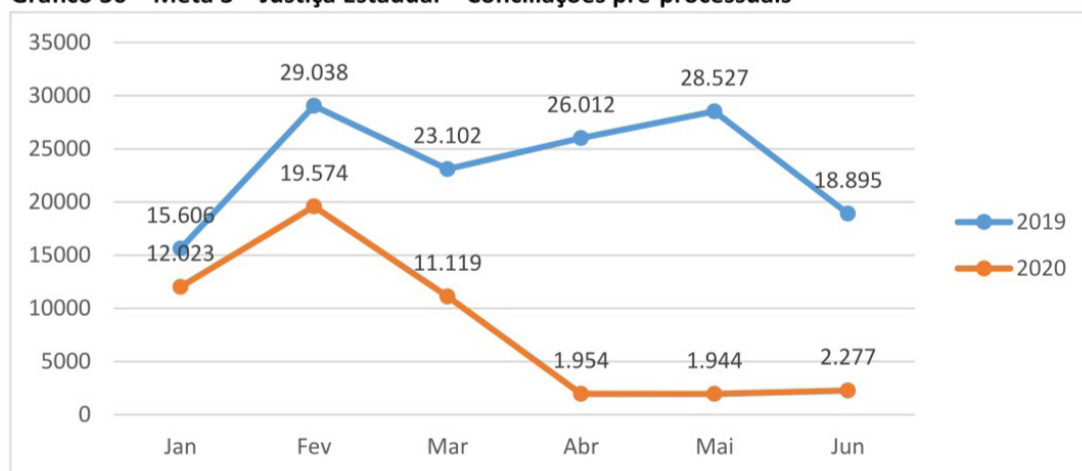
Ademais, com o intuito de aferir maiores informações a respeito destes desafios que vêm sendo enfrentados, colheram-se os relatos de serventuários do Cejusc Fórum do TJ-CE que vêm atuando na realização de audiências de conciliação neste órgão. Estes relatam que o *rapport* não é o mesmo que o realizado no presencial, tendo em vista que a comunicação se mostra reduzida, pois o contato humano através de olhares, diálogo e gestos ficam limitados.

Os servidores encontram óbices também em relação às questões técnicas, pois muitas vezes ocorrem problemas de conexão como travamento no áudio e ou vídeo, ou por vezes as partes não têm acesso à conexão internet e aparelhamento de câmera que proporcione uma comunicação fluida.

Questionados quanto ao impacto da pandemia no funcionamento do Cejusc Fórum do TJ-CE, um dos servidores entende que houve redução no número de audiências agendadas, pois o número de conciliadores e mediadores aptos e com perfil para realizar a autocomposição em modo virtual é menor comparado aos com perfil para conduzir em modo presencial. Ademais, relata o servidor que o tempo médio de duração da sessão aumentou por conta dos problemas técnicos já mencionados. Ou seja, vê-se que a diminuição da quantidade de audiências de mediação e conciliação é resultado da limitação do jurisdicionado de acesso aos meios eletrônicos, bem como da limitação estrutural do próprio Judiciário.

No relatório que analisa os impactos da pandemia no cumprimento das metas nacionais do Poder Judiciário para 2020<sup>33</sup>, o CNJ avaliou o abalo sofrido em relação a meta 3 a qual visa estimular a conciliação. Ao levantar dados do quantitativo de conciliações pré-processuais na Justiça Estadual no período de janeiro a junho de 2020, percebe-se que houve redução importante no atingimento dessa meta em relação ao mesmo período do ano de 2019, de acordo com o gráfico a seguir:

**Gráfico 36 – Meta 3 – Justiça Estadual – Conciliações pré-processuais**

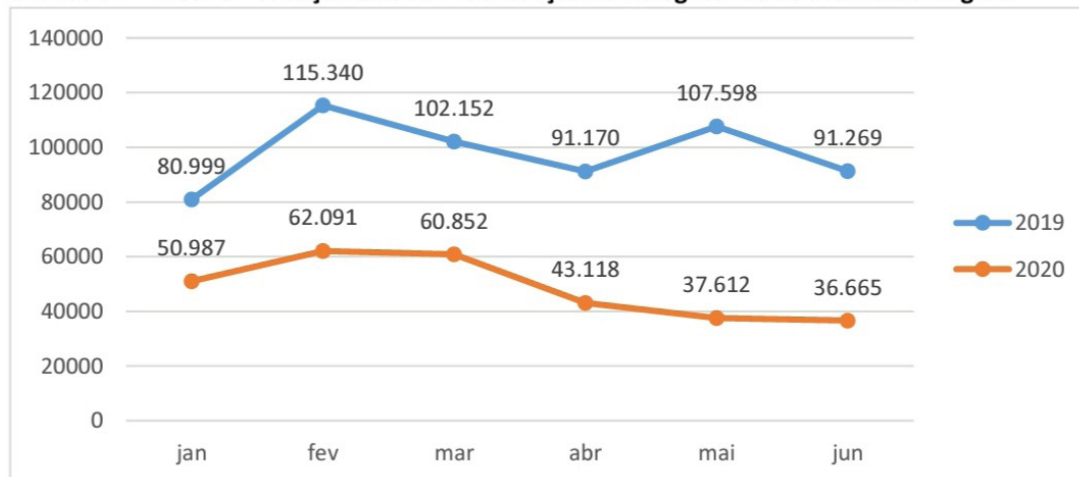


Fonte: CNJ, Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento de Metas do Poder Judiciário, 2020.

33 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das metas Nacionais do Poder Judiciário 2020*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metadados/metadados-nacionais-2020-em-tempo-de-covid-19/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

Em relação ao número de sentenças de homologatórias de acordos no 1º grau proferidas no âmbito da Justiça Estadual, constatou-se que houve redução significativa dessas sentenças no período entre janeiro e junho de 2020 comparado ao mesmo lapso temporal em 2019 conforme gráfico a seguir:

**Gráfico 37 – Meta 3 – Justiça Estadual – Sentenças homologatórias de acordo no 1º grau**



Fonte: CNJ, Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento de Metas do Poder Judiciário 2020.

Quanto ao desempenho do TJ-CE na realização de audiências de conciliação ou de mediação e homologação de acordos, o NUPEMEC/TJ-CE forneceu a esta pesquisa dados quantitativos referentes ao período de janeiro a agosto de 2020 e de todo o ano de 2019 para fins de análise comparativa.

No ano passado, o órgão apurou um total de 6.805 audiências pré-processuais realizadas chegando a um número de 5.137 acordos firmados. No que tange à fase processual, foram realizadas 16.730 audiências ao todo com a formação de 4.827 acordos, conforme demonstra tabela a seguir:

ESTATÍSTICA TOTAL POR MÊS

NUPEMEC CEJUSCS OBRIGATÓRIOS 2019							
MÊS/ANO	PRÉ-PROCESSUAIS				PROCESSUAIS		
	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS	HOMOLOGAÇÕES	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS
JANEIRO	422	278	227	241	771	440	150
FEVEREIRO	650	464	373	422	2.219	1.340	327
MARÇO	618	465	346	242	1.692	991	336
ABRIL	844	613	452	228	2.611	1.646	507
MAIO	1.038	760	573	356	2.970	1.723	525
JUNHO	645	538	395	401	2.378	1.344	433
JULHO	606	440	332	253	1.662	1.035	361
AGOSTO	710	568	458	295	3.132	1.818	572
SETEMBRO	1.059	793	574	368	3.132	1.900	553
OUTUBRO	1.190	760	580	570	3.579	2.074	420
NOVEMBRO	1.000	723	513	456	3.044	1.670	442
DEZEMBRO	556	403	314	267	1.347	749	201
<b>TOTAL</b>	<b>9.338</b>	<b>6.805</b>	<b>5.137</b>	<b>4.099</b>	<b>28.537</b>	<b>16.730</b>	<b>4.827</b>

Fonte: NUPEMEC/TJ-CE, 2019.

Comparando os dados descritos acima com os relativos aos de 2020 concernentes ao período de janeiro à agosto, pode-se verificar expressiva baixa nos números de audiências e acordos realizados, como informa tabela abaixo:

CEJUSCS - DADOS ESTATÍSTICOS 2020									
	PRÉ-PROCESSUAL					PROCESSUAL			
	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO REALIZADAS	AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO REALIZADAS	TOTAL DE ACORDOS	HOMOLOGAÇÕES	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO REALIZADAS	AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO REALIZADAS	TOTAL DE ACORDOS
JANEIRO	508	163	200	273	308	1424	692	132	195
FEVEREIRO	653	193	273	383	396	2835	1246	248	423
MARÇO	512	144	166	238	254	2227	1037	237	357
ABRIL	15	1	13	7	113	1	1	0	0
MAIO	39	6	23	25	53	66	43	7	19
JUNHO	77	14	52	61	93	324	163	12	30
JULHO	96	27	59	68	46	733	421	68	121
AGOSTO	149	47	88	114	66	1289	739	97	166

\* Meses de janeiro a julho com dados do primeiro e segundo graus

\*\* Mês de agosto com dados do primeiro e segundo graus

\*\*\* Meses de abril a junho, em razão da suspensão dos prazos processuais e do trâmite de agendamento de audiências, somente sessões com solicitação Voluntária foram agendadas.

\*\*\*\* Mês de março, foram contabilizadas sessões realizadas entre o dia 1º e o dia 17, em atenção à suspensão de atendimento presencial.

Fonte: NUPEMEC\_TJ/CE, 2020.

## 4 PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO DURANTE A PANDEMIA

### 4.1 Audiência de instrução e julgamento

A audiência de instrução e julgamento é uma sessão pública conduzida por um magistrado de primeiro grau com o fim precípuo de produzir prova oral<sup>34</sup>. Esta audiência possui natureza jurídica de ato processual complexo, pois nela ocorrem também conciliação, além da instrução e do julgamento<sup>35</sup>. Ou seja, difere-se da audiência de mediação e conciliação, por ter uma das características mais importantes, a confidencialidade, excetuando-se os processos que tramitam em segredo de justiça.

Deve ser regida pelos princípios da oralidade, imediatidade, concentração ou unidade, colaboração e publicidade. De acordo com o princípio da oralidade, os atos processuais devem manifestar-se por meio de linguagem oral, em detrimento da escrita. No que se refere ao princípio da imediatidade, o magistrado mantém contato pessoal e direto com as partes, seus advogados e as provas.<sup>36</sup>

Pelo princípio da concentração ou unidade, tem-se que os atos os quais a integram a audiência devem ocorrer, preferencialmente, em uma única sessão. Caso não seja possível realizar todos os atos no mesmo dia, o magistrado pode marcar o prosseguimento da audiência para a data mais próxima possível e em pauta preferencial, nos termos do art. 365, parágrafo único do CPC. Outrossim, em cumprimento ao princípio da publicidade, a audiência deve ser pública, salvo os casos previstos do art. 189, CPC/2015.<sup>37</sup>

34 LUNARDI, F. C. *Série IDP – Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. 9788553611003. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611003/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

35 LOURENÇO, H. *Processo Civil Sistematizado*, 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985493/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

36 PINHO, H. D. B. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, v.2. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600519/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

37 PINHO, H. D. B. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, v.2. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600519/>>. Acesso em: 11 set. 2020.



Passando para sequência dos atos estruturados nos artigos 358 a 368 do Código Processual Civil, a audiência inicia com a abertura declarada pelo juiz, nos termos do art. 358, com o respectivo pregão para que se apresentem as partes, seus advogados e quem mais deva participar. Com a reunião de todos, o juiz conduzirá as partes a uma tentativa de conciliação, ainda que já tenham ocorrido outras tentativas anteriormente, assim dispondo o art. 359 do CPC.

Não chegando às partes a um acordo, segue-se para a colheita da prova oral a qual sucederá, de preferência, na ordem indicada no art. 361 do CPC, o qual prevê que primeiro serão ouvidos o perito e os assistentes técnicos. Em seguida, colhe-se o depoimento pessoal do autor e em seguida o do réu, e por fim serão inquiridas as testemunhas do autor e depois as do réu.

Após a conclusão da instrução haverá o momento das alegações finais o qual o magistrado concede a palavra para o advogado do autor, seguido do advogado do réu e depois para o Ministério Público, caso seja hipótese em que caiba intervenção deste, conforme indica o art.364 do CPC.

Cada parte gozará de vinte minutos para as alegações de cada parte, podendo-se prorrogar por mais dez minutos, ficando a critério do magistrado. Esse debate oral poderá ser suprido por razões finais escritas, quando se tratar causas com questões mais complexas com prazo sucessivo de 15 dias para o autor, réu e Ministério Público caso haja necessidade de sua intervenção, conforme o parágrafo único do artigo mencionado alhures.

Com o fim do debate oral, o magistrado poderá proferir sentença na própria audiência ou no prazo de 30 dias, de acordo com o art. 366 do CPC. Ao final do ato, será lavrado um termo que conterá os acontecimentos da audiência, os despachos, decisões e a sentença caso esta tenha sido proferida, nos termos do art. 367 do CPC. A audiência poderá ser gravada na íntegra com captura de imagem e de áudio, através de meio digital ou analógico, ficando assegurado o rápido acesso para as partes e para os órgãos julgadores.

Existe a possibilidade de adiamento da audiência por convenção das partes. Poderá ser adiada, ainda, caso alguma das pessoas que devam participar do ato não puder comparecer por motivo justificado que deverá ser comprovado até a abertura da audiência. O CPC prevê também a hipótese de adiamento quando o início da audiência atrasar por tempo superior a 30 minutos do horário marcado.

No caso em que o advogado ou defensor público não compareça à audiência, o juiz estará autorizado a dispensar a produção das provas requeridas pela parte, podendo aplicar esta regra inclusive ao Ministério Público, conforme o art. 362, §2º.

## **4.2 Audiência de instrução por videoconferência**

O CPC/2015 trouxe consigo a autorização para que os atos processuais fossem realizados por videoconferência nos artigos 236, §3º; 385, §3º; 453, §1º e 461, §2º. Na maioria das hipóteses mencionadas, o uso dessa modalidade é indicado excepcionalmente nos casos em que partes e testemunhas se encontrem em local diverso de onde tramita o processo. Nota-se também o caráter autorizativo dos dispositivos, sem maiores especificações que a peculiaridade a qual essa medida requer.

Entretanto, dada a impossibilidade de reunir todos os sujeitos do processo para concretizar uma audiência de instrução presencialmente durante o momento enfrentado, o uso desse meio eletrônico tornou-se a regra para que se garantisse a continuidade da tutela jurisdicional e para conter o avanço do contágio do coronavírus.

Assim sendo, CNJ disponibilizou a Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais chamada Webex Cisco decorrente de um Acordo de Cooperação Técnica com a Cisco Brasil Ltda., instituída por meio da Portaria nº 61/2020.<sup>38</sup> Esta normativa, contudo, não vedou o uso de outras ferramentas tecnológicas que sirvam para o mesmo fim.

Além de outras diretrizes, a Resolução nº 314/2020<sup>39</sup> do mesmo órgão, já mencionada no capítulo anterior, ratificou a opção de uso da plataforma acima referida e assegurou que os arquivos emanados dessa plataforma devam ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, ficando garantido o acesso às partes e procuradores habilitados no feito.

A resolução supracitada asseverou ainda que, para ser designado um ato por videoconferência, deve-se considerar os obstáculos que possam existir para intimar as partes e testemunhas, só podendo designar um ato nesse formato quando for viável a participação de todos os envolvidos. Vedou-se inclusive a responsabilização de advogados e procuradores para viabilizarem o comparecimento de partes e testemunhas a locais fora de prédios oficiais do Poder Judiciário, a fim de participar de atos virtuais.

O TJ-CE aderiu ao uso da plataforma estipulada pelo CNJ a partir da publicação da Portaria de nº 640<sup>40</sup> e tem noticiado ganhos em relação à celeridade e à duração razoável do processo. O mesmo Tribunal relatou<sup>41</sup> casos em que foi possível a realização de seis audiências de instrução no mesmo dia, com duração média de uma hora cada ato, concluídas inclusive com o proferimento de sentenças.

O TJ-CE contabilizou a realização de 2.277 audiências por videoconferência entre o período de março e a primeira quinzena de julho.<sup>42</sup> Com base nesses dados indicativos de aumento de celeridade e produtividade, o grupo de trabalho que foi instituído para lidar com os atos telepresenciais assevera que esta modalidade irá perdurar como política prioritária, mesmo com o fim da pandemia. Esta política conta, por exemplo, com projetos para subtrair as cartas precatória, ato o qual, de fato, contribui muito para a complexidade e o prolongamento dos processos.<sup>43</sup>

Não obstante, o TJ-CE vir noticiando relatos positivos de magistrados sobre suas experiências conduzindo audiências de instrução por videoconferência<sup>44</sup>, há ressalvas ao uso desse meio no que se refere à oitiva das testemunhas e das partes, pois não se sabe ao certo as condições em que estão depondo e se está sendo garantida as regras dos arts. 385,

38 BRASIL. *Portaria nº 61*, de 31 de março de 2020. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266>>. Acesso em: 10 set. 2020.

39 BRASIL. *Resolução nº 314* de 20/04/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

40 CEARÁ. *Portaria nº 640*, de 24 de abril de 2020. Estabelece o procedimento para viabilizar as audiências especificadas no art. 6º, § 3º, da Resolução nº 314/2020, do CNJ. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2361&cdCaderno=1&nuSeqpagina=4>>. Acesso em: 5 set. 2020.

41 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Ferramenta eletrônica possibilita realizar seis audiências de instrução em único dia*. TJCE. 1º de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/ferramenta-eletronica-possibilita-realizar-seis-audiencias-de-instrucao-em-unico-dia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

42 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados do Tribunal de Justiça realizam 2.277 teleaudiências durante pandemia*. TJCE. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-do-tribunal-de-justica-realizam-2-277-teleaudiencias-durante-pandemia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

43 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados do Tribunal de Justiça realizam 2.277 teleaudiências durante pandemia*. TJCE. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-do-tribunal-de-justica-realizam-2-277-teleaudiencias-durante-pandemia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

44 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados aprovam modelo de teleaudiência implantado pelo TJCE*. TJCE. 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-aprovam-modelo-de-teleaudiencia-implantado-pelo-tjce/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

§2º e 456 do CPC os quais dispõem que os depoentes e testemunhas não devem ouvir os depoimentos e testemunhos dos demais.<sup>45</sup>

Em setembro, houve um incidente na 3ª Vara do Trabalho de Santo André, no Estado de São Paulo, que pode ilustrar bem como essas variantes podem ocorrer na prática. O magistrado que presidia a audiência de instrução virtual constatou que os prepostos das reclamadas se encontravam na mesma sala física ao solicitar que estes exibissem o cômodo com a câmera; quando notou a presença de outras pessoas, foi pedido que a parte trocasse de sala e mostrasse novamente o ambiente, mas, ainda assim, encontravam-se as demais pessoas no local. Violada a incomunicabilidade dos depoentes, o juiz adiou o ato.<sup>46</sup>

Deve-se sopesar, também, a situação daqueles depoentes que não se intimidam com as consequências penais em prestar falso testemunho diante da presença física de um juiz, mas este, devido à sagacidade adquirida no exercício de seu ofício e de sua capacitação, consegue perceber detalhes inverídicos ao observar gestos, atitudes e contradições manifestadas.

Nesse aspecto, ao considerar a questão da integridade da prova oral obtida através de audiência por videoconferência, é contraproducente tentar uma mera reprodução do que se praticava em audiências presenciais nas audiências virtuais. Deve-se pensar em soluções inovadoras e adequadas ao novo formato. Assim sendo, estes autores propuseram que se crie um compromisso diferenciado para as partes e testemunhas com o objetivo de assegurar que estejam livres da interferência de terceiros ou presencialmente ou com o uso de aparelhos de transmissão de sons e imagens. Sugeriram também a criação de salas de videoconferência apartadas para garantir que um depoente ou testemunha não escutará o depoimento do outra.<sup>47</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como principal propósito avaliar os impactos do Coronavírus na realização das audiências de conciliação, mediação e instrução, e quais as soluções jurídicas adotadas para transpor os obstáculos e adaptar a atual realidade de isolamento social. Avaliação esta que se mostra relevante tanto pela limitação dos jurisdicionados aos meios eletrônicos online, bem como pela dificuldade dos servidores da justiça que, normalmente, se valem desse contato físico para aferir melhor as dimensões da lide, seja analisando o depoimento por partes e testemunhas, seja na tentativa de descobrir os interesses envolvidos em um conflito para facilitar um diálogo.

Inicialmente, com a suspensão momentânea dos prazos processuais e com o distanciamento social, poderia se inferir que a situação iria imobilizar o sistema judicial brasileiro. Contudo, com o uso de aparatos tecnológicos os números têm indicado que o Poder Judiciário tem mantido alguma produtividade e parece ter se adaptado bem ao trabalho remoto. Mas essa realidade não se expande às audiências eletrônicas em videoconferência.

Apesar de ter conservado certa produtividade, a partir de dados aferidos pelo CNJ sobre impactos da pandemia no cumprimento de metas do Poder Judiciário, verificou-se que houve redução significativa nos índices de atingimento desses objetivos no que tange às metas

45 BRAGA, M. A. P. L.; BRAGA, T. B. F. A produção da prova testemunhal na audiência trabalhista telepresencial e seu legado para a nova era do direito processual do trabalho pós covid-19. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, v.21, n.23, p. 352-376, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2020.54208>. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54208>>. Acesso em: 10 set. 2020.

46 NOTÍCIAS: “Saíam da Disneylândia”, afirma magistrado ao criticar audiências de instrução virtuais. 4 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332917/saiam-da-disneylandia-afirma-magistrado-ao-criticar-audiencias-de-instrucao-virtuais>>. Acesso em: 10 set. 2020.

47 MORAES, C. M.; GAIA, F. S.; SILVA, K. Y. C. Audiências por videoconferência na justiça do trabalho. *Revista Direito UNIFACS – Debate virtual*. Salvador, n.239, 2020. Disponível em: <<https://amazonc.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6747>>. Acesso em: 10 set. 2020.

processuais no primeiro semestre de 2020 comparado ao mesmo período do ano passado.

O uso da videoconferência já encontrava substrato legal no CPC, entretanto, com a adesão do Poder Judiciário a essa ferramenta cotidianamente, foi surgindo a necessidade de regulamentações complementares. No entanto, apesar de importantes, estes complementos normativos não abrangem todos os aspectos e peculiaridades que passaram a ser pensados agora com a prática rotineira do meio virtual, como por exemplo a incomunicabilidade dos depoentes.

Não obstante as dificuldades, assim como outros órgãos jurisdicionais, o Poder Judiciário cearense tem se utilizado da videoconferência para realizar as audiências de instrução e tem noticiado um aumento na celeridade nesse processo, sendo, inclusive, objeto de estudo para aderir a prática de maneira permanente e como forma de reduzir o tempo de duração de um processo que necessite de expedição de carta precatória, que com o uso dessa ferramenta eletrônica pode não ser mais necessária a expedição deste tipo de ato.

Quanto a eventuais mudanças procedimentais, verificou-se o caráter facultativo dado à audiência inicial de conciliação ou de mediação no Cejusc Fórum do TJ-CE. Essa alteração afetou significativamente o número de audiências realizadas neste órgão, conforme informações fornecidas por este. Contudo, a fase tão logo voltou ao seu rito normal, passou a acatar o adiamento da audiência em casos de problemas técnicos. Com esta retomada, registrou-se aumento nos índices de realização deste ato, mas ainda bem inferior em relação ao período concernente ao ano passado.

No que tange à abrangência nacional, constatou-se por meio de análise de números do Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2020 que também houve expressiva diminuição no quantitativo de audiências de conciliação pré-processuais e sentenças homologatórias de acordo no 1º grau nas Justiças Estaduais no geral.

Por fim, o uso da videoconferência para a realização das audiências de conciliação, mediação e instrução, encontra limitações que ainda necessitam de soluções para adequar as técnicas ao modo virtual. Devendo-se, ainda, pensar em meios que incluam a população de baixa-renda que não possua ferramentas tecnológicas para participar de atos virtuais restando garantido seu acesso à justiça.

Diante desta realidade apresentada das audiências remotas de mediação, conciliação e instrução, identifica-se como principais obstáculos a limitação do jurisdicionado aos equipamentos eletrônicos; a facilitação de fraudes nas audiências de instrução; e o comprometimento da confidencialidade nas audiências de mediação e conciliação. Tudo isso aliado à cultura jurídica da modalidade presencial e à dificuldade de adaptação em curtíssimo tempo.

Em contrapartida, sair da zona de conforto e aplicar o mecanismo da audiência eletrônica, até então pouco utilizada, fomentou a ampliação de mais meios que, em sendo bem utilizado e destinado a situações específicas de adequação à modalidade remota de audiência, podem contribuir para a efetivação do acesso à justiça.

Assim, a excepcionalidade da situação vivida por conta da pandemia tornou-se um momento de pensar soluções jurídicas criativas, de modo a construir novos saberes e estratégias para garantia de uma justiça justa, célere e satisfativa.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRAGA, M. A. P. L.; BRAGA, T. B. F. A produção da prova testemunhal na audiência trabalhista telepresencial e seu legado para a nova era do direito processual do trabalho pós covid-19. Revista eletrônica de direito processual – REDP. Rio de Janeiro, v. 21, n. 23, p.352-376, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2020.54208>. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54208>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Realidade na pandemia, sessões e audiências por videoconferência vieram para ficar. CNJ. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/realidade-na-pandemia-sessoes-e-audiencias-por-videoconferencia-vieram-para-ficar/>>. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/prt454-20-ms.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Portaria nº 61, de 31 de março de 2020. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Resolução nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Resolução nº 313 de 19/03/2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Resolução nº 314 de 20/04/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Resolução nº 318 de 07/05/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313, de 19 de março de 2020, e nº 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3308>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Resolução nº 322 de 01/06/2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>>. Acesso em: 31 jul. 2020

BUENO, C. S. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609130/>>. Acesso em: 31 jul. 2020

CÂMARA, A. F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/>>. Acesso em: 31 jul. 2020

CEARÁ. Decreto 33.510, de 16 de março de 2020. Decreta situação de emergência em saúde dispõe sobre medidas para enfrentamento e contenção da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.510-de-16-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020

CEARÁ. Decreto 33.519, de 19 de março de 2020. Intensifica as medidas para enfrentamento da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.519-de-19-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020.



CEARÁ. *Portaria Conjunta nº 1*, de 08 de abril de 2020. Dispõe sobre a realização de audiência virtual de conciliação e mediação no CEJUSC/Fortaleza durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2352&cdCaderno=1&nuSeqpagina=32>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 2*, de 29 de maio de 2020. Altera a Portaria nº01/2020/NUPEMEC, que dispõe sobre a realização de sessões de conciliação e mediação virtual nos Cejuscs durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/06/portaria-no-02-2020-altera-a-portaria-no-01-2020-dj-29-05-20-pag-7.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 497*, de 16 de março de 2020. Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário cearense. Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28124>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 640*, de 24 de abril de 2020. Estabelece o procedimento para viabilizar as audiências especificadas no art. 6º, § 3º, da Resolução nº 314/2020, do CNJ. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2361&cdCaderno=1&nuSeqpagina=4>>. Acesso em: 5 set. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 809*, de 8 de junho de 2020. Trata dos prazos dos processuais judiciais, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, conforme Resolução nº 318, de 07 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28472>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Ferramenta eletrônica possibilita realizar seis audiências de instrução em único dia*. TJCE. 1º de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/ferramenta-eletronica-possibilita-realizar-seis-audiencias-de-instrucao-em-unico-dia/>>. Acesso em: 10 set. 2020

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados do Tribunal de Justiça realizam 2.277 teleaudiências durante pandemia*. TJCE. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-do-tribunal-de-justica-realizam-2-277-teleaudiencias-durante-pandemia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados aprovam modelo de teleaudiência implantado pelo TJCE*. TJCE. 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-aprovam-modelo-de-teleaudiencia-implantado-pelo-tjce/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *TJCE apresenta plano de retorno às atividades presenciais com previsão de volta gradativa em julho*. TJCE. 11 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-apresenta-plano-de-retorno-as-atividades-presenciais-com-previsao-de-volta-gradativa-em-julho/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das metas Nacionais do Poder Judiciário 2020*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/metasp-nacionais-2020-em-tempo-de-covid-19/>>. Acesso em: 18 set. 2020

GONÇALVES, M. V. R. *Esquematizado – Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615933/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

GRINOVER, A. P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, G.; LEONEL, R. B. (Orgs.). *O novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0236-2/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

KNEVITZ, R. L. S. *Conciliação virtual: princípios e procedimentos para sessões via WhatsApp em processos no Poder Judiciário de Santa Catarina*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e Justiça Restaurativa) – Tubarão, 2020, Universidade do Sul de Santa

Catarina. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/9535>>. Acesso em: 8 set. 2020.

LOURENÇO, H. *Processo Civil Sistematizado*. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985493/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

LUNARDI, F. C. *Série IDP – Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611003/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

MORAES, C. M.; GAIA, F. S.; SILVA, K. Y. C. Audiências por videoconferência na justiça do trabalho. *Revista Direito UNIFACS – Debate virtual*. Salvador, n. 239, 2020. Disponível em: <<https://amazonc.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6747>>. Acesso em: 10 set. 2020.

NOTÍCIAS: *Camilo oficializa plano de retomada gradual e 66 mil pessoas voltam ao trabalho nesta segunda-feira*, 1º. 28 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2020/05/28/camilo-oficializa-plano-de-retomada-gradual-e-66-mil-pessoas-voltam-ao-trabalho-nesta-segunda-feira--1.html>>. Acesso em: 10 set. 2020.

NOTÍCIAS: *“Saíam da Disneylândia”, afirma magistrado ao criticar audiências de instrução virtuais*. 4 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332917/saiam-da-disneylandia-afirma-magistrado-ao-criticar-audiencias-de-instrucao-virtuais>>. Acesso em: 10 set. 2020.

PINHO, H. D. B. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600519/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p. 85-114, jul. 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/Dayse/Downloads/29893-159457-1-PB%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Dayse/Downloads/29893-159457-1-PB%20(6).pdf)>. Acesso em 10 fev. 2020.

PUREZA, I. L. *Online Dispute Resolution e os novos modelos de acesso à justiça na era digital*. 2019. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Rio de Janeiro, 2019: Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/12146>>. Acesso em: 9 set. 2020.

THEODORO JR., H. *Curso de Direito Processual Civil – v. 1*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

WATANABE, P. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. 11 de março de 2020. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/oms-declara-pandemia-do-novo-coronavirus.shtml>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

---

**Recebido em:** 29.09.2020

**Aprovado em:** 18.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

MARTINS, Dayse Braga; HOLANDA, Iara Alcantara de. Audiências online em tempo de pandemia de covid-19 no âmbito do TJ-CE. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.377-395, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-24.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O MOVIMENTO COLETIVO DOS ENTREGADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO CONTEXTO PANDÊMICO

## THE COLLECTIVE DEMONSTRATIONS OF DELIVERY APP COURIERS IN THE MIDST OF THE CORONAVIRUS PANDEMIC

Gabriela Neves Delgado <sup>1</sup>  
Bruna V. de Carvalho <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo analisa o movimento deflagrado pelos entregadores de aplicativos, em meio à pandemia da COVID-19. Ante as denúncias apresentadas pelos trabalhadores, o artigo levanta a seguinte questão: como garantir que a utilização de novas tecnologias não gere a precarização das condições de trabalho? O argumento central defendido concentra-se em demonstrar a vocação expansionista do Direito do Trabalho como meio para assegurar o patamar civilizatório de direitos em qualquer relação de trabalho. Assim, o artigo apresenta dados empíricos levantados pelo Projeto de Pesquisa Trabalho Digital UnB e pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR) para descrever a situação dos entregadores no atual contexto institucional e, em seguida, adota um viés exploratório, com base em pesquisa bibliográfica, para discorrer sobre as implicações do tratamento jurídico garantido a esses trabalhadores na perspectiva da afirmação constitucional do direito fundamental ao trabalho digno. O artigo está estruturado em três partes. A primeira parte contextualiza o cenário de mobilizações sociais deflagradas. A segunda parte discorre sobre as novas relações de trabalho na era digital. Ao final, conclui-se que o potencial do movimento em exame está atrelado à sua capacidade de expandir o engajamento reivindicatório para além do cenário emergencial.

**Palavras-chave:** plataformas digitais; entregadores de aplicativo; direitos constitucionais trabalhistas.

**ABSTRACT:** The presented work analyses the collective demonstrations of delivery app couriers during the coronavirus pandemic. Due to the complaints made by these workers, the paper raises the following question: how to ensure that the use of new technologies does not lead to precarious working conditions? The central argument defended focuses on demonstrating the expansionist vocation of Labor Law to ensure the legal civilizatory threshold in any work relationship. With this aim, the paper presents empirical data collected by the Trabalho Digital UnB research project and by the Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR) to describe the situation of couriers in the current institutional context, then, adopts an exploratory approach, based on bibliographic research, to discuss the implications of the legal treatment guaranteed to these workers in the perspective of the constitutional defence of decent work. The paper is structured in three parts. The first part contextualizes the scenario in which the social demonstrations that took place. The second part discusses the new work relationships in the digital age. Finally, the conclusion is that the potential of the movement under examination is linked to its ability to expand the engagement of claims beyond the emergency scenario.

**Keywords:** digital platforms; delivery app couriers; constitutional labor rights.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social pela Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais (FLACSO/Brasil). Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Associada de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB. Pesquisadora Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Advogada. <sup>2</sup> Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq) e do Projeto de Pesquisa *Trabalho Digital* do Grupo de Estudos e Pesquisas para o Trabalho (UnB/CNPq). Auditora-Fiscal do Trabalho.

## INTRODUÇÃO <sup>3</sup>

Os movimentos sociais e sindicais são historicamente alinhados, mas nem sempre atuam em conjunto. Muitas vezes, a dinâmica das relações laborais, a pluriversalidade das demandas e a heterogeneidade dos grupos envolvidos não se amoldam, no todo ou em parte, às formas institucionais usuais de formalização de pleitos coletivos. Não obstante, enquanto fontes materiais do direito, essas mobilizações demandam atenção institucional, porquanto trazem notoriedade a problemas sociais muitas vezes negligenciados pela agenda política.

Nesse contexto, as expressões orgânicas de base ganham maior destaque enquanto formas de vocalização dos anseios sociais. Exemplifica essa expressão o movimento social deflagrado pelos entregadores de plataformas digitais, em 2020, no auge da pandemia da COVID-19, para reivindicar melhorias nas condições de trabalho, o qual ficou conhecido como “Breque dos Apps” ou “Breque por direitos”.

O movimento surgiu como protesto contra a exploração a que são submetidos os trabalhadores que prestam serviços de entrega, via plataformas digitais, em meio à pandemia. De fato, as apurações realizadas no período evidenciam que os entregadores passaram a ser submetidos a jornadas de trabalho ainda mais exaustivas, à baixa remuneração e à ausência de condições socioambientais condizentes com os patamares civilizatórios de trabalho digno, circunstância agravada ante o risco de contaminação pelo novo coronavírus.

Para dar notoriedade à situação precarizante vivenciada e reverter o desequilíbrio contratual experimentado, os entregadores de aplicativos se organizaram coletivamente e deflagraram paralisações em todo país, apresentando uma pauta inicial de demandas a serem atendidas pelas plataformas digitais. Ocorre que, para além das demandas pontualmente apresentadas pelos trabalhadores, o movimento lançou luz sobre um problema mais amplo: como garantir que a incorporação de novas tecnologias na organização laboral não precarize as condições de trabalho?

Não há dúvidas que o uso de novas tecnologias tende a trazer maior comodidade para os consumidores e mais economia e praticidade para as empresas. Não obstante, tem fugido ao modelo de negócio implementado pelas plataformas a necessidade de que a organização laboral proposta também traga contribuições ao trabalhador engajado na prestação de serviços, de modo a manter, com isso, o paradigma constitucional que atrela o desenvolvimento da ordem econômica à valorização do trabalho humano.

Em meio a esse descompasso de interesses, o objetivo deste artigo é demonstrar a vocação expansionista do Direito do Trabalho, enquanto elemento de conjugação dos interesses de econômicos com a pauta social de valorização do trabalho humano. De fato, o movimento deflagrado, para além da importante pauta de proteção ao trabalho para a categoria, também evoca uma percepção crítica sobre o dever de afirmação constitucional de direitos trabalhistas em meio às novas configurações das relações de trabalho na era digital.

Noções como subordinação e liberdade, limitadas a uma compreensão fordista do contrato de trabalho, são esvaziadas de seu significado primário e confrontadas com o atual contexto de pervasiva interseção entre a vida real e o controle promovido pelas plataformas digitais. Nessa dinâmica, é preciso promover uma releitura da proteção jurídico-trabalhista, sobretudo a partir da revisitação conceitual da subordinação jurídica, que se expande na linha

<sup>3</sup> Este artigo revisa, em certa medida, alguns pressupostos teóricos desenvolvidos em DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em: 17 out. 2020.

de afirmação da subordinação algorítmica.

Assim, para que a promoção do direito fundamental ao trabalho digno não seja um privilégio restrito a uma pequena categoria de trabalhadores, mas condição jurídica fundante para que todo e qualquer trabalhador usufrua do direito ao trabalho protegido no país, impõe-se uma reavaliação das condições de trabalho oferecidas pelas plataformas digitais, a fim de sujeitá-las ao crivo constitucional.

Essas reflexões ultrapassam o contexto emergencial da pandemia, que inicialmente motivou a deflagração do movimento, revelando-se como um novo desafio político institucional para afirmação de direitos constitucionais trabalhistas na era digital. O avanço da pauta do coletivo dos entregadores de aplicativos, todavia, está atrelado ao amadurecimento do movimento quanto ao potencial das demandas a serem apresentadas.

Com o propósito de explorar essas questões, a primeira parte deste artigo discorre sobre a situação precária de trabalho dos entregadores de aplicativos em meio ao contexto pandêmico e às mobilizações sociais deflagradas. Este tópico foi subsidiado por pesquisa empírica desenvolvida pelo Projeto de Pesquisa Trabalho Digital UnB, bem como pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR). Já na segunda parte, é apresentada uma leitura jurídica crítica quanto à estruturação das novas relações de trabalho na era digital e seus significados. Também se reflete sobre o potencial do movimento dos entregadores de aplicativos, o “Breque dos Apps” ou “Breque por direitos”, na afirmação de direitos constitucionais trabalhistas. Ao final, na terceira e última parte, conclui-se que o potencial do movimento em exame está atrelado à sua capacidade de expandir o engajamento reivindicatório para além do cenário emergencial pandêmico.

## **2. CRISE E LUTA POR DIREITOS NA PANDEMIA: O MOVIMENTO DEFLAGRADO PELOS ENTREGADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS, EM 2020.**

O rápido espriamento do novo coronavírus (SARS-CoV-2) chocou o mundo não apenas pelo elevado número de casos fatais associados a complicações decorrentes da doença, mas também pela crise multidimensional deflagrada. A morte pela contaminação viral soma-se, assim, ao risco também de morte e de miséria decorrente da severa precarização das condições de vida e de trabalho em meio ao cenário adverso provocado pela pandemia.

As vulnerabilidades das relações sociais e econômicas, qualificadas pelas mudanças introduzidas pela era digital, tornaram-se ostensivas<sup>4</sup>. Particularmente na nova realidade da “internet das coisas”, despontaram vários paradoxos no mundo do trabalho, entre os quais se destaca a condição vantajosa das empresas virtuais, que se beneficiam da incorporação de tecnologia de ponta em seus empreendimentos, em contraposição à condição de superexploração a que são acometidos os novos proletários de serviços da era digital.<sup>5</sup>

Ao analisar o caso das plataformas de delivery, observa-se, por exemplo, que a pandemia favoreceu o uso dessas tecnologias, uma vez que a utilização de serviços de entrega é medida que contribui para o isolamento social em relação àqueles que podem permanecer em casa.

Em pesquisa realizada pela Empresa “RankMyAPP”, constatou-se que ao ser declarada a transmissão comunitária da doença, no Brasil, em 6 de março de 2020, houve um aumento de 126% no número de downloads de aplicativos de delivery quando comparados com o

---

4 Sobre as novas configurações das organizações interempresariais no contexto digital, consultar: DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.

5 ANTUNES, R. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018

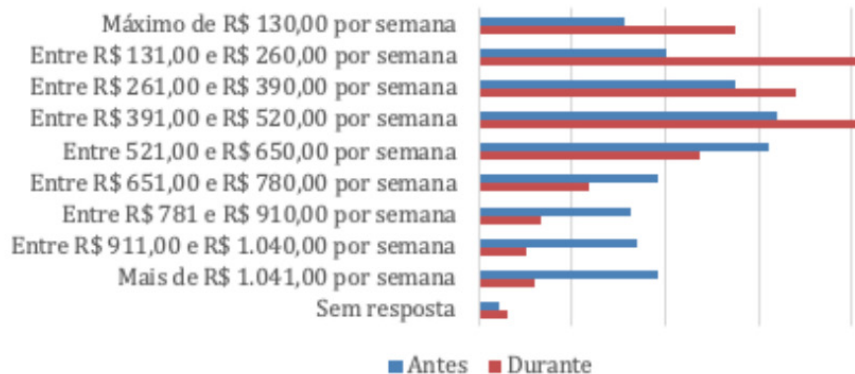


mesmo período do ano anterior.<sup>6</sup>

A maior aderência social às plataformas digitais e o impulsionamento a esse modelo de negócio, todavia, não reverberaram em melhoria das condições de trabalho dos entregadores, ao contrário, constatou-se que esses trabalhadores sofreram uma queda em sua remuneração e um incremento exponencial em sua jornada de trabalho.

Em pesquisa realizada pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR), 58,9% dos entregadores entrevistados, no período de 13 a 27 de abril de 2020, relataram queda remuneratória durante a pandemia, conforme resultados expressos no gráfico abaixo.<sup>7</sup>

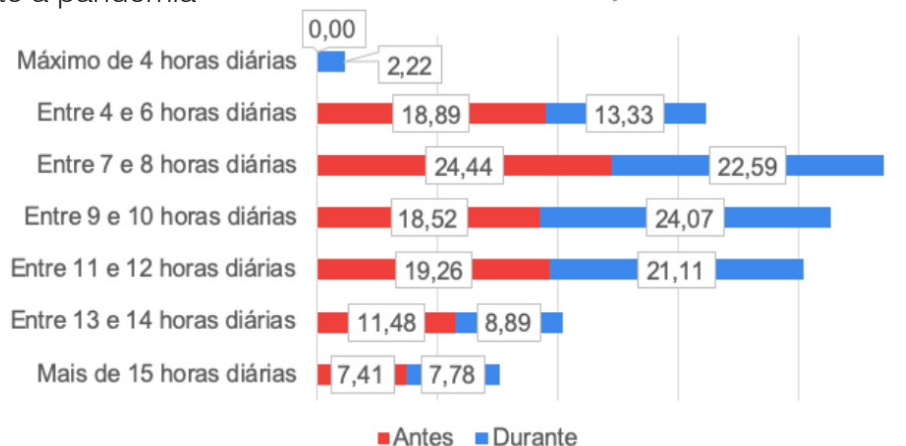
FIGURA 1 Faixa de renda antes e durante a pandemia dos entregadores via plataforma digital



Fonte: Abílio et al (2020).

A pesquisa também constatou que, apesar de os trabalhadores já estarem usualmente sujeitos a jornada de trabalho acima do limite constitucional (oito horas por dia), constatou-se que, durante a pandemia, 62% dos entrevistados passaram a trabalhar mais de 9 horas por dia, o que implicou num aumento de 5% em relação ao período anterior.

FIGURA 2 Faixas de jornada de trabalho dos entregadores via plataforma digital antes e durante a pandemia



Fonte: Abílio et al (2020).

6 MEIRELES, C. *Quarentena impacta downloads de aplicativos de entregas*. *Consumidor Moderno*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2020/03/24/quarentena-coronavirus-impacta-aplicativos-entregas/>. Acesso em: 1 set. 2020.

7 ABÍLIO, L. C. et al. *Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a COVID-19*. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, v. 3, 8 jun. 2020.

Essa “plataformização do trabalho”, modo de organização do trabalho realizado via aplicativos de plataformas digitais, ao mesmo tempo que inova, ao introduzir uma nova forma de conectar pessoas e realizar serviços, também tem se mostrado, regra geral, como mais um mecanismo de exploração da antiga fórmula de autovalorização do capital, em detrimento dos interesses sociais do trabalhador. São vários os efeitos deletérios decorrentes desse novo modo de gerir e de controlar o trabalho via plataformas digitais, mantendo-se os obreiros a ele submetidos às margens de um sistema jurídico de proteção ao trabalho com esteio no regramento constitucional.

A superexploração do trabalho dos entregadores de aplicativos resultou, em 2020, em um movimento incipiente de articulação e na formação de novas vias de associação coletiva. Assim, observou-se que a omissão institucional em relação aos trabalhadores de aplicativos, ao tempo que os coloca à margem das garantias jurídicas de trabalho digno, paradoxalmente também os aproxima, evidenciando a semelhança de condições de vida partilhadas por um trabalho intensamente precarizado.

Esse contexto tem propiciado a organização coletiva em torno de um interesse comum: a luta por direitos e por reconhecimento. Inseridos e ambientados ao mundo virtual, tais trabalhadores passaram a testar novos espaços e dinâmicas de agremiação coletiva, usando das plataformas digitais para se conectarem e assim exercerem o direito de resistência.<sup>8</sup>

O “Breque dos Apps”, como se popularizou chamar o movimento, marca um momento histórico na luta por melhores condições de trabalho da classe. A manifestação, que engajou trabalhadores de diversos países da América Latina<sup>9</sup>, deflagrou um movimento espontâneo que evidencia não só a força da articulação coletiva baseada na liberdade de associação e de cooperação entre pessoas que partilham de semelhantes condições de trabalho, como também desafia o poder político das organizações formais.

São muitos os desafios para se romper com a manutenção dos privilégios e do sistema de exploração no trabalho digital. Para além de um processo de conscientização coletiva de classe, é preciso atentar para a relevância do reconhecimento dos atores interessados enquanto sujeitos de direitos do trabalho. É por vivenciar o desamparo jurídico da falta desse reconhecimento que a coletividade dos entregadores via plataforma digital uniu-se em torno de demandas comuns para apresentar uma pauta inicial de reivindicações.

Conforme síntese apresentada por Delgado e Carvalho<sup>10</sup>, cujos excertos se transcrevem, a pauta dos entregadores contempla essencialmente quatro grandes núcleos de demandas. A primeira delas, espelhando a expectativa de contraprestação essencial da prestação de serviço, é o pleito pelo aumento do valor de “frete”, ou seja, o aumento do valor pago pelas plataformas pelo serviço de entrega realizado, o que se soma ao pedido de reajuste anual dessas parcelas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Em segundo lugar, a classe também demanda medidas assecuratórias ante os riscos que envolvem a atividade realizada, popularmente designada de “profissão perigo”.<sup>11</sup> Nesse sentido, os reivindicantes reclamam que as empresas concedam seguro de vida, seguro contra

8 VIANA, M. T. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

9 REDAÇÃO OPERA MUNDI. *Entregadores latino-americanos se juntam à paralisação dos brasileiros nesta quarta*. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/permalink/65459>. Acesso em: 20 jul. 2020.

10 DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em 04.08.2020

11 Segundo dados do Ministério da Saúde, oito em cada dez atendimentos no Sistema Único de Saúde (SUS), por acidente de transporte, envolvem motociclistas. Nesse sentido, ver: CERILLO, J. *Motociclistas são os que mais se acidentam no trânsito*. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46168-motociclistas-sao-os-que-mais-se-acidentam-no-transito>. Acesso em: 2 jul. 2020.

roubo e acidente, bem como que forneçam equipamentos de proteção individual (EPI) e auxílio financeiro em caso de afastamento por doença, especialmente em atenção à maior exposição dos trabalhadores de aplicativos ao risco de contágio por Covid-19 (“auxílio pandemia”).

A reivindicação contempla, em terceiro lugar, o pleito pelo fim dos bloqueios injustos e injustificados como forma de sancionamento e do sistema de pontuação e restrição dos locais de serviço. Tal medida é refutada ante a arbitrariedade de sua aplicação, o que afeta desproporcionalmente as condições contratuais dos trabalhadores, que, em muitos casos, se veem privados de sua principal fonte de renda.

Em quarto lugar, no rol de demandas emergenciais, consta o pleito pela criação de pontos de apoio para descanso, alimentação e realização de necessidades fisiológicas, pauta que se coaduna com a dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno.<sup>12</sup>

As reivindicações que ganharam maior destaque no curso do movimento, longe de exaurirem as demandas de classe, marcam a luta pelo reconhecimento jurídico. Embora algumas das empresas de aplicativos já estejam concedendo alguns benefícios, é importante observar que *o pleito da classe é pelo reconhecimento de direitos, e não por discricionariedades patronais*.

A diferença entre o direito institucionalmente reconhecido e a discricionariedade, fruto de uma benesse empresarial, reverbera não apenas na segurança jurídica dos trabalhadores de aplicativos quanto à perspectiva contínua de fruição de direitos, sem o temor de mudanças ao alvedrio patronal, mas também no reconhecimento e na integração constitucional, na linha teórica de Delgado<sup>13</sup>. Ademais, atribuir caráter voluntário àquilo que deve ser reconhecido como direito envolve ainda dois riscos adicionais: a concessão de benesses não satisfativas e a socialização de responsabilidades empresariais.

No caso em apreço, algumas plataformas digitais, após pressão de órgãos de controle, como o Ministério Público do Trabalho, começaram a conceder benefícios gerais voltados a preservar saúde dos trabalhadores em meio à pandemia, tais como álcool em gel, máscaras, seguro acidente de trabalho e criação de fundos de apoio aos trabalhadores acometidos pela Covid-19. Não obstante, o relato dos trabalhadores indica que os benefícios concedidos não satisfazem inteiramente às necessidades a que se prestam. No caso da criação de fundo de acidente, por exemplo, o valor somente é pago ao trabalhador a título de ressarcimento, ou seja, o trabalhador deve arcar inicialmente com todos os custos de tratamento de saúde, o que faz com que a medida de proteção perca eficiência.<sup>14</sup>

No campo institucional, alguns avanços foram conquistados. Os entregadores de aplicativos no Distrito Federal lograram obter a aprovação da Lei distrital n. 6.677 /2020, que estabelece o dever de as empresas de aplicativos de entregas e de transporte individual privado de passageiros criarem e manterem pontos de apoio para os trabalhadores a elas vinculados, devendo garantir o seguinte:

Art. 2º Os pontos de apoio devem contar com:  
I - sanitários masculinos e femininos;  
II - chuveiros individuais;

<sup>12</sup> Na linha da dignidade no trabalho, consultar: DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015; DIAS, V. de O. A *Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise a partir do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal*. São Paulo: LTr, 2020.

<sup>13</sup> DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015, p. 25.

<sup>14</sup> PROJETO DE PESQUISA TRABALHO DIGITAL UNB. Lutas dos entregadores por APP: desafios, balanços e perspectivas, [s.d.]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2iFmTf-ivpw&t=5882s>. Acesso em: 1 set. 2020.

- III - vestiários;
- IV - uma sala para apoio e descanso dos trabalhadores, com acesso a internet sem fio e pontos de recarga de celular gratuitos;
- V - espaço para refeição;
- VI - espaço para estacionar bicicletas e motocicletas;
- VII - ponto de espera para veículos de transporte individual privado de passageiros.

Em matéria de remuneração, todavia, não houve uma significativa melhora. Ao contrário, observou-se uma tentativa das plataformas digitais de socializarem com o consumidor o dever de aumentar o valor da retribuição financeira auferida pelo trabalhador em razão do serviço prestado. No caso, a mobilização dos entregadores trouxe notoriedade para a baixa remuneração auferida pela classe, o que fez com que a sociedade civil aderisse ao movimento, deixando de utilizar os aplicativos nos dias de paralisação e realizando avaliações negativas das plataformas. Em resposta a esse contexto, as plataformas digitais passaram a reforçar o sistema de gorjeta, transferido para a própria sociedade civil a responsabilidade pelo aumento do valor recebido pelo trabalhador. Ou seja, a remuneração recebida pelo trabalho em si permaneceu desvinculada de qualquer patamar civilizatório mínimo, como o salário mínimo nacional ou qualquer valor coletivamente acordado, transferindo-se para o consumidor o interesse, ou não, em contribuir graciosamente em favor de cada trabalhador. O valor do trabalho prestado, como se observa, permaneceu sem reconhecimento institucional e sujeito às variações de mercado, como qualquer outro produto mercantil.

O posicionamento adotado pelas plataformas digitais segue essa linha de negação do trabalho regulado, baseando-se, entre outros aspectos, no discurso de que o empreendimento está voltado ao mero serviço de intermediação. Não obstante, o trabalho humano é fundamental e inerente ao negócio empreendido, de modo que não se pode negar aos trabalhadores envolvidos o respeito às condições essencialmente humanas para a execução do trabalho prestado. *As condições socioambientais de trabalho (meio ambiente ecologicamente equilibrado, saúde e segurança) devem ser, portanto, obrigatórias para a composição de qualquer modelo de negócio explorado por meio das plataformas digitais.*

Todo esse conjunto de demandas emergenciais e o prestígio que o movimento alcançou no cenário nacional e internacional já têm propiciado algumas respostas políticas. Em abril de 2020, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.665, da Câmara dos Deputados, para disciplinar os direitos dos entregadores que prestam serviços a aplicativos de entrega durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia. O requerimento de urgência na tramitação do projeto somente foi deferido em agosto deste ano.

Além disso, em 08 de julho de 2020, as lideranças nacionais do movimento reuniram-se com o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, para apresentar suas reivindicações. Já no dia 10 de julho de 2020, foi protocolado o Projeto de Lei nº 3.748, com vista à regulação do “regime de trabalho sob demanda”. Proposta idêntica foi apresentada no Senado Federal, nos termos do Projeto de Lei nº 3.754, de 13 de julho de 2020.

Note-se, todavia, que os Projetos de Lei em referência não estão no todo alinhados com a lógica constitucional de proteção ao trabalho humano, sobretudo se considerada uma perspectiva civilizatória e progressista. Apenas respondem pontualmente às demandas emergenciais apresentadas, instituindo alguns direitos em favor dos trabalhadores de aplicativos, atualmente colocados às margens de um sistema jurídico de proteção ao trabalho. Nesse sentido, acomodam-se a um Direito do Trabalho de emergência, “que é tão-só o que se tem feito até agora, sem qualquer resultado positivo para a questão do emprego; muito

menos para dar conta de uma norma que não tem valor em si; mas um tratamento de choque para manter vivo o homem”<sup>15</sup>.

Na linha de recrudescimento da precarização trabalhista, é possível destacar trechos da justificativa do PL 3.748/2020 que contradizem a Constituição, se considerada a dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno. A justificativa do projeto, por exemplo, diz da “preocupação de não estabelecer regras impositivas quanto a um período obrigatório de inatividade por parte do trabalhador”, brecha que pode causar a mercantilização do tempo de vida e de trabalho, negligenciando o fato de que não convém à sociedade de performance o efetivo descanso obreiro.

Nesse contexto, convém destacar que o fundamento constitucional sobre o qual deve se pautar a política de trabalho na ordem jurídica nacional, é sintetizado nos conceitos de *trabalho digno e de trabalho decente*, este último segundo a nomenclatura adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é membro signatário.

O trabalho decente representa a conjugação dos matizes sociais, econômicos e humanitários que consolidam o conjunto de orientações e diretrizes traçadas pela OIT, no âmbito da governança internacional, e que firmam, como marco programático, o compromisso com a dignidade humana e a promoção de justiça social. Os objetivos consagrados em torno desse conceito-ação passam “a constituir o arquétipo de avaliação da adequação de políticas públicas nacionais e internacionais, subjugando a esse preceito não só as políticas de trabalho, mas também as medidas de caráter econômico e financeiro”.<sup>16</sup>

Assim, pleitos que objetivam garantir a todos “o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades”, bem como “assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as suas ocupações”, conforme enuncia a Declaração de Filadélfia, retratam a invocação do compromisso político com a realização do trabalho digno ou decente, nos termos preconizados pela Constituição brasileira e pela OIT, desde os idos da sua constituição em 1919.

Em meio a todo esse contexto de demandas da era digital, os trabalhadores de aplicativos protagonizaram um marco histórico na luta por direitos da classe, com esteio não só na Constituição brasileira, mas também nas diretrizes internacionais de proteção ao trabalho.

Cansados, mas ainda assim mobilizados, os trabalhadores de aplicativos deflagraram um movimento nacional contra o novo modelo de exploração do trabalho do século XXI, denunciando o estado de vulnerabilidade e de precarização dos trabalhados em plataformas digitais. Potente, o Breque dos APPs se difundiu de ponta a ponta, fortalecendo os laços de solidariedade, as pautas coletivas e o direito coletivo de resistência.

Os desdobramentos dessa mobilização avançam agora para um contexto de definições: o que significa defender o trabalho digno para esses trabalhadores?

### **3 DIREITO DO TRABALHO PARA ALÉM DA CRISE PANDÊMICA: O DIREITO QUE SE QUER RECONHECER.**

Žižek, em abordagem filosófica sobre o capitalismo global, registra que “Na economia de mercado, as relações entre as pessoas podem aparecer como relações de liberdade e igualdade mutuamente reconhecidas: a dominação não é mais diretamente representada e

15 COUTINHO, A. R. Direito do trabalho de emergência. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 30, n. 0, 1998, p. 103.

16 CARVALHO, B. V. DE. Cooperação Internacional e o mundo do trabalho: o papel globalizante da OIT no impulsionamento de políticas de proteção social. In: O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil: 1919-2019. Belo Horizonte: *Virtualis*, 2019, p. 138.



visível enquanto tal.”<sup>17</sup>

A reflexão de Žižek encontra boa representação no contexto das relações de trabalho na economia digital, porquanto o trabalhador é afastado de seu papel de sujeito de direitos e passa a ser tratado como empreendedor da coisa alheia. Esta configuração típica da realidade de trabalho da era digital é anunciada com ênfase em seus usos potenciais como “economia do compartilhamento” (*sharing economy*) ou “economia entre pares” (*peer-to-peer*), designações, todavia, que mascaram a realidade efetivamente imposta pela uberização do trabalho humano.

Evidencia-se aqui o resultado da estruturação de um modelo de exploração em que os trabalhadores de aplicativos, popularizados como “trabalhadores-parceiros” ou “trabalhadores-colaboradores”, deixam de ser considerados subordinados para se tornarem agentes de desempenho em prol dos interesses patronais. Esses trabalhadores, ditos “empresários-de-si-próprios”, são submetidos a uma ambiência competitiva, em que os pares se tornam seus potenciais concorrentes.

Nessa nova lógica de organização do trabalho, o controle da subjetividade laboral é empreendido pela perpetuação do discurso do “autogerente-subordinado”<sup>18</sup>, pelo qual se difunde a equivocada concepção de que os trabalhadores de aplicativos seriam responsáveis pela assunção dos riscos e custos do trabalho/empreendimento, nos moldes de uma relação de trabalho autônoma. Nessa dinâmica, procura-se desarticular os mecanismos de interação social e de resistência coletiva, por meio de uma ideologia que modula não só o imaginário, mas também a própria subjetividade obreira.

No entanto, na realidade, esses trabalhadores recebem da plataforma digital o direito de trabalhar em troca de uma remuneração sobre a qual não podem opinar, a serviço de clientes que não podem escolher, em condições de trabalho que não podem gerenciar. A cooperação perde o sentido solidário de empenho comum e ganha contornos de exploração, mediante o exercício do poder diretivo dos algoritmos, que se espelha na *subordinação algorítmica* desses trabalhadores.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a pequena margem de flexibilidade oferecida aos trabalhadores de aplicativos quanto à escolha dos dias e horários de trabalho, bem como quanto à possibilidade de recusarem algumas demandas, não se mostra suficiente para que eles sejam capazes de autodeterminar as condições e o modo de trabalho, tampouco reduzir o grau de controle exercido pela plataforma sobre o trabalho prestado. Isso fica claro ante a instabilidade das condições contratuais (valor de tarifa quilométrica, distribuição de demanda, restrição de área, risco de descadastramento), que mudam segundo a maior ou menor conformação dos trabalhadores aos interesses da plataforma digital.

A *subordinação algorítmica*, típica desse modelo de gestão, não se concretiza, portanto, pelas formas tradicionais do exercício do poder diretivo, dependentes de um espaço geograficamente delimitado e de um controle rígido do horário de trabalho. É que o algoritmo se vale de um *controle eficientemente difuso*, que se espalha através do campo virtual em várias direções<sup>19</sup>.

Nessa linha de raciocínio, é importante que se tenha uma preocupação real para se verificar que os estímulos comportamentais e os direcionamentos dados pelas plataformas

---

17 ŽIŽEK, Slavoj. *O ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012, n.p.

18 ABILIO, L. C. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, p. 41–51, nov. 2019.

19 DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatiq.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em: 17 out. 2020.

no ciberespaço, para além de se apresentarem como uma nova expressão de um modelo de governança à distância que controla multidões, podem também se apresentar como dinâmicas típicas do poder empregatício, sobretudo se consideradas as facetas do poder diretivo e fiscalizatório.

Essa compreensão sobre os delineamentos fático-jurídicos da relação de trabalho firmadas com plataformas digitais podem contrastar com os reclames dos trabalhadores por maior liberdade no exercício da profissão. Não obstante, os reclames oriundos de trabalhadores consumidos em seu tempo e em suas energias pelo trabalho em plataformas demandam uma compreensão mais acurada sobre o que é liberdade no trabalho na era digital e também sobre o que é ser assegurado por uma relação de trabalho protegida constitucionalmente.

Em uma interpretação apressada, a liberdade, sobretudo no aspecto condizente à autonomia de ajuste do horário de trabalho, poderia compor uma base argumentativa em desfavor do reconhecimento do vínculo de emprego nas relações de trabalho em plataformas e do direito constitucional à jornada de trabalho para todo e qualquer trabalhador.

Na mobilização coletiva, a liberdade é reivindicada em um contexto de reconhecimento e afirmação de direitos fundamentais trabalhistas para a classe. Com esse enfoque, entende-se que a tecnologia deve ser utilizada não para subjugar o obreiro aos interesses patronais, mas para ampliar sua capacidade de usufruir de melhores condições de trabalho. Especificamente quanto ao tempo de trabalho, essa liberdade pode se expressar no direito à autogestão do horário de trabalho, mas desde que em conformidade com os limites do direito constitucional à jornada de trabalho.

Conforme esclarece Sadi Dal Rosso<sup>20</sup>, a carga de trabalho assume três dimensões: duração, intensidade e distribuição. Com base nessas categorias, tem-se que a exploração do trabalho humano está associada ao tempo de serviço e de disponibilidade do empregado nas atividades laborais, ao vigor com que é imposto o cumprimento dessas atividades em determinado limite de tempo e ao modo como esse tempo de trabalho é conformado às necessidades patronais.

Em relação à distribuição da jornada de trabalho, ou seja, à conformação do tempo de trabalho, sobressaem algumas temáticas atentatórias aos direitos sociais, tais como: banco de horas, contrato temporário, fragmentação do serviço, sem remuneração do tempo à disposição, tal como ocorre nos contratos intermitentes.

Essa distribuição ilimitada do tempo de trabalho beneficia prioritariamente os empregadores, não obstante permita, como já mencionado, uma pequena margem de flexibilidade ao trabalhador platformizado quanto à distribuição do tempo, à medida em que cabe ao obreiro escolher os dias da semana e os horários em que deseja trabalhar. É essa a expressão específica de liberdade (*liberdade de distribuição do tempo de trabalho*) que é reivindicada pelos trabalhadores que desejam se manter vinculados às plataformas digitais.

Com efeito, quando a liberdade reivindicada se volta contra a subordinação algorítmica, o pleito passa a ser pelo domínio completo da gestão do aplicativo. Nesses casos, a reivindicação ultrapassa a pauta de demandas oficialmente apresentada pelos entregadores de aplicativos e tem fomentado o surgimento de novos modelos de empreendimentos, baseados na autogestão ampla exercida pelos próprios trabalhadores.

Figuram como exemplos de organizações de entregadores autogeridas: “Despatronados”, organização voltada a se tornar uma cooperativa de plataforma,

---

20 ROSSO, S. D. *O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor*. São Paulo: Boitempo, 2017.

organizada pelos Entregadores Antifascistas do Rio de Janeiro; “Señoritas Courier”, coletivo de entregadoras ciclistas mulheres e LGBTQs em São Paulo; “Pedal Express”, coletivo de entregadores ciclistas de Porto Alegre; “Buscar Express Cooperativa de Motoqueiros Ltda”, em Porto Alegre; “Ciclo Courier”, empresa que promove a gestão horizontal do empreendimento, voltado aos serviços de entrega por meio de bicicleta no Rio de Janeiro; “Feme Express”, coletivo de *motogirls* entregadoras na Grande São Paulo e “Peditivo”, coletivo de entrega da Grande Florianópolis.<sup>21</sup>

Obviamente, essas demandas por liberdade mais ampla e pelo domínio dos mecanismos de controle das plataformas digitais de delivery não conflitam com o reconhecimento de direitos fundamentais trabalhistas.

Ao analisar a demanda por liberdade, portanto, não se pode perder de vista que a plataformação do trabalho tem propiciado várias frentes de exploração, com destaque para as jornadas prolongadas e sem consideração do tempo à disposição do trabalhador em favor da plataforma, em franco desrespeito ao direito constitucional à jornada de trabalho. Além disso, esse controle pervasivo e ilimitado das plataformas em relação ao tempo de trabalho e de disponibilidade é um grande inibidor da liberdade desses trabalhadores, porque lhes usurpa o tempo de vida e, por consequência, limita e/ou impede a capacidade de se autodeterminarem quanto ao modo de vida para além do trabalho realizado.

Com efeito, nas entrevistas realizadas no dia 25 de julho de 2020, no Distrito Federal, no âmbito do Projeto de Pesquisa Mundo do Trabalho na Era Digital, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília<sup>22</sup>, constatou-se que 50% dos entrevistados trabalham mais de 60 horas por semana, sem usufruir de descansos semanais, e sem a observância do intervalo interjornada. Ou seja, sem qualquer respeito aos direitos fundamentais trabalhistas vinculados à dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno<sup>23</sup>. Esse contexto conflita, portanto, com o compromisso constitucional de proteção ao trabalho humano em condições de dignidade.

É oportuno lembrar que o direito à limitação da jornada de trabalho foi internacionalmente reconhecido na Convenção n° 01 da OIT, em 1919, tendo avançado para a proposta de limitação de trabalho a 40 horas semanais, na Convenção n° 47, de 1935. Nesse contexto, seria um contrassenso compreender, em 2020, a utilização de avanços tecnológicos para implementação de condições de trabalho piores do que as vivenciadas há um século em diversos países do mundo.

A liberdade, compreendida por Amartya Sen<sup>24</sup> como elemento constitutivo do desenvolvimento, está diretamente associada à expansão das capacidades humanas para que os sujeitos possam autodeterminar seus modos de viver, segundo seus próprios valores. *O exercício dessa liberdade, por sua vez, não conflita com os moldes contratuais da relação emprego*, que admite, em certas condições de trabalho, o exercício da liberdade de distribuição do tempo pró-trabalhador, mas desde que em respeito ao sistema jurídico de afirmação dos direitos fundamentais trabalhistas.

Retomando o texto de Žižek, mencionado no início desta sessão, cabe destacar

21 DIGILABOUR. *Coletivos e cooperativas de entregadores no Brasil*. *DigiLabour*, 26 jul. 2020. Disponível em: <https://digilabour.com.br/2020/07/26/coletivos-e-cooperativas-de-entregadores-no-brasil/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

22 GRUPO MUNDO DO TRABALHO NA ERA DIGITAL. *Trabalho em Plataforma*. Disponível em: <https://www.trabalhoemplataforma.org/>. Acesso em 01 set 2020.

23 Sore a dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno, consultar: DIAS, V. de O. *A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise a partir do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal*. São Paulo: LTr, 2020.

24 SEN, A. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.

o trecho em que registra: “quem tem a resposta são as pessoas, elas só não sabem as perguntas para as quais têm (ou melhor, são) a resposta.”<sup>25</sup> Tal provocação, apropriada para o contexto do movimento do “Breque dos Apps”, faz refletir se a melhoria das condições de trabalho reivindicadas pelos entregadores deve ser tratada de forma pontual, enquanto resposta de emergência à crise pandêmica, ou se deve fazer parte de uma revisão jurídica ampla, em prol do alinhamento das condições de trabalho para plataformas digitais ao modelo constitucional vigente.

A notoriedade dada pela crise pandêmica ao descompasso entre as relações de trabalho dos entregadores de plataformas e o programa constitucional de valorização social do trabalho evidencia não um problema circunstancial à organização do trabalho digital, mas também fragilidades constitutivas e de longo prazo de um modelo de negócio que negligencia o dever de valorização da pessoa humana sob bases constitucionais.

Assim, é preciso consolidar uma agenda de demandas que ultrapasse o mero contexto emergencial, para se alcançar soluções que enfrentem o problema das más condições de trabalho não apenas em aspectos circunstanciais e pontuais, mas, sobretudo, na sua compreensão essencial, ou seja, no reconhecimento de direitos fundamentais trabalhistas para os trabalhadores de aplicativos.

Como esse viés, a luta pelo direito fundamental ao trabalho digno para os entregadores de aplicativos deve seguir em busca de conquistas civilizatórias que reverberem em condições de bem-viver no trabalho e para além do trabalho. Trata-se de uma leitura expansiva do Direito do Trabalho, enquanto meio de afirmação da dignidade da pessoa humana.

O movimento do “Breque por direitos”, no entanto, ainda está em processo de maturação. No dia 15 de setembro de 2020, o movimento realizou sua terceira mobilização, reunindo representantes de diversas unidades da federação pela aprovação do Projeto de Lei nº 1.665/2020, que trata dos direitos dos entregadores que prestam serviços a aplicativos, mas ainda restrito ao contexto da pandemia. Apresentando um *slogan* mais claro quanto ao objetivo da ação coletiva de classe, o “breque por direitos”<sup>26</sup> enfatiza, por um lado, o interesse comum da classe pela melhoria das condições de trabalho pela via do reconhecimento, declaração e efetivação de direitos, por outro, ainda se enfrenta, ante o contexto político da pandemia, a limitação de demandas associadas apenas a questões emergenciais.

O movimento coletivo dos entregadores de plataformas digitais demonstra a versatilidade de articulação da classe trabalhadora e a necessidade de união entre os trabalhadores para formalização e reconhecimento de pautas de proteção ao trabalho. A força desse movimento, todavia, dependerá não só do seu potencial de expressão dos interesses do heterogêneo grupo contemplado, mas também do engajamento para articular uma pauta de ação que se expanda para além do período pandêmico.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A crise sanitária, social e econômica experimentada em todo mundo em razão da pandemia da Covid-19 descortinou a situação de extrema vulnerabilidade dos trabalhadores de plataformas digitais, notadamente aqueles que atuam como entregadores de aplicativos,

---

25 ŽIŽEK, Slavoj. *O ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012, n.p.

26 BREQUE POR DIREITOS. *Os entregadores querem ir até Brasília reivindicar seus direitos!* Disponível em: <https://www.brequepordireitos.org.br>. Acesso em: 7 set. 2020.

os quais foram marginalizados do sistema constitucional de proteção ao trabalho humano em sua base civilizatória.

Esse coletivo obreiro, no entanto, rompeu a atomização do modelo de prestação de serviços em plataformas digitais e uniu-se em mobilização nacional por reivindicação de direitos, marcando, assim, um momento histórico em que se trouxe à luz os novos mecanismos de exploração do trabalho humano na era digital e seu descompasso com o modelo constitucional de trabalho digno.

Inaugurando uma gestão que ultrapassa os controles tradicionais de tempo do trabalho, que conforma a subjetividade dos trabalhadores ao cumprimento dos interesses empresariais e que indevidamente procura transferir os riscos do empreendimento a esses trabalhadores, a plataformização do trabalho se vale dos vazios institucionais para estabelecer relações de trabalho destituídas de garantias jurídicas.

Com efeito, as relações contratuais firmadas nesse contexto têm sido marcadas pela vulnerabilidade e pela precariedade dos trabalhadores de aplicativos, que seguem às margens do sistema constitucional de proteção ao trabalho. Por isso a importância da mobilização coletiva e das greves, atributos do Direito Coletivo do Trabalho, para se alcançar melhoria de condições de trabalho e assim avançar no padrão de regulamentação trabalhista.

Essa regulamentação deve ser iluminada pelos paradigmas constitucionais e internacionais do trabalho digno e/ou decente. Ou seja, a afirmação político-institucional dos direitos trabalhistas deve buscar elevar os patamares civilizatórios e de bem-viver dos trabalhadores em geral, sem estabelecer hierarquias precarizantes entre as categorias profissionais.

A mobilização orgânica dos entregadores de aplicativos é símbolo, portanto, de uma expressão democrática sobre a qual devem se erigir os novos arranjos de relações trabalhistas em um mundo digital, para o qual as construções jurídicas devem exercer papel fundamental, sejam como vocalizadoras de demandas, sejam como instrumentos de afirmação civilizatória de direitos.

Se a fragilização de direitos nas relações de trabalho alcançou pontos críticos em meio à pandemia da Covid-19, evidenciando o “metabolismo antissocial do capital”<sup>27</sup>, tal ponto de inflexão permite instigar uma novel leitura jurídica das relações de trabalho na era digital, redirecionando a construção do projeto de sociedade para o cumprimento da valorização da pessoa humana.

Enfim, não se pode conceber autonomia (enquanto contraponto à subordinação) ou liberdade onde não há respeito aos patamares civilizatórios mínimos de direitos, pelo que cabe ao Direito do Trabalho se firmar nos espaços relegados à livre contratação para garantir condições dignas de trabalho a todos os trabalhadores.

O breque dos apps tem relevância histórica, enquanto expressão orgânica de uma ação coletiva de trabalhadores em prol de direitos trabalhistas nas novas formas de organização do trabalho. O potencial desse movimento, nascido no contexto da pandemia do coronavírus, por sua vez, está atrelado a sua capacidade de expandir o engajamento reivindicatório para além do cenário emergencial, situando a luta coletiva dos entregadores como questão a ser contemplada na agenda política de afirmação constitucional de direitos do país.

---

27 ANTUNES, Ricardo. *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo: Boitempo, 2020.



## REFERÊNCIAS

- ABÍLIO, L. C. *et al.* Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a COVID-19. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, v. 3, 8 jun. 2020.
- ABILIO, L. C. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, p. 41-51, nov. 2019.
- ANTUNES, Ricardo. *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo: Boitempo, 2020.
- ANTUNES, R. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BREQUE POR DIREITOS. *Os entregadores querem ir até Brasília reivindicar seus direitos!* Disponível em: <https://www.brequepordireitos.org.br>. Acesso em: 7 set. 2020.
- BYUNG-CHUL, H. *Sociedade do cansaço*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.
- CARVALHO, B. V. DE. Cooperação Internacional e o mundo do trabalho: o papel globalizante da OIT no impulsionamento de políticas de proteção social. In: *O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil: 1919-2019*. Belo Horizonte: Virtualis, 2019.
- CERILO, J. *Motociclistas são os que mais se acidentam no trânsito*. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46168-motociclistas-sao-os-que-mais-se-acidentam-no-transito>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- COUTINHO, A. R. Direito do trabalho de emergência. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 30, n. 0, 1998
- DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015.
- DIAS, V. de O. *A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise a partir do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal*. São Paulo: LTr, 2020.
- DIGILABOUR. *Coletivos e cooperativas de entregadores no BrasilDigiLabour*, 26 jul. 2020. Disponível em: <https://digilabour.com.br/2020/07/26/coletivos-e-cooperativas-de-entregadores-no-brasil/>. Acesso em: 28 jul. 2020
- DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.
- PROJETO DE PESQUISA TRABALHO DIGITAL UNB. *Lutas dxs entregadorxs por APP: desafios, balanços e perspectivas*, [s.d.]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2iFmtF-ivpw&t=5882s>. Acesso em: 1 set. 2020
- GRUPO MUNDO DO TRABALHO NA ERA DIGITAL. *Trabalho em Plataforma*. Disponível em: <https://www.trabalhoemplataforma.org/>. Acesso em: 01 set. 2020.
- HARVEY, D. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- MEIRELES, L. *Quarentena impacta downloads de aplicativos de entregasConsumidor Moderno*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2020/03/24/quarentena-coronavirus-impacta-aplicativos-entregas/>. Acesso em: 6 set. 2020
- REDAÇÃO OPERA MUNDI. *Entregadores latino-americanos se juntam à paralisação dos brasileiros nesta quarta*. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/permalink/65459>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ROSSO, S. D. *O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor*. São Paulo: Boitempo, 2017.

SEN, A. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.

VIANA, M. T. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

WORDSENSE.EU DICTIONARY. *Campsare*. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.wordsense.eu/campsare/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. *O ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012.

---

**Recebido em:** 20.10.2020

**Aprovado em:** 16.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. O movimento coletivo dos entregadores de plataformas digitais no contexto pandêmico. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.396-410, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-25.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# IMPACTOS DO COVID 19 E DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA FLEXIBILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

## IMPACTOS DEL COVID 19 Y DE LA LEY DE LIBERTAD ECONÓMICA EN LAS AUTORIZACIONES AMBIENTALES

Annelise Monteiro Steigleder<sup>1</sup>

**RESUMO:** O artigo trata dos riscos de retrocesso e de redução da proteção substantiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no contexto brasileiro, como consequência da flexibilização do licenciamento ambiental, sob a justificativa de superar a recessão econômica agravada pela pandemia do coronavírus COVID 19. Problematisa-se a diferenciação entre simplificação e flexibilização e analisa-se os critérios para enquadramento de atividades de baixo risco, consoante previsto pela Lei da Liberdade Econômica. Conclui-se pela necessidade de o Estado realizar avaliação de custo-benefício para a tomada de decisões, consoante critérios jurídicos orientados pela principiologia constitucional, evitando-se soluções improvisadas e desprovidas de fundamentação técnica, que culminam na flexibilização da proteção jurídica dos direitos fundamentais. Adotou-se a metodologia lógico-indutiva e a técnica de pesquisa é qualitativa, bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** covid -19; licenciamento ambiental; lei de liberdade econômica.

**ABSTRACT:** El artículo trata sobre los riesgos de regresión y reducción de la protección sustantiva del medio ambiente ecológicamente equilibrado, en el contexto brasileño, como consecuencia de la flexibilización de las licencias ambientales, bajo la justificación de superar la recesión económica agravada por la pandemia del coronavirus COVID 19. La diferenciación entre simplificación y flexibilización es destacada y se analizan los criterios para enmarcar las actividades de bajo riesgo, según lo dispuesto en la Ley de Libertad Económica. Se concluye con la necesidad de que el Estado lleve a cabo una evaluación costo-beneficio para la toma de decisiones, de acuerdo con criterios jurídicos guiados por los principios constitucionales, evitando soluciones improvisadas, carentes de razonamiento técnico, que culminen con la flexibilización de la protección jurídica de los derechos fundamentales. Se adoptó la metodología lógica-inductiva y la técnica de investigación es cualitativa, bibliográfica y documental.

**Keywords:** covid 19; autorizaciones ambientales; ley de libertad económica.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## 1. INTRODUÇÃO

A superveniência da pandemia do novo coronavírus COVID 19 paralisou o Planeta, impondo o confinamento e o distanciamento social quase que simultâneo em todas as cidades e regiões, com fortes impactos na oferta e na demanda por bens e serviços, desorganizando as relações de trabalho, de comércio e de crédito. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou que o surto do coronavírus constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e, em 11 de março de 2020, a presença do vírus em mais de 114 países ensejou o reconhecimento oficial da pandemia. As atividades econômicas não essenciais foram paralisadas e os países mergulharam em uma aguda crise econômica de difícil recuperação no curto prazo. Conforme o Banco Mundial, a economia global sofreu um impacto devastador que levará à recessão mais profunda desde a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o cenário econômico é muito crítico, dada a profunda desigualdade socioeconômica que caracteriza a sociedade brasileira. Estima-se que o país atravessará a recessão mais profunda dos últimos 120 anos e a taxa de desemprego deve bater o recorde de 19% da população<sup>2</sup>.

A urgência da recuperação econômica, por sua vez, intensifica o discurso que culminou na publicação da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e das discussões do Projeto da Lei Geral do Licenciamento, que defende a imperiosidade da desburocratização e da simplificação das exigências ambientais, sobretudo quando do licenciamento de atividades utilizadoras de recursos naturais ou potencialmente poluidoras.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta o seguinte problema: considerando-se o grau de proteção jurídica conferido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela Constituição Federal de 1988 e a necessidade de superação da crise econômica agravada pela pandemia, quais são as condições jurídicas e os limites para a simplificação de processos administrativos de liberação de atividades econômicas, sob o marco da Lei da Liberdade Econômica?

Para responder ao problema, apresenta-se o contexto do surgimento da pandemia do novo Coronavírus COVID 19 como relacionado à crise ambiental, que instaura o dilema entre o dever de proteção intransigente do equilíbrio ecológico e a necessidade de aceleração do ritmo da retomada do desenvolvimento econômico, que acaba por produzir riscos e impactos ambientais que podem ser intoleráveis. O dilema incide sobre os critérios jurídicos que diferenciam a simplificação do processo de licenciamento ambiental da flexibilização do regime de proteção jurídica conferido aos bens fundamentais. Conclui-se com a proposição de critérios que devam pautar a interpretação da Lei da Liberdade Econômica, de forma a compatibilizar as suas inovações com o sistema jurídico constitucional.

Justifica-se a relevância da presente investigação pela ainda escassa bibliografia a respeito da Lei da Liberdade Econômica, especialmente no sentido de apurar os seus impactos na proteção jurídica conferida aos bens ambientais e de harmonizá-la com a principiologia constitucional.

Quanto à metodologia, a pesquisa é qualitativa, bibliográfica-documental e adota a abordagem de base lógico-indutiva<sup>3</sup>.

---

2 Instituto de Pesquisas Aplicadas (IPEA). Disponível em: <https://folha.uol.com.br>, edição de 11 jul. de 2020. Acesso em: 06 set. 2020.

3 A abordagem de base lógico-indutiva consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11. ed., Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2011, p. 86).

## 2. A CRISE AMBIENTAL E O COVID-19

Ainda não há certeza científica sobre a origem do COVID-19, que teria aparecido na cidade chinesa de Wuhan em dezembro de 2019, provavelmente como o resultado de alguma mutação de um vírus presente em animais silvestres (morcegos e pangolins) que eram comercializados no mercado de Huanan<sup>4</sup>, mas o fato é que o contágio em progressão geométrica e a escalada do número de mortes decorrentes da pandemia paralisaram a economia mundial, determinando o fechamento de todas as atividades consideradas não essenciais ao longo de diversos meses, de forma não concomitante, em quase todas as cidades do planeta. Enquanto este artigo era escrito, ainda se vivenciava um período de redução de atividades econômicas, determinada pela exigência do distanciamento social, que deve perdurar até meados de 2021 diante da falta de uma vacina, único antídoto para o contágio.

A pandemia expôs a gravidade da crise ambiental compreendida como uma crise “civilizacional, espiritual e uma crise de visão do mundo”<sup>5</sup>, que exalta a insustentabilidade da apropriação quantitativa e qualitativa do ambiente, uma vez, que, além de provocar a extinção de espécies e o exaurimento dos componentes naturais do ambiente, conduz para o empobrecimento progressivo do ser humano. A presença de animais silvestres no mercado chinês é sintomática da crise e denuncia a destruição de habitats e da biodiversidade, que vem acompanhada da crise climática e de processos insustentáveis de urbanização, potencializando o consumo de energia e de recursos naturais, ao mesmo tempo em que elimina dejetos, efluentes e emissões atmosféricas.

Novas pandemias podem surgir, pois o COVID 19 não é o primeiro vírus transmitido para o ser humano por animais silvestres. Ujvari esclarece que a SARS (Síndrome Respiratória Aguda Severa), que se tornou uma pandemia no ano de 2003, infectando 8 mil pessoas e causando mais de 900 mortes, distribuídas em 30 países, teve origem no civeta (*Civettictis civetta*), um mamífero selvagem que vive nas montanhas asiáticas, e é caçado pelo ser humano para abastecer restaurantes de comidas exóticas localizados nas cidades chinesas<sup>6</sup> e para a produção de café.<sup>7</sup> Em seu estudo, Ujvari, em 2011, alertou que “a possibilidade de uma nova pandemia por algum vírus semelhante ao de 2003 é considerável e virá, provavelmente, dos morcegos”<sup>8</sup>, o que acabou se concretizando no final de 2019 com o coronavírus COVID 19.

Ujvari alerta que a introdução de espécies de fauna exótica, que depois se tornam invasoras, é um fator que aumenta o risco de propagação de vírus, como se deu no caso do mosquito *Aedes aegypti*, responsável pelas epidemias de dengue, que chegou ao Brasil, provavelmente, em embarcações africanas durante os séculos de tráfico negreiro, na forma de ovos e larvas. No presente, o contágio é exponencialmente intensificado pelo fluxo de pessoas ao redor do planeta, o que explica o fato de o COVID 19, em seis meses ter atingido áreas remotas da Amazônia, onde vivem tribos indígenas, provavelmente contaminadas pelo

4 Conforme consta de artigo publicado por Arthur Gruber, professor do Departamento de Parasitologia do Instituto de Ciências Biomédicas da USP, há probabilidade de que o vírus transmitido a humanos tenha sido um produto quimérico oriundo da recombinação entre um vírus próximo ao RaTG12 de morcego e um segundo vírus próximo do vírus de pangolim. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em: 04 de set. 2020.

5 UNGER, Nancy Mangabeira. *Fundamentos filosóficos do pensamento ecológico*. São Paulo: Loyola, 1992, p.20.

6 UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011, p.10.

7 Disponível em: <https://www.worldanimalprotection.org.br/not%C3%ADcia/conheca-o-mamifero-asiatico-explorado-para-produzir-cafe-mais-carodo-mundo>. Acesso em: 08 set. 2020.

8 UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011, p.21.



contato com garimpeiros e desmatadores.<sup>9</sup>

O paradoxo é que a restauração dos ambientes naturais, necessários para a conservação da biodiversidade e para a prevenção contra novas pandemias, depende de uma maior intervenção estatal nas atividades econômicas, tanto em caráter *ex ante*, quando do licenciamento ambiental e urbanístico, como *ex post*, mediante a intensificação da fiscalização das atividades com potencial lesivo. No entanto, esta não parece ser a racionalidade adotada pela Lei da Liberdade Econômica, que apregoa a intervenção estatal mínima, com a adoção do princípio “da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, inciso III).

Dentre as novidades legislativas, consta a dispensa do controle estatal para as atividades econômicas consideradas de “baixo risco” (art. 3º, inciso I), muito embora a lei prescreva que o direito de desenvolver atividade econômica em qualquer horário e dia da semana, inclusive feriados, deva observar “as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público” (alínea “a”); e explicita a não incidência do silêncio positivo para os casos em que houver expressa vedação legal<sup>10</sup>, como se dá no licenciamento ambiental por força do art. 14, §3º, da Lei Complementar 140/2011<sup>11</sup>.

Nesse mesmo percurso reducionista da intervenção estatal, cumpre assinalar o Projeto de Lei 3729/2004 (Lei Geral do Licenciamento Ambiental)<sup>12</sup>, que pretende modificar o principal instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV, da Lei 6938/81, e Lei Complementar 140/2011). A função do licenciamento ambiental é procedimentalizar a avaliação dos impactos ambientais e determinar medidas de prevenção, mitigação e de compensação ambiental, que representam condicionantes à tolerabilidade dos impactos negativos licenciados. Se o projeto de lei for aprovado tal como consta de sua terceira versão, implicará, consoante análise da ONG Amigos da Terra, a exclusão da avaliação de impactos indiretos; a normatização do licenciamento por adesão e compromisso como regra para todos os empreendimentos que não causem significativo impacto ambiental, a autorização para que estados e municípios possam dispensar o licenciamento ambiental para determinadas atividades por meio de decisões discricionárias, a dispensa de licenciamento para atividades agropecuárias localizadas em propriedades inscritas no Cadastro Ambiental Rural - CAR, dentre outras críticas que se somam às preocupações da Associação Brasileira de Avaliação de Impacto<sup>13</sup>.

É preciso esclarecer que a crítica tecida neste estudo não se direciona à simplificação do licenciamento ambiental. Reconhece-se a relevância de que os ritos sejam mais céleres e eficientes, da adoção de tecnologia que permita a digitalização dos procedimentos e o acesso da população aos pareceres e estudos que subsidiam a tomada de decisões, de que haja espaço para o consenso entre os empreendedores e o Poder Público, e que é inadmissível

9 Informações disponíveis em: <https://amazonia.org.br/2020/08/dupla-ameaca-covid-19-e-grileiros-avancam-sobre-territorio-dos-xikrin/>. Acesso em: 08 set. 2020.

10 Art. 3º, inciso IX – São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do país (...) IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

11 Art. 14, § 3º - O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.

12 Disponível em: <https://amigosdaterra.org.br/organizacoes-repudiam-nova-versao-do-projeto-de-lei-geral-de-licenciamento/>. Acesso em: 05 set. 2020.

13 FONSECA, Alberto. *Nota Técnica - Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental*: análise crítica e propositiva do projeto de lei à luz das boas práticas internacionais e da literatura científica. Ago. 2019. Disponível em: <http://avaliacaodeimpacto.org.br>. Acesso em: 05 set. 2020.

que um processo de licenciamento demore meses para ser analisado e acarrete a exigência de documentos irrelevantes para a avaliação da viabilidade técnica e locacional do empreendimento.

A pandemia, como qualquer crise, pode representar uma oportunidade para a revisão de antigas práticas e de conceitos obsoletos e pode ser um incentivo para a adoção imediata de novos recursos tecnológicos, que vinham sendo adiados pelos órgãos ambientais, mas que agora sem impõem, sob pena de sua não adoção implicar a paralisação total da máquina administrativa e dos serviços prestados aos cidadãos. Há vários exemplos positivos em curso, no sentido de redução dos prazos para que os órgãos ambientais analisem a viabilidade ambiental de projetos considerados prioritários para o enfrentamento da pandemia<sup>14</sup>, de digitalização de procedimentos administrativos que permitam as análises dos pedidos de licenciamento, a realização de reuniões virtuais, a emissão de licenças e a assinatura de termos de compromisso<sup>15</sup>.

A preocupação é que, no intuito de reduzir exigências de comando e controle a pretexto de simplificar o licenciamento e atrair investimentos econômicos, sob a pressão de superar os traumas do COVID 19, se acabe reduzindo o nível de proteção assegurado constitucionalmente ao meio ambiente. Dito de outra forma, teme-se que a simplificação seja um cavalo de Troia para a flexibilização que, na presente reflexão, tem o sentido de redução da proteção jurídica constitucionalmente conferida a determinados bens jurídicos (vida, saúde, meio ambiente). Por isso, é preciso clarear o que está sendo simplificado, qual o resultado concreto das medidas agilizadoras sobre o meio ambiente e demais bens jurídicos afetados em sua materialidade, quais os critérios técnicos que justificam o enquadramento de determinadas atividades como de “baixo risco”, e quais os aspectos procedimentais que podem ser dispensados, sem o comprometimento da qualidade da decisão final pelo deferimento ou pelo indeferimento da licença.

### **3. SIMPLIFICAÇÃO VERSUS FLEXIBILIZAÇÃO: A APLICAÇÃO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA À MATÉRIA AMBIENTAL**

D'Oliveira reconhece que o termo simplificação pode ter uma conotação negativa e trata de esclarecer que não deve ser compreendida como uma forma de redução da proteção jurídica outorgada pela Constituição Federal aos bens fundamentais<sup>16</sup>. Afirma que a simplificação implica racionalização, celeridade, redução de custos e melhora na relação entre a Administração Pública e os particulares. Encontra fundamento nos princípios da eficiência, da proporcionalidade, da celeridade, da subsidiariedade e do tratamento diferenciado das atividades econômicas conforme o impacto envolvido, nos termos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal de 1988.

Com amparo na doutrina de Cass Sustein<sup>17</sup>, D'Oliveira propõe que a simplificação da legislação ambiental seja promovida através da ampliação do poder discricionário estatal, da revisão das normas, consoante análise de custo/benefício das medidas normativas e regulatórias; na utilização de linguagem mais acessível ao público; da utilização de incentivos

14 Uma resolução do Distrito Federal estipula prazo de dois dias de análise sobre a viabilidade de projetos considerados prioritários para a prevenção e enfrentamento do COVID 19. Disponível em: <http://ibram.df.gov.br/pandemia-licenca-ambiental-para-obras-especificas-ganha-novas-regras/>. Acesso em: 08 set. 2020.

15 O Estado de Minas Gerais adotou uma série de medidas na digitalização de seus procedimentos na área ambiental para viabilizar análises e reuniões pelo sistema de teletrabalho. Disponível em: <http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticia/tecnologia-facilita-licenciamento-ambiental-durante-pandemia>. Acesso em: 08 set. 2020.

16 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013.

17 SUNSTEIN, Cass R. *Simpler. The future of government*. New York: Simon & Schuster eBook, 2013.

econômicos, do emprego da arquitetura de escolhas e de *nudges*; da adoção de formas não adversariais de solução de conflitos e de intervenção preventiva nas atividades econômicas que forem de médio e alto risco<sup>18</sup>.

Não discordamos de D'Oliveira, no que diz respeito à importância da simplificação dos ritos procedimentais para que o cidadão possa ter as suas solicitações apreciadas em um tempo razoável, pois a excessiva demora, além de representar um desestímulo às atividades econômicas, no Brasil, empurra muitos empreendimentos para a ilegalidade, na expectativa de, depois, promoverem a regularização administrativa. Então, nos parece procedente a agilização das estruturas administrativas, com a eliminação de procedimentos redundantes e desnecessários à formação dos motivos determinantes dos atos administrativos liberatórios de atividades potencialmente poluidoras ou suscetíveis de causar impactos ambientais.

No entanto, a identificação do que deve e pode ser simplificado precisa passar por um escrutínio que considere a competência dos entes federativos para legislar sobre direito ambiental e os impactos concretos sobre o nível de proteção da qualidade ambiental. O enquadramento de uma atividade econômica como de “baixo risco”, sem a prévia elaboração de uma matriz de riscos construída com amparo em dados técnico-científicos idôneos e a dispensa irrefletida de estudos técnicos que ampliem o olhar sobre os impactos negativos dos empreendimentos, por exemplo, pode ensejar a vulnerabilização do bem ambiental, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988.

Sarlet, ao tratar da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, ensina que “o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental”<sup>19</sup>. Há um dever de progressividade na proteção jurídica dos direitos fundamentais, que não admite retrocessos e a adoção de patamares de proteção insuficientes, sob o reconhecimento da necessidade de abordagens preventivas e precaucionais, que impeçam a ocorrência de danos a bens jurídicos que não são substituíveis.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade de uma lei estadual que reduzia a proteção jurídica de áreas de preservação permanente, afirmou que “a definição do âmbito normativo de um direito fundamental e, por via de consequência, sua redução, deve guardar correlação com a finalidade de interesse público que se espera efetivar, porquanto os atos legislativos, assim como os demais atos estatais, estão sujeitos a uma espécie de reserva de proporcionalidade”<sup>20</sup>. Além disso, submetem-se à incidência dos princípios da vedação do retrocesso, da vedação da proteção insuficiente, da precaução e da prevenção, que, em conjunto, determinam o dever de progressividade<sup>21</sup>.

Portanto, toda e qualquer iniciativa no sentido de regulamentação ou desregulamentação das matérias ambientais é vinculada à consideração do sentido e da finalidade do art. 225 da Constituição Federal de 1988. Não pode flexibilizar a proteção substantiva do meio ambiente, que não se encontra na esfera de disponibilidade dos poderes públicos<sup>22</sup>.

18 *Nudge* é qualquer aspecto da arquitetura de escolha, baseado em técnicas de psicologia comportamental, que altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível sem proibir nenhuma opção. (D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013, p. 23).

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.322.

20 Supremo Tribunal Federal, ADI 4988, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 19 set. 2018.

21 BENJAMIN, Antônio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p.62-63.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.323.

Por sua vez, essa proteção substantiva acarreta deveres estatais voltados à obtenção de um resultado concreto, que se identifica com a inexistência de dano e com um determinado estado de qualidade ambiental dos diversos componentes que integram o meio ambiente e que propiciam saúde, qualidade de vida e bem estar, bens jurídicos estes que compõem o núcleo jurídico de proteção do meio ambiente como um direito fundamental.

Para propiciar esse resultado concreto, exige-se a observância de um procedimento adequado, que também se coloca como dever estatal. Ou seja, o direito fundamental ao ambiente equilibrado ostenta uma face procedimental<sup>23</sup>, que exige participação democrática e uma série de instrumentos de avaliação de impactos para subsidiar os processos decisórios, como o Estudo de Impacto de Vizinhança, o Estudo de Tráfego e Circulação, o Estudo de Impacto Ambiental, a Avaliação Ambiental Estratégica, os laudos de cobertura vegetal, etc., necessários à avaliação de riscos e de impactos, de tal forma a que o Poder Público, quando licenciar uma determinada atividade, possa formar a convicção de que os riscos envolvidos são toleráveis, ou que, pelo menos, sob o ponto de vista jurídico, não ultrapassam os limites estabelecidos nos parâmetros normativos previstos para aquela específica atividade (níveis de emissão de ruídos, de poluentes atmosféricos, limites relacionados à supressão de vegetação, etc.). É nesse contexto que serão exigidas as obrigações ambientais voltadas à prevenção, à mitigação e à compensação de impactos negativos, que se afiguram como deveres jurídicos e condicionantes para a licitude da atividade e que promovem a internalização das externalidades ambientais negativas por aqueles que se beneficiam da atividade econômica, em atenção aos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador.

Os deveres fundamentais estão relacionados aos direitos fundamentais como duas faces de uma mesma moeda<sup>24</sup>, e justificam a imposição de obrigações de fazer, não fazer e de suportar que façam aos interessados em exercer atividades que possam colocar em risco o meio ambiente. As obrigações de não-fazer, normalmente impostas por normas proibitivas, tendem a corresponder à abstenção de provocar danos no bem de uso comum do povo; as obrigações de suportar ou tolerar relacionam-se a restrições a direitos de propriedade e ao exercício de liberdades por parte de terceiros; e as obrigações de fazer traduzem-se na imposição de comportamentos positivos e são colocadas como condicionantes às atividades econômicas, que oneram o particular e cujo descumprimento pode acarretar sanções<sup>25</sup>.

Gomes colaciona como exemplo de obrigações de fazer, a exigência por parte da Administração Pública do emprego das “melhores técnicas disponíveis” no contexto de atividades que podem implicar riscos de impactos elevados para o ambiente, advertindo que se sujeitam aos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Desta formulação, decorre a impossibilidade de discriminação de empreendedores que ostentem situação semelhante e a proibição de que as obrigações sejam excessivamente onerosas ou que sejam imotivadas<sup>26</sup>.

23 As facetas do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado são desenvolvidas por GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.53. O autor sustenta, com amparo na teoria de Robert Alexy, que o direito fundamental ao ambiente contempla o direito à proteção estatal, o direito à organização e ao procedimento e o direito a prestações em sentido estrito. Nesse sentido ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 3. reimpr., 2014.

24 NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. Teoria, modalidades e aspectos controvertidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.330. Na presente pesquisa, optou-se em utilizar a noção de dever de proteção em sentido amplo, com amparo em Niebuhr e na literalidade do caput do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público e à coletividade “o dever” de proteger o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

25 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 190-191.

26 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 198-199.

O dever de proteção ambiental é atravessado pelos princípios da precaução e da prevenção, a partir dos quais é imposta ao Estado a tarefa de garantir a intangibilidade de direitos e valores fundamentais perante os riscos e os impactos não mitigáveis, porém considerados toleráveis após um juízo de proporcionalidade em um processo fundamentado no qual ocorrerá a ponderação de todos os direitos e aspectos técnicos envolvidos<sup>27</sup>. Gomes esclarece que “o princípio da precaução resulta de uma preocupação política, a saber, aumentar ao máximo o limite de ingerência consentida à Administração nos casos de atividade potencialmente lesiva ao ambiente e à saúde pública”<sup>28</sup>. Este aumento de cautela é proporcional à fragilidade dos bens ambientais expostos aos riscos e atrai a incidência do princípio do *in dubio pro natura*.<sup>29</sup>

Os deveres de preventividade objetiva e de não lesividade são também explorados por Marinoni<sup>30</sup>, para quem as normas que encerram direitos fundamentais implicam uma valoração de ordem objetiva, da qual decorrem deveres de proteção que impõem ao Estado a obrigação de especificar proibições ou imposições de condutas, em uma perspectiva material. As determinações estatais devem ser proporcionais e adequadas para enfrentar as potencialidades de dano, sob pena de o licenciamento ambiental ser questionado judicialmente.

Por estes motivos, os esforços no sentido da simplificação dos procedimentos administrativos de controle estatal devem ser precedidos de avaliação de impacto regulatório, em que o custo-benefício da regulamentação/desregulamentação seja expressamente considerado e explicitado no que concerne aos efeitos materiais sobre a qualidade ambiental e da saúde humana, inclusive para possibilitar o controle social.

Nessa perspectiva, D'Oliveira adverte que a simplificação da legislação ambiental deve ser precedida de estudos específicos como a análise retrospectiva periódica, que busca monitorar as políticas públicas, reavaliando sua efetividade e adequação à realidade fática, e a avaliação de impacto regulatório, instrumentos estes que imprimem racionalidade e evidências empíricas para subsidiar as revisões da legislação ambiental e também para a experimentação dos efeitos das normas<sup>31</sup>.

Vale ressaltar que, no âmbito dos países que integram a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, registram-se esforços no campo da legística<sup>32</sup> de se construir sistemas de avaliação prévia de impacto das leis e das normas jurídicas, que considerem a imposição de restrições a direitos ou de obrigações, como parte da definição de objetivos e de instrumentos de atuação pública proposta no projeto de lei.

Dentre as restrições a direitos inserem-se os padrões ambientais e sanitários que regulam as atividades econômicas em virtude de seus potenciais impactos negativos na saúde humana na qualidade do ar, das águas, do solo, etc. Portanto, sob o enfoque da

27 Nesse sentido também é o entendimento de AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo legal e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 220.

28 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, p. 253.

29 Sobre o princípio *in dubio pro natura*, ver: Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1818008/RO, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 13 out. 2020.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p.179.

31 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013, p.25.

32 A legística é um ramo da ciência da legislação que trata da qualidade da norma jurídica, considerando que, ao intervir, por meio da regulação, no comportamento dos agentes, o Estado pode promover aumento da eficiência, da segurança, do crescimento econômico e dos ganhos de bem estar social. Porém, se a regulação é produzida arbitrariamente, produz efeitos prejudiciais à sociedade. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE produziu uma Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória (OCDE - Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation) que contém um roteiro com os atributos de uma boa regulação. Ver a respeito: BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Ministério da Justiça. Direção Geral da Política de Justiça. Coimbra: Almedina, 2010; BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, fev. 2018.



OCDE, deveriam ser objeto de impacto regulatório as normas que estabelecem padrões de emissões de poluentes e de qualidade ambiental e as exigências de avaliações de impacto, pois são normas que implicam custos regulatórios para os agentes privados, restringindo direitos e afetando a margem de lucratividade do empreendimento, mas que são plenamente justificadas como forma de proteção do meio ambiente, como macrobem ambiental, corrigindo falhas de mercado.

No Brasil, o art. 5º. da Lei da Liberdade Econômica prevê que:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

A análise de impacto regulatório a que se refere tal dispositivo é objeto do Decreto Federal 10.411, de 30 de junho de 2020, que define o seu conceito<sup>33</sup> e prevê as suas hipóteses de incidência<sup>34</sup> e as metodologias para sua realização (art. 7º). No entanto, o referido decreto contempla a possibilidade de dispensar a avaliação de impacto regulatório em casos de urgência (art. 4º, inciso I) e quando o ato normativo reduzir exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios<sup>35</sup> (art. 4º, inciso VII), hipóteses estas que poderiam ser invocadas quando da expedição de algum ato normativo justificado com amparo na pandemia do COVID 19, e é aí que reside o risco de redução do nível de proteção substantiva outorgada ao bem jurídico ambiental.

Muito provavelmente, as circunstâncias da pandemia, por se revestirem de um caráter de excepcionalidade, irresistibilidade e de imprevisibilidade em escala globalizada, tendem a criar um estado de exceção e de emergência, que justificaria afastar a exigência da avaliação de impacto regulatório. A pandemia tem sido invocada, a depender das peculiaridades do caso concreto, como uma situação de força maior na responsabilidade contratual e extracontratual, pelos obstáculos criados ao cumprimento das obrigações<sup>36</sup>. Embora, no direito ambiental dada a incidência da teoria do risco integral<sup>37</sup>, não gere o efeito de excluir a responsabilidade civil pela reparação dos danos, a pandemia serve de justificativa para prorrogar o prazo

33 Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

34 Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR.

35 Conforme o art. 2º, inciso IV, do Decreto, entende-se por custos regulatórios “a estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados”;

36 A respeito, ver KROETZ, Maria Candida do Amaral. *COVID19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade extracontratual*. CONJUR, 29 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 07 set. 2020.

37 Superior Tribunal de Justiça, *Jurisprudência em Teses*, Brasília, 18 de março de 2015, nº 30, Enunciado 10: “10) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC).” Em idêntico sentido é o Enunciado 01, da Edição 119 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, datada de 08 fev. 2019.

do cumprimento de obrigações e para a suspensão de algumas exigências, no contexto do licenciamento, reputadas não essenciais<sup>38</sup>. Mitigou o rigor das contratações públicas<sup>39</sup> e determinou a adoção de audiências públicas virtuais para discussão de licenciamentos ambientais e revisão de Planos Diretores, o que foi considerado legítimo pelo Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, ao revisar uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>40</sup> que havia considerado lesiva ao princípio democrático a realização de audiência pública virtual para discussão do EIA/RIMA de um Autódromo<sup>41</sup>. Vale mencionar que, um dia antes da decisão do Ministro Toffoli, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA publicou a Resolução 494/2020, datada de 11 de agosto, por meio da qual permitiu, durante o período da pandemia e em caráter excepcional e temporário, a realização de audiências públicas virtuais<sup>42</sup>.

Portanto, decisões pela simplificação da legislação ambiental, a pretexto de que “a economia não pode parar”, poderão vir a ser tomadas sem base empírica que avalie previamente os riscos envolvidos. Um exemplo é a substituição de licenças para determinadas atividades e obras por declarações dos responsáveis técnicos, em um regime de expedição automática e sujeito à fiscalização *a posteriori*. Trata-se de prática que vem sendo adotada em outros países, consoante se depreende do exemplo de Madri, que passou a exigir declarações responsáveis na área urbanística, em substituição às vistorias por agentes públicos<sup>43</sup>.

Estas medidas, embora, aparentemente, possam ser justificadas pela impossibilidade de realização de vistorias presenciais, podem ensejar o que Sartori denomina de “perigo oposto”, enunciado da seguinte forma: “toda conduta, se ultrapassa um certo limite (o que tende a provocar o rompimento do seu equilíbrio) se inverte, transforma-se no seu ‘oposto’, isto é, provoca efeitos contrários aos que se produzia anteriormente”<sup>44</sup>.

Nas áreas ambiental e urbanística, a ausência de controle estatal prévio de atividades suscetíveis de causarem riscos pode acarretar, caso ocorram danos ao meio ambiente e a terceiros, a responsabilidade civil por omissão do Poder Público, elevando os custos sociais envolvidos em uma opção regulatória aparentemente simplificadora, na medida em que cria responsabilidades para o empreendedor e seu responsável técnico. A omissão restará caracterizada porque o

38 Uma decisão da diretoria da CESTESB determinou a suspensão dos prazos de cumprimento de condicionantes e atendimento a notificações. Dentre as condicionantes suspensas estão as medidas definidas pelos planos de intervenção para áreas contaminadas que se revelarem inviáveis pelo comprometimento da mobilidade de mão-de-obra especializada. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/blog/2020/03/31/cetesb-suspende-prazos-administrativos-em-funcao-da-pandemia-da-covid-19/>. Acesso em: 08 set. 2020.

39 A Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, relativa às medidas de enfrentamento da pandemia do coronavírus no âmbito das licitações públicas, cria a hipótese de dispensa temporária de realização de licitações, de dispensa de estudos preliminares, quando se tratar de contratação de bens e serviços comuns, de simplificação do projeto básico e traz a figura do pregão simplificado. O objetivo é conferir maior celeridade para os procedimentos de contratação de bens, serviços e insumos destinados direta ou indiretamente ao enfrentamento da pandemia.

40 O Poder Judiciário do Rio de Janeiro, apreciando pedido de liminar em ação civil pública, suspendeu a realização da audiência pública para apresentação de EIA/RIMA do novo autódromo do Rio de Janeiro por meio exclusivamente eletrônico, pois entendeu que o expediente prejudicaria a participação democrática (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo n.0097479-87.2020.8.19.0001, 14ª Vara da Fazenda Pública, Juíza Neusa Alvarenga Leite, julg. 20 maio 2020).

41 Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Provisória, 469, Min. Dias Toffoli, decisão de 12 ago. 2020.

42 Art. 3º O órgão ambiental competente definirá os procedimentos técnicos relativos à realização de Audiência Pública Virtual, de modo a garantir a efetiva participação dos interessados, conforme previsto na legislação, devendo ser observados os seguintes passos:

I - ampla divulgação e disponibilização do conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA;

II - viabilização, observada a segurança sanitária dos participantes, de ao menos um ponto de acesso virtual aos diretamente impactados pelo empreendimento e, caso se faça necessário, de outros pontos, conforme a análise do caso pela autoridade licenciadora;

III - discussão do RIMA;

IV - esclarecimento das dúvidas; e

V - recebimento dos participantes das críticas e sugestões.

43 Notícia publicada no periódico Voz Pópuli, edição de 19 jun. 2020. Disponível em: [https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/arquitectos-plan-madrid-licencias-urbanisticas\\_0\\_1316868706.html](https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/arquitectos-plan-madrid-licencias-urbanisticas_0_1316868706.html). Acesso em: 07 set. 2020.

44 SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 134.

Estado absteve-se de exercer o controle preventivo que poderia ter evitado o dano, quando do exercício da atividade potencialmente lesiva pelo particular. Por conseguinte, haverá causalidade normativa, pela violação de deveres jurídicos, entre a inércia estatal e o dano.

Neste incremento dos custos a serem suportados pela coletividade reside o perigo oposto. O projeto de lei que altera o licenciamento ambiental e as diversas leis estaduais que estão promovendo a simplificação de trâmites procedimentais, com a adoção da “declaração responsável” ou da “licença por adesão e compromisso – LAC”<sup>45</sup> não foram precedidas de avaliação de impacto regulatório e de estudos empíricos baseados em monitoramento de atividades potencialmente poluidoras. Por isso, não há evidências no sentido da ausência de riscos para os bens jurídicos pela adoção de um procedimento autodeclaratório. Diante disso, a confiança na boa fé do empreendedor, que consta como um dos princípios da Lei de Liberdade Econômica (art. 2º, II), deve ser cautelosa, pois, na eventualidade da ocorrência de danos ambientais, a responsabilidade civil será imputada solidariamente ao Estado-licenciador.

#### **4. A LIBERAÇÃO ECONÔMICA DE ATIVIDADES DE BAIXO RISCO**

A dispensa de licenciamento para atividades de baixo risco alinha-se com a noção de que o Estado deve atuar subsidiariamente em relação ao empreendedor<sup>46</sup>, corrigindo falhas de mercado.

O art. 3º, inciso I, da Lei da Liberdade Econômica, foi regulamentado pelo Decreto Federal 10.178/2019, cujo art. 3º estipula que o órgão ou a entidade responsável pela decisão administrativa acerca do ato público de liberação classificará o risco da atividade em nível de risco I, para os casos de risco leve, irrelevante ou inexistente; nível de risco II, para os casos de risco moderado; ou nível de risco III, para os casos de risco alto.

Para a correta interpretação desta legislação, alguns esclarecimentos são necessários. O enquadramento da atividade como de “baixo risco” deve ser compatibilizado com a Lei Complementar 140/2011, que trata da competência da União, dos Estados e dos Municípios para o licenciamento ambiental. A definição das atividades de impacto ambiental de âmbito local que serão licenciadas pelos Municípios compete ao Conselho Estadual do Meio Ambiente (art. 9º, inciso XIV, “a”, LC 140/2011), considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade. Daí que os Municípios somente poderão definir atividade de baixo risco no que se refere ao rol de atividades que já foi definido como de impacto local pelo Conselho Estadual. É preciso cautela para que não se confundam “baixo risco” com “baixo impacto”, de tal sorte a se abrir uma brecha na legislação municipal que signifique permitir que os Municípios classifiquem as atividades como baixo risco.

Além disso, a resolução do Conselho não pode discrepar das normas federais gerais porventura existentes, atentando para o disposto no art. 24, §§1º e 2º, da Constituição Federal, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma resolução do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Ceará, que criou hipóteses de dispensa de licenciamento ambiental para a realização de atividades impactantes e degradadoras do meio ambiente<sup>47</sup>.

45 É o caso dos Estados da Bahia (Lei Estadual 12.377/2011), Rio Grande do Sul (Lei Estadual 15.434/2020), Goiás (Lei Estadual 20.694/2019) e Ceará (Lei Estadual 14.882/2011).

46 TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 45.

47 Supremo Tribunal Federal, ADI n.6288-Ceará, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24 set. 2010.

A fim de se evitar critérios incoerentes e conflitivos, compreende-se que os Municípios tampouco poderiam enunciar o que se entende por atividade de risco II, que permitem o licenciamento simplificado nos termos do art. 9º do Decreto Federal 10.178/2019. É que, conforme o art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, os Municípios somente têm competência para legislar sobre assunto de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual existentes. O enquadramento do nível de risco das atividades não é uma matéria de interesse local e, por isso, depende de regulação prévia por parte do Estado.

Quanto aos critérios para o enquadramento do nível de risco das atividades, o art. 4º do Decreto Federal 10.178/2019 afirma que:

Art. 4º O órgão ou a entidade, para aferir o nível de risco da atividade econômica, considerará, no mínimo:

I - a probabilidade de ocorrência de eventos danosos; e

II - a extensão, a gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso.

Parágrafo único. A classificação do risco será aferida preferencialmente por meio de análise quantitativa e estatística.

Observe-se que os critérios de “probabilidade de ocorrência de eventos danosos” e “extensão, gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso” nada mais são do que uma outra forma de expressar o conceito de risco de impacto negativo, que é tratado pela Lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e pela Lei Complementar 140/2011. A Lei 6938/81 condiciona a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ao prévio licenciamento ambiental (art.10). Idêntica redação tem o art. 2º, inciso I, da Lei Complementar 140/2011.

Ora, os termos “potencialmente poluidores” ou “capazes, sob qualquer forma de causar degradação” sinalizam o risco de impacto negativo que tende a ser qualificado juridicamente como um dano, caso não seja mitigado e compensado no contexto da responsabilidade *ex ante*. Os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, presentes no art. 9º, XIV, alínea “a”, da Lei Complementar, também sinalizam o grau de risco a ser enfrentado através do licenciamento.

Outro aspecto muito relevante atinente ao art. 4º do Decreto 10.178/2019 refere-se à natureza jurídica da decisão que classifica o risco de uma determinada atividade. Seria tal decisão discricionária?

Cumpra esclarecer que o ato administrativo pode ser vinculado ou discricionário<sup>48</sup>. É vinculado quando a lei define previamente os contornos do agir administrativo em todos os seus aspectos, restringindo a liberdade decisória do gestor público. Por sua vez, o ato discricionário é produzido quando a lei confere à administração certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, na consecução do interesse público<sup>49</sup>. No modelo neoconstitucionalista de controle de juridicidade, os atos discricionários devem harmonizar-se com o conjunto de regras e princípios constitucionais, embora estes não esclareçam *ex ante* que tipo de conduta é especificamente exigível do gestor

48 Para Freitas, a distinção entre atos vinculados e atos discricionários é de intensidade da subordinação à legalidade estrita (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.32).

49 CRETILLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 150.

público. Trata-se, portanto, de uma possibilidade regulatória que demanda maior atenção em termos de controle social, pois inexistente uma moldura previamente tipificada na lei.

Uma certa dose de discricionariedade na legislação é inevitável diante da complexidade envolvida na tarefa de dar efetividade à lei, em regra dotada de abstração e dependente de interpretações e escolhas. No direito ambiental, em virtude das especificidades e dos conhecimentos técnicos que envolvem os bens jurídicos protegidos pela legislação, a discricionariedade é mais frequente, e se manifesta por meio da alusão a princípios jurídicos, os quais são dotados de ampliada margem interpretativa por implicarem juízos ponderativos<sup>50</sup>. Também as normas técnicas e os conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, “compatibilização com o entorno”, “proteção da paisagem”, “atividade de baixo risco” ou de “significativo impacto ambiental”, suscitam dúvidas a respeito da liberdade do intérprete para preencher o seu conteúdo à luz do caso concreto.

Consideramos que as normas jurídicas que remetem para conceitos indeterminados que dependem de conhecimento técnico-científico, como é o caso dos conceitos científicos presentes na legislação ambiental e dos padrões urbanísticos e ambientais, não envolvem interpretação baseada em juízo de valor pessoal, oportunidade e conveniência. Envolvem, ao contrário, a necessidade de o intérprete valer-se de conhecimento abalizado e tecnicamente fundamentado, que extraia a interpretação que melhor atende ao interesse público primário, compreendido como interesse da coletividade, e que realize os valores presentes nos princípios constitucionais relacionados ao bem jurídico objeto da decisão<sup>51</sup>.

Nesta perspectiva, entendemos que a classificação do risco das atividades, no âmbito da Lei da Liberdade Econômica e de seu decreto regulamentador, não é discricionária. Veja-se que o art. 4º, parágrafo único, do Decreto 10.178/2019, afirma que “a classificação do risco será aferida preferencialmente por meio de análise quantitativa e estatística”. A menção a “preferencialmente” não significa juízo de oportunidade e conveniência, mas a relevância de que a classificação das atividades de risco se dê com amparo em evidências técnico-científicas, afastando-se qualquer juízo pessoal do administrador público.

Embora o Decreto 10.178/2010 não explicita em maiores detalhes como deverá ser efetuada a classificação de risco, há dispositivos nesta norma que apontam para o elevado ônus argumentativo do gestor público no exercício da tarefa classificatória. O art. 5º deste diploma legal obriga que todas as hipóteses de atos públicos de liberação de atividades econômicas estejam classificadas em, no mínimo, um dos níveis de risco, e que pelo menos uma hipótese esteja classificada no nível de risco I (caso em que há dispensa de atos liberatórios). No entanto, o parágrafo único do art. 5º prevê que esta exigência poderá ser afastada mediante justificativa da autoridade máxima do órgão ou da entidade. Evidentemente, esta justificativa há de ser técnica, e não pode ser estruturada em termos de oportunidade e conveniência do gestor público, sob pena de ferir os princípios da impessoalidade, da legalidade e da motivação dos atos administrativos.

Por isso, o art. 6º do Decreto Federal 10.178/2019 deve ser interpretado com cuidado. Quando estipula que o ato normativo que classificar os riscos das atividades “poderá estabelecer critérios para alteração do enquadramento do nível de risco da atividade

---

50 PLATJOUW, Froukje Maria. *Environmental Law and the ecosystem approach*. Maintaining ecological integrity through consistency in Law. England and New York: Routledge, 2016, p. 124. Sobre o tema: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodium, 2019, p.184.

51 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.95.



econômica, mediante a demonstração pelo requerente da existência de instrumentos que, a critério do órgão ou da entidade, reduzam ou anulem o risco inerente à atividade econômica”, este dispositivo não pode produzir, sob pena de inconstitucionalidade, uma situação de barganha, por meio da qual o Estado licenciador tolera a exposição da sociedade a uma condição de médio ou alto risco, em troca de um ato ou contrato que preveja instrumentos de responsabilização própria ou de terceiros em relação aos riscos inerentes à atividade econômica, seguro ou prestação de caução (hipóteses previstas no art. 6º, incisos II, III e IV, pois o dano não interessa à sociedade. O meio ambiente é um macrobem jurídico indisponível e de interesse difuso, motivo pelo qual é inconstitucional qualquer transação que crie um risco de dano intolerável para o bem jurídico.

Além disso, o ato de classificação do risco da atividade não é um ato mágico que converte o preto em branco. A classificação do risco precisa ser guiada por critérios técnico-científicos, porque o art. 225, parágrafo 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado o dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Ou seja, não há exceção ao controle estatal para as atividades de “baixo risco”, do que se depreende que apenas as atividades de risco “irrelevante ou inexistente” poderão ser dispensadas do controle estatal prévio.

A dispensa de controle *ex ante* para atividades classificadas no nível de risco I e a possibilidade de liberações simplificadas e automáticas para as atividades classificadas no nível de risco II, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 2º, do Decreto 10.178/2019, pressupõe que já esteja em pleno funcionamento o sistema de fiscalização e de monitoramento dos impactos reais produzidos pelo efeito cumulativo e sinérgico das atividades, e em condições de ser sindicado pela sociedade.

Um último comentário a respeito da Lei da Liberdade Econômica aplicada ao direito ambiental refere-se à vedação da aprovação tácita prevista no art. 3º, inciso IX, da Lei 13.874/2019, quando ocorre o decurso do prazo para análise do pedido de expedição de ato liberatório de atividade econômica. Em primeiro lugar, há que observar o disposto no art. 14, §3º, da Lei Complementar 140/2011, atinente ao licenciamento ambiental, segundo o qual “o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva”. Em segundo lugar, mesmo que inexistisse tal previsão na Lei Complementar 140/2011, cumpre concluir pela inconstitucionalidade material deste dispositivo pela grave ameaça de danos que impõe sobre o meio ambiente. Portanto, sempre que o ato liberatório de atividade econômica puder implicar algum risco para bens fundamentais, em que se inserem os bens dotados de valor histórico, artístico e cultural, é descabido cogitar de emissão tácita.

A previsão de autorização tácita, diante do chamado “silêncio positivo”, é vedada para atos liberatórios que possam afetar o planejamento urbano e o ordenamento territorial, nos termos da Diretiva 2006/123 do Parlamento Europeu e do Conselho, justamente em virtude do elevado risco de desorganização espacial das cidades pela possibilidade de inserção de edificações e outros projetos em desconformidade com o plano de ordenamento do solo. Daí que o instituto da emissão tácita, transplantado para o Brasil a partir da experiência de países europeus, deve ser interpretado com muitas reservas, pois cria um risco desproporcional aos direitos fundamentais.

Retomando o tema da relação entre a pandemia do COVID-19 e o licenciamento ambiental, acredita-se que a urgência da recuperação econômica do país deve pressionar

por novas desregulações, inclusive porque já se encontra em tramitação na Câmara de Deputados o mencionado Projeto de Lei 3729/2004, que pretende flexibilizar uma série de exigências do licenciamento ambiental<sup>52</sup>. Não há espaço neste artigo para examinar as modificações normativas propostas, mas cumpre destacar que, com a eventual dispensa de estudos técnicos e da oitiva de outros órgãos públicos, pode haver a redução do escopo dos impactos analisados no processo decisório, com o risco de que o direito material seja vulnerabilizado pela violação do princípio do devido processo legal que se associa à dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Também a unificação das etapas do licenciamento (licença prévia, de instalação e de operação) pode negligenciar os deveres precaucionais distribuídos no curso do procedimento de tomada de decisão, já que à cada etapa corresponde um objetivo específico de confrontação do projeto com as características socioambientais do território.

Não obstante, mesmo em um contexto excepcional como o da pandemia do COVID 19, mantém-se o dever de o Estado regulador observar o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, segundo o qual as consequências práticas da decisão administrativa simplificadora dos atos de liberação de atividades econômicas devem ser levadas em consideração<sup>53</sup>. Trata-se aqui do critério determinante que permitirá se diferencie entre opções simplificadoras e opções flexibilizadoras que forem incorporadas à legislação.

Será aceitável a decisão que busque agilizar o procedimento decisório e que, ao final, proporcione consequências ambientalmente sustentáveis, identificadas com um estado de inexistência de dano ambiental ou de riscos intoleráveis. Certamente, medidas enérgicas de monitoramento e controle *ex post* deverão ser implementadas para permitir a correção de rumo em tempo hábil, caso a dispensa de determinada exigência tenha se mostrado precipitada.

Respondendo ao problema proposto neste artigo, entende-se que, na formação das decisões regulatórias e administrativas, que afastam determinadas exigências tidas por excessivamente onerosas, caberá atentar para os seguintes critérios: a) adoção de avaliação de custo-benefício, que contemple dimensões e custos sociais e ambientais, que pelo caráter irrepitível dos bens envolvidos, devem prevalecer no balanceamento com os aspectos econômicos; b) incidência dos princípios da proibição de retrocesso social, da vedação da proteção insuficiente, da precaução e da prevenção, de modo que, havendo dúvida, se mantenham as exigências procedimentais (*in dubio pro natura*); c) a aplicação dos deveres de precaução e de prevenção deve considerar escalas geográficas ampliadas e o risco de os impactos negativos se manifestarem a médio e longo prazos; d) dever de internalização das externalidades ambientais negativas por aqueles que se beneficiam da atividade econômica; e e) exigência de monitoramento e fiscalização dos efeitos práticos das decisões regulatórias.

Para a avaliação de custo-benefício, será necessário considerar as consequências concretas da retirada da exigência de determinado estudo ou de controle prévio sobre o bem jurídico que se quer proteger, de tal forma a garantir que não se configure um estado de proteção insuficiente deste bem jurídico. O desafio será incorporar indicadores de sustentabilidade ambiental e critérios de monitoramento na avaliação de custo-benefício, que possam ser transparentes e sindicáveis, tema este muito pouco desenvolvido no direito brasileiro.

---

52 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em: 05 set. 2020.

53 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020, p.93.

Além disso, a pandemia do coronavírus COVID-19 explicita, como critério para a tomada de decisões, a importância da adoção da abordagem da “saúde única”, sob o reconhecimento de que a saúde humana, dos animais e dos ecossistemas são correlacionados. Nessa perspectiva, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - COM (2020) 380 final, intitulada “Estratégia de Biodiversidade da UE para 2030 – Trazer a natureza de volta às nossas vidas”, afirma que

As sociedades saudáveis e resilientes só podem existir se for concedido à natureza o espaço de que ela necessita. A recente pandemia de COVID-19 torna ainda mais urgente a necessidade de proteger e restaurar a natureza. A pandemia está a aumentar a sensibilização para a ligação entre a nossa própria saúde e a saúde dos ecossistemas. Está a demonstrar a necessidade de cadeias de abastecimento e padrões de consumo sustentáveis, que não excedam os limites do planeta, refletindo o fato de o risco de aparecimento e propagação de doenças infecciosas aumentar à medida que a natureza é destruída. Por isso, a proteção e a restauração da biodiversidade e o bom funcionamento dos ecossistemas são fundamentais para reforçar a nossa resiliência e prevenir o aparecimento e a propagação de futuras doenças.

A indicação das consequências da decisão, consoante explicita Vitorelli, deve constar da motivação dos atos administrativos, exigindo-se que a ponderação seja explícita e contemporânea à produção do ato: “quanto mais relevante ou impactante for, sobre o grupo social, o ato administrativo a ser praticado, mais minuciosas devem ser as ponderações acerca das consequências”, e que, quanto mais abstrato for o valor jurídico que o ato pretender concretizar, mais detalhada haverá de ser a motivação<sup>54</sup>. Caso a motivação seja inadequada ou insubsistente, restará configurado vício de legalidade, com a possibilidade de responsabilização do gestor.

Veja-se que o esforço de Vitorelli e de D’Oliveira é propiciar racionalidade fundada em evidências para a tomada de decisões administrativas, o que, de resto, tem sido afirmado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra a Medida Provisória 966/2020, em que se discutiu a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento da pandemia do novo coronavírus<sup>55</sup>. A Corte afirmou que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em conta a observância, pelas autoridades: a) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; b) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Ainda, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente das normas e critérios técnicos aplicáveis à matéria e da observância dos princípios da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

---

54 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020, p. 101.

55 Supremo Tribunal Federal ADIs 6421 e 6422 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 20 e 21 de mai. 2020. As ações diretas tinham por objeto a MP 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei 4.657/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB), com a redação dada pela Lei 13.655/2018 e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamentam o referido art. 28.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do arcabouço doutrinário e normativo a respeito dos espaços discricionários legados à Administração Pública, que podem ensejar iniciativas para a simplificação das exigências ambientais e dos ritos procedimentais, motivada pelo cenário de urgência na retomada das atividades econômicas, conclui-se que, no Estado Democrático de Direito, não há mais lugar para o atropelo e o imprevisto. A relação entre o planejamento das políticas públicas e o exercício do controle estatal através de instrumentos de comando e controle, que veiculam a responsabilidade ambiental *ex ante* como expressão do dever estatal de impedir os danos ambientais, é incontroversa e exige o recurso a análises empíricas prévias que possam demonstrar os impactos concretos das opções regulatórias, no médio e longo prazos, e também considerando-se a realidade espacial sobre a qual incidirão as atividades econômicas.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais impede que se possa criar estados de exceção, mesmo em situações tão dramáticas como a da pandemia do COVID 19, impondo que se considerem as consequências futuras sobre os bens fundamentais que podem resultar vulnerabilizados e, inclusive, agravar cenários de degradação ambiental que favoreçam a superveniência de novas pandemias.

Há um dever de conformação do agir administrativo aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e de aperfeiçoamento da legislação existente, no sentido de que acompanhem as exigências incrementais destas mesmas normas. A pandemia do COVID 19 não pode representar uma autorização para a degradação ambiental e para o retrocesso. Pelo contrário, há de ser uma oportunidade para reflexão sobre o atual modelo civilizatório, que até o momento baseou-se na exploração ilimitada da natureza e na poluição, e que deixe como legado o avanço tecnológico na esfera administrativa, responsável pela digitalização dos processos, pela criação de balcões digitais para atendimento dos cidadãos e pela ampliação do acesso aos dados dos licenciamentos.

Quanto à aplicação da Lei da Liberdade Econômica à matéria ambiental, conclui-se que os Municípios não têm competência para o enquadramento dos níveis de risco das atividades, a que se refere o art. 3º, inciso I, desta lei, e os arts. 3º e 4º do Decreto Federal 10.178/2019. Portanto, esta competência legislativa deve ser exercida pela União e pelos Estados, com amparo em matriz de risco fundada em evidências empíricas que permitam segurança ao regulador em relação ao dever estatal de controle de atividades que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 3. reimpr., 2014.

AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo legal e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p.55-72.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Ministério da Justiça. Direção Geral da Política de Justiça. Coimbra: Almedina, 2010.

BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, fev. 2018.

BRASIL, Lei 6938/81. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

BRASIL, Lei Complementar 140/2011. Fixa normas para a cooperação entre a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

BRASIL, Lei 13.874/2019. Institui a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica.

BRASIL, Decreto Federal 10.178/2019. Regulamenta a Lei 13.874/2019.

BRASIL, Decreto Federal 10.411/2020. Disciplina a avaliação de impacto regulatório.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal ADIs 6421 e 6422 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20 e 21 de maio 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4988, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19 set. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 6288, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.set.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1818008/RO, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3 out. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013.

FONSECA, Alberto. *Nota Técnica - Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental: análise crítica e propositiva do projeto de lei à luz das boas práticas internacionais e da literatura científica*. Ago. 2019. Disponível em: <http://avaliacaodeimpacto.org.br>. Acesso em: 05 set. 2020.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *COVID19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade extracontratual*. CONJUR 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 07 set. 2020.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodium, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. Teoria, modalidades e aspectos controvertidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11. ed., Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2011.



PLATJOUW, Froukje Maria. *Environmental Law and the ecosystem approach*. Maintaining ecological integrity through consistency in Law. England and New York: Routledge, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SUNSTEIN, Cass R. *Simpler. The future of government*. New York: Simon & Schuster eBook, 2013.

TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011.

UNGER, Nancy Mangabeira. *Fundamentos filosóficos do pensamento ecológico*. São Paulo: Loyola, 1992.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020.

---

**Recebido em:** 10.09.2020

**Aprovado em:** 12.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Impactos do Covid 19 e da lei da liberdade econômica na flexibilização do licenciamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.411-429, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-26.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# PANDEMIA E AS LIMITAÇÕES SISTÊMICAS DO DIREITO AMBIENTAL PARA DEMANDAS COMPLEXAS

## (PANDEMIC AND SYSTEMIC LIMITATIONS OF ENVIRONMENTAL LAW FOR COMPLEX DEMANDS)

André Rafael Weyermüller<sup>1</sup>  
Pedro Ernesto Neubarth Fernandes<sup>2</sup>

**RESUMO:** A pandemia da Covid-19 revelou de forma muito clara os riscos do mundo globalizado. Diversas repercussões negativas afetam intensamente a sociedade de risco global, a qual continua a reproduzir um processo de desenvolvimento com altos custos ambientais. O Problema de pesquisa proposto consiste em avaliar a realidade complexa que a sociedade global vivencia, partindo da análise das possíveis ligações existentes entre o meio e a disseminação do coronavírus, bem como as inconsistências na tutela jurídica de questões ambientais. A Teoria dos Sistemas possibilita a adequada observação do problema, inclusive para melhor compreender as limitações do Direito Ambiental. A metodologia de pesquisa parte de um nível exploratório com pesquisa bibliográfica, sendo o método aplicado o dedutivo.

**Palavras-chave:** complexidade; direito ambiental; pandemia; risco; sistemas.

**ABSTRACT:** The Covid-19 pandemic revealed the risks of the globalized world very clearly. Several negative repercussions strongly affect the global risk society, which continues to reproduce a development process with high environmental costs. The proposed research problem consists of assessing the complex reality that the global society experiences, starting from the analysis of the possible existing links between the environment and the spread of the coronavirus, as well as the inconsistencies in the legal protection of environmental issues. Systems Theory makes it possible to properly observe the problem, including to better understand the limitations of environmental law. The research methodology starts from an exploratory level with bibliographic research, the deductive method being applied.

**Keywords:** complexity; environmental law; pandemic; risk; systems.

---

1 Pós-doutor em Direito pela PUC-Rio. Doutor e Mestre pela Unisinos. Especialista em Direito Ambiental pela Feevale. Professor na graduação e mestrados da Unisinos e Feevale. Advogado.

2 Mestre em Direito Público pela Unisinos. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia de 2020 repercute nos mais diversos aspectos da vida no mundo todo. Sociedades de culturas tão diferentes acabaram atingidas por uma onda de contaminação por um coronavírus provavelmente oriundo da interação entre pessoas e animais silvestres na China, pois as informações disponíveis indicam que um mercado popular na cidade de Wuhan foi o epicentro da pandemia.

O amplo aparato de transportes que estão disponíveis atualmente contribuiu para a velocidade de propagação do vírus por todo mundo. A globalização dos mercados e transportes elevou a complexidade dos riscos aos quais a sociedade global está exposta. Nunca antes houve tanta interação, trocas e circulação de informações, porém nunca antes se teve tantas possibilidades e variáveis que necessitam de controle e previsibilidade, sobretudo na temática ambiental.

Nesse contexto, o Direito desempenha papel importante na tentativa de estabelecer critérios aplicáveis ao controle de processos de exploração do meio ambiente. As estruturas tradicionais baseadas na norma e nos dispositivos estatais de controle e fiscalização fazem frente a parte da complexidade da Sociedade de Risco. Porém, demandas complexas como as interações entre a sociedade e o meio ambiente e seus efeitos imprevisíveis, fogem aos elementos tradicionais de controle e geram ainda mais riscos e insegurança.

A Teoria dos Sistemas Autopoieticos formulada por Niklas Luhmann, permite uma observação mais apurada do fenômeno social, ao conceber a autorreferência dos sistemas sociais como Direito e Economia. Tais sistemas operam a partir de sua diferenciação em relação aos demais e têm como elemento essencial a comunicação, a qual é improvável. A superação das dificuldades comunicativas inerentes aos sistemas sociais é o desafio constante do Direito frente as inúmeras possibilidades definidas a partir do processo de decisão. Assim, o risco mais evidente está na decisão. Como o futuro depende das decisões tomadas hoje, essa perspectiva de análise se mostra muito adequada.

A intervenção constante da sociedade no meio ambiente natural revela a profunda dificuldade em se estabelecer controle sobre as expectativas. Como o sistema do Direito, com sua lógica operativa sistêmica baseada no código binário legal/ilegal, tem limitações importantes em termos aplicados, surge a necessidade de aprimorar instrumentos capazes de fazer frente às novas demandas, sobretudo ambientais.

O Problema de pesquisa centra-se na constatação da realidade complexa que a sociedade global está inserida, partindo para a avaliação e descrição da complexidade da interação sociedade/meio ambiente tomando por base as possíveis ligações que podem ser estabelecidas entre a pandemia do coronavírus com as falhas no cuidado e na tutela de questões ambientais que podem estar ligadas a eventos pandêmicos. Assim, as deficiências do sistema do Direito indicam limitações ao Direito Ambiental, ramo especializado que objetiva a tutela de bem jurídico bastante amplo e essencial.

Busca-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica, conhecer essa realidade e diagnosticar dificuldades enfrentadas pelo sistema do Direito, sobretudo, com foco no Direito Ambiental, em fazer frente a demandas que podem estar relacionadas com o surgimento e disseminação de doenças. A metodologia de pesquisa parte de um nível exploratório com pesquisa bibliográfica, sendo o método aplicado o dedutivo.

O meio ambiente natural tem mecanismos que fogem ao controle dos sistemas sociais. Cada vez mais se revelam dificuldades em prever e controlar as resultantes negativas da interação destrutiva da sociedade global com seu substrato natural.

## 2 A PANDEMIA DA COVID-19 NA SOCIEDADE COMPLEXA E DE RISCOS

A sociedade contemporânea enfrenta cada vez mais problemas de abrangência global, os quais tendem a ser agravados em virtude do modelo social e da dinâmica de interações entre as nações que é complexa e revestida de riscos múltiplos. Uma realidade que Beck<sup>3</sup> escreve como Sociedade de Risco, na medida em que a produção de riquezas e o desenvolvimento é sistematicamente acompanhada pela produção de riscos cada vez mais abrangentes e imprevisíveis, como os ambientais e tecnológicos. Ulrich Beck refere que o risco está relacionado com as consequências futuras das ações humanas e que:

[...] toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global. Está íntimamente relacionado con el proceso administrativo y técnico de decisión. Anteriormente, esas decisiones se tomaban con normas fijas de calculabilidad, ligando medios y fines o causas y efectos. La 'sociedad del riesgo global' ha invalidado precisamente esas normas.<sup>4</sup>

Em outras palavras, a capacidade da sociedade contemporânea em produzir bem-estar e desenvolvimento, está diretamente relacionada com a capacidade de lidar com os riscos gerados durante esse processo irreversível. Pode-se destacar, portanto, que em virtude da realidade de uma sociedade de risco global, se impõe a necessidade de debate e enfrentamento da destruição sistemática da natureza, cujos efeitos colaterais são característicos de risco muito alto para a presente e para as futuras gerações.

Diante dessa realidade, vivencia-se um problema mundial inerente à própria existência da espécie humana, uma profunda crise institucional social,<sup>5</sup> que se formatou como consequência da incapacidade de lidar de forma adequada com os riscos produzidos e que se fazem presentes na dinâmica da sociedade, sendo cada vez mais evidentes em virtude de um fenômeno complexo e multifacetado que se designa por globalização, termo que tem

adquirido muchas connotaciones emotivas y se ha convertido en una cuestión muy controvertida en el discurso político actual. Por un lado, la globalización se ve como una fuerza benigna e irresistible que puede ofrecer prosperidad económica a las personas en todo el mundo. Por el otro, se le culpa de ser la fuente de todos los males contemporáneos.<sup>6</sup>

Importante destacar que a globalização ou mundialização, que de acordo com Jung e Rocha,<sup>7</sup> é “a busca pela afirmação de um processo da extensão global e das relações sociais, capaz de envolver toda a territorialidade de nosso pequeno planeta azul”, bem como um processo histórico que já não distingue mais a sociedade pelo seu passado e futuro.<sup>8</sup> A sociedade global vive sérios problemas relacionados aos riscos que ela própria produz, contudo é apenas uma das características da sociedade contemporânea que é cada vez mais complexa, uma vez que

3 BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

4 BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002, p. 5.

5 BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

6 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Ginebra, 2004, p. 27.

7 JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. *Ecocomplexidade: adoção de um Tribunal pelo Mercosul*. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2019, p. 50.

8 ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; CLAM, Jean (Orgs.). *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

as sociedades contemporâneas, diante de sua alta complexidade e impossibilidade sistêmica, devem estar cientes de que sofrerão com os resultados de suas ações presentes no futuro, não podendo, assim, eximir-se dos riscos que escolheram correr, tampouco dos quais não escolheram ou sequer possuem controle, pois suas consequências são resultantes de eventos assumidos e intrínsecos à própria espécie humana.<sup>9</sup>

Essa complexidade crescente associada a produção de riscos se evidencia muito claramente em virtude da pandemia decorrente do coronavírus (COVID-19). Como lidar com esses novos contextos resultantes da pandemia de 2020 é uma questionamento que se impõe. Quais são as possibilidades de uma nova pandemia ainda mais letal surgir, é um risco que precisa ser enfrentado. A capacidade humana de lidar com esses riscos está diretamente relacionada a necessária capacidade de observar os fatos ocorridos no passado visando aprender lições úteis de como agir no presente visando se antecipar ao que ocorrerá no futuro. Em outros termos, precisa desenvolver capacidades adaptativas.<sup>10</sup>

Além de capacidade de adaptação a novos cenários complexos, as posturas antecipadoras são fundamentais e são objeto da principiologia de Direito Ambiental com a ideia de precaução. O contexto de incertezas está relacionado à operacionalidade da precaução, sobretudo num mundo de globalização e tecnologias que representam riscos, típicos da contemporaneidade, onde o cuidado com o planeta precisa ser considerado na ponderação de possibilidade de danos futuros. Partindo da noção de antecipação a eventos indesejáveis no futuro, o Princípio da Precaução está relacionado com diversos cenários de riscos, como de uma tecnologia no futuro, com o consumo de alimentos transgênicos ou que contenham nanotecnologias e ainda em relação ao meio ambiente de forma ampla como em relação à saúde. Anthony Giddens<sup>11</sup> defende a precaução relacionada com o “pensamento verde” e suas amplas aplicações. Sob a perspectiva econômica, o princípio possivelmente seja limitador, pois, considerando sua essência, impediria atividades sobre as quais não se pode afirmar com segurança se representa ou não um risco futuro.

A pandemia que se abateu sobre a sociedade global em 2020 tem muito a ensinar, talvez preparando as estruturas econômicas e sociais para outras situações similares que devem ocorrer no futuro. As lições do passado foram em parte aprendidas, mas não evitaram que um novo vírus se alastrasse por praticamente a totalidade dos países e regiões do mundo. Mesmo com os instrumentos tecnológicos hoje disponíveis, ao contrário do passado, as consequências foram profundas. Infelizmente os eventos relacionados a pandemia são recorrentes na história humana. Riccon Ferraz,<sup>12</sup> escreve que os primeiros sinais de Pandemia são de catalogados de 170 d.C.:

No tempo dos imperadores romanos Lucius Verus (F. 169 d.C.) e Marcus Aurelius Antoninus (F. 180 d.C.) surge uma primeira epidemia (165-180 d.C.), com propagação a todo o império. Conhecida por Peste Antonina, pode bem ter sido a primeira pandemia. [...] palavra esta que deriva do grego pandemos e que significa “de todos as pessoas”, sinônimo de um surto da

---

9 WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 44-46.

10 WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014.

11 GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

12 RICON FERRAZ, Amélia. As grandes Pandemias da História. *Rev. Ciência Elementar*. Porto: v. 8, n.2, 2020, p.1-2. Disponível em: <https://rce.casadasciencias.org/rceapp/art/2020/025/>. Acesso em: 23 ago. 2020.



doença de extensa distribuição geográfica. Com início no cerco das tropas romanas à cidade de Selêucia na Mesopotâmia, rapidamente se difundiu, fruto das movimentadas rotas comerciais e militares existentes. Galeno de Pérgamo (séc. II d.C.), médico deste segundo imperador, expoente máximo da Medicina Romana - idolatrado nos centros de ensino e assistência no Ocidente durante séculos – tratou doentes com esta patologia em Roma e, da sua experiência, deu notícia de forma dispersa nos seus escritos.

Daquele período até os dias atuais, diversas foram as ocorrências de pandemia enfrentadas pela humanidade, com destaque para a mais mortífera de todas, a Peste Negra. Foi uma doença que acometeu boa parte da população do ocidente, tendo sido responsável pela morte de cerca de um terço da população durante o século XIV, com repercussões profundas na história.<sup>13</sup>

Mais recentemente em termos históricos, em 1918, enfrentou-se outra pandemia que ficou conhecido como a Gripe Espanhola, a qual surgiu na esteira do final da Primeira Guerra Mundial, quando um grande número de países estava passando por sérias limitações devido a quatro anos de uma guerra trágica que nunca tinha sido imaginada em suas consequências. A designação “espanhola” veio do fato da Espanha ter ficado neutra na guerra, e isso permitiu maior liberdade de informações pela imprensa, uma vez que notícias negativas podiam abalar o *front* interno. Assim, a doença foi divulgada pela imprensa espanhola e acabou vinculada ao país que nada tinha com a origem do vírus.

Em 1918, quando as hostilidades tinham deixado um longo rastro de destruição, uma sucessão de eventos militares e diplomáticos levaram ao armistício em novembro. Nesse contexto, em cerca de cinco meses, a doença já tinha se alastrado por boa parte do mundo aumentando ainda mais a tragédia da guerra:

Há estimativas de pelo menos 21 milhões de óbitos. Algumas estimativas chegam até a 50 milhões. Um fato que chama atenção é a ocorrência predominante de óbitos entre os adultos jovens e crianças. Houve ainda notícias de pessoas que embarcaram no metrô de Nova York, em Coney Island, apenas com sintomas inespecíficos, como cansaço, e foram encontradas mortas na estação de Columbus Circle, 45 minutos depois. Há ainda relatos de que povoados inteiros de esquimós desapareceram completamente em regiões longínquas do Alasca. Dados dos patologistas britânicos apontavam a hemorragia pulmonar como a principal causa de óbito, o que não se havia ainda observado nas epidemias ocorridas em 1873 e 1889. Mas a epidemia não se restringiu ao hemisfério norte. Há dados impressionantes de que um de cada 20 habitantes de Gana, na África Ocidental, morreu da infecção pelo vírus Influenza entre 1º de setembro e 1º de novembro de 1918.<sup>14</sup>

A pandemia de 1918 acabou provocando mais mortes que a própria guerra que recém findava. Uma tragédia sem precedentes, mas que não foi a única durante o século XX. Importante lembrar a “gripe asiática” de H2N2 ocorrida entre 1957 e 1958 que iniciou na China e se espalhou pelo mundo com consequências importantes, pois vitimou mais de um milhão de pessoas. Ainda, a “Gripe de Hong Kong” de H3N2, de 1958 e o HIV a partir

---

13 RICON FERRAZ, Amélia. As grandes Pandemias da História. *Rev. Ciência Elementar*. Porto: v. 8, n.2, 2020, p.3. Disponível em: <https://rce.casadasciencias.org/rceapp/art/2020/025/>. Acesso em: 23 ago. 2020.

14 MATOS, Haroldo José de. A próxima pandemia: estamos preparados?. *Revista Pan-Amazônica de Saúde*. Ananindeua, v.9, n.3, 2018, p.9-10. Disponível em: [http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2176-62232018000300009&lng=pt&nrm=iso](http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-62232018000300009&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 09 set. 2020.

de 1981, são outros eventos similares que abalaram o mundo. O século XXI não ficou isento da disseminação de um vírus, pois a Influenza A (H1N1) também causou consequências importantes em 2009.

Atualmente, a sociedade global enfrenta uma nova ameaça, na forma de uma síndrome respiratória aguda grave provocada por um coronavírus (SARS-CoV-2), doença essa que foi detectada pela primeira vez em meados de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China. Inicialmente foi descrita como uma “pneumonia de etiologia desconhecida” com febre alta que não estava respondendo ao tratamento medicamentoso, motivo esse pelo qual, no final de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi informada e os casos foram oficialmente relatados e inseridos no Banco Nacional de Saúde da China.<sup>15</sup>

Os estudiosos Chris R. Triggler, Devendra Bansal, Elmoubasher Abu Baker Abd Farag, Hong Ding e Ali A. Sultan,<sup>16</sup> escrevem a respeito desse novo vírus que ameaça a humanidade e que, em virtude da ausência de uma vacina ou medicamentos com eficácia conhecida, houve uma resposta altamente variável à ameaça durante os primeiros meses de 2020. Em outras palavras, ocorreu um aumento muito rápido no número de casos, bem como uma rápida disseminação global, em todos os continentes, com exceção da Antártica.

Essa ampla disseminação do vírus pelo mundo revela um aspecto concreto da globalização e da interdependência entre os fenômenos sociais e ambientais. A pandemia afetou profundamente a economia e, por consequência, a sociedade. Cada país tem sua capacidade adaptativa e recursos para enfrentar crises. As desigualdades sociais ficaram mais evidentes e as formas de solução dos problemas daí decorrentes ainda mais complexos.

A pandemia, com suas consequências sociais e econômicas, também pode ser avaliada como um evento ambiental, uma vez que a sua origem, possivelmente associada a interação com animais silvestres, indica que eventos pandêmicos podem ser compreendidos no contexto das diversas interações que ocorrem entre sociedade e natureza.

A pandemia pode ser entendida como uma espécie de resposta negativa da natureza ao conjunto dos agressores, os humanos, como defendeu Fritjof Capra<sup>17</sup> recentemente. Vislumbrando o planeta como um grande organismo vivo, Gaia, é possível utilizar essa afirmativa como uma metáfora profunda da relação humana com o meio ambiente e que precisa ser considerada na tomada de decisões que repercutirão no futuro.

Muitos elementos da dinâmica da atual pandemia precisam ser explicados pela ciência para que se possa aprender com a experiência. Muitas incertezas pairam sobre a sociedade global. A relação causal entre pandemias e questões ambientais tem um indicativo forte, mas não completamente compreendido, de estarem relacionadas. A busca por soluções aos problemas ambientais favorece o controle sobre os riscos no futuro. Trata-se de decisões que devem ser tomadas na atualidade para repercutirem positivamente no futuro no que pertine ao controle dos riscos. O Direito Ambiental, enquanto subsistema social e instrumento da sociedade para o regramento da relação com o meio ambiente natural, apresenta limitações frente as novas demandas e pode ser melhor compreendido em seu papel por meio de uma perspectiva sistêmica.

---

15 TRIGGLE, Chris R; BANSAL, Devendra; FARAG, Elmoubasher Abu Baker Abd; DING, Hong; SULTAN, Ali A. *COVID-19: Learning from Lessons To Guide Treatment and Prevention Interventions*. mSphere. [s.l.]: v. 5, n.3, 2020, p.1. Disponível em: <<https://msphere.asm.org/content/5/3/e00317-20>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

16 TRIGGLE, Chris R; BANSAL, Devendra; FARAG, Elmoubasher Abu Baker Abd; DING, Hong; SULTAN, Ali A. *COVID-19: Learning from Lessons To Guide Treatment and Prevention Interventions*. mSphere. [s.l.]: v. 5, n. 3, 2020, p. 2 e 3. Disponível em: <<https://msphere.asm.org/content/5/3/e00317-20>>. Acesso em: 23 Ago. 2020.

17 CAPRA, Fritjof. Pandemia é resposta biológica do planeta, diz físico Fritjof Capra. [Entrevista concedida à] *Folha de São Paulo*. Data da entrevista: 09 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fronteiras-do-pensamento/2020/08/pandemia-e-resposta-biologica-do-planeta-diz-fisico-fritjof-capra.shtml>. Acesso em: 04 dez. 2020.

### 3 DIREITO AMBIENTAL E PANDEMIA: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

A relação próxima entre a pandemia e o meio ambiente implica em analisar a realidade sob perspectivas mais abrangentes que possam dar conta da complexidade. O Direito Ambiental, enquanto especialidade ou ramo do Direito, também pode ser localizado como um subsistema social que atua com suas referências sobre essas interações. As limitações desse subsistema se fazem sentir em demandas ambientais diversas, sobretudo naquelas em que uma atividade, ação humana ou tecnologia, representem risco e incerteza. Um processo pandêmico em andamento é caso concreto dessas incertezas.

Para realizar uma observação mais apurada e sofisticada do fenômeno social, com foco no Direito, a perspectiva da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann<sup>18</sup> é uma base teórica apropriada. Essa elaborada teoria sociológica é oportuna para a observação da complexidade social, pois a teoria Luhmann explica que as múltiplas possibilidades de ocorrências dentro da sociedade produzem os sistemas sociais funcionalmente diferenciados como o Direito, a Economia e a Política, os quais tem autonomia entre si, sendo a comunicação entre eles uma improbabilidade sistêmica. Essa autonomia do sistema em relação aos demais se dá a partir de seus elementos que o diferencia dos outros sistemas. Na formulação de Luhmann, um sistema que é capaz de se auto-produzir de forma independente (operativamente fechado) é um sistema autopoiético. Para Luhmann:

na autopoiese, o sistema é a unidade da diferença entre sistema/ambiente. A teoria da autopoiese parte do pressuposto de que são os sistemas o centro de tomada de decisões, a partir das organizações. Por isso, os sistemas têm como função principal a sua auto-organização, a sua auto-observação e a definição de seus limites: a definição de seus horizontes. Como se construir um mínimo de racionalidade num mundo altamente e complexo, onde se têm centenas, milhares de sentidos possíveis? Observa-se o mundo a partir do sistema; que, finalmente, é o único ponto de partida que se pode ter.<sup>19</sup>

Diante disso, o sistema do Direito é um bom exemplo desse fenômeno, pois busca agir como uma operação que objetiva a redução da complexidade social frente à impossibilidade de uma única moral comum, motivo pelo qual é possível se manter a ordem e coesão social.<sup>20</sup>

O sistema social do Direito, portanto, é um sistema diferenciado, pois trata-se de um sistema operacionalmente fechado e autorreferente, capaz de não separar-se por completo da sociedade e dos demais sistemas sociais, bem como definindo seus próprios limites.<sup>21</sup> De forma exemplificativa, pode-se dizer que diante da atual situação pandêmica, poderia o sistema do Direito agir como:

a palavra de ordem ou o norte interpretativo deve ser dados aos agentes públicos pela comunidade científica séria e responsável que poderá delimitar o que é imprescindível restringir e o que seria excessivo proibir, ou que não surtiria qualquer resultado positivo para reduzir contaminações ou evitar mortes, cumprindo-se, assim, a proteção do interesse público primário,

18 LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2009.

19 ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José L. Bolzan (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2008, p. 179.

20 MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005.

21 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ou seja, conferir a sociedade o que realmente ela necessita, não havendo dúvidas de que nossa Constituição da República prevê instrumentos hábeis para eventual restrição de direitos em período de pandemia[...].<sup>22</sup>

Em outras palavras, ao agir de uma forma específica estaria gerando irritações sistêmicas profundas, uma vez que “quando cogitamos a abertura dos sistemas para algo novo, há sempre uma grande agitação em seu interior diante da elevação da insegurança e dos riscos”.<sup>23</sup> Contudo, mesmo diante de tal possibilidade de abertura sistêmica face a pandemia do coronavírus, uma questão ainda nos resta sem resposta, qual seja a conexão existente entre a sociedade complexa e de risco, o coronavírus e o meio ambiente como objeto do Direito Ambiental.

A Constituição Brasileira estabelece no artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Tal entendimento, inclusive, fora objeto de inovação com a realização da RIO 92, onde houve acréscimo de conscientização quanto a temática ambiental, consagrara como sendo de importância para a sociedade global. Porém, a implementação concreta mostrou-se ser muito mais complicada do que as expectativas, não apenas da esfera de atuação pública, mas em todas as camadas sociais, o que impediu uma plena autonomia e efetivação das políticas ambientais.<sup>24</sup>

Essas diretrizes não se afastam da realidade mesmo diante das graves dificuldades enfrentadas para garantir um meio ambiente adequado, pelo contrário, continuam sendo objeto de desenvolvimento e engajamento social. Porém, infelizmente, há setores em que não se vê uma evolução consistente como no caso dos fatores climáticos, pois mesmo com os objetivos traçados na COP 21, em Paris, quanto a emissão de gases de efeito estufa, não vem sendo atingidos, tanto é que a temperatura do planeta terra segue em elevação.<sup>25</sup> Assim, problemas ambientais globais têm sérias dificuldades de sofrer intervenção pelo Direito Internacional, assim como há sérias dificuldades em se encaminhar demandas ambientais pelos Estados com seus elementos normativos.

Pesquisas recentes constataram que os vinte últimos anos foram os mais quentes já registrados, sendo que os anos de 2015 a 2018 ocupam os quatro primeiros lugares do ranking. Caso essa tendência não se altere, as temperaturas poderão subir entre 3°C e 5°C, até 2100, fator esse que leva a problemáticas drásticas as quais podem ser irreversíveis, como o derretimento das calotas polares, que por sua vez afetaria diretamente não apenas seres humanos, mas também toda a vida do planeta.<sup>26</sup> Esse contexto de mudanças climáticas implica em diversas alterações relevantes nos sistemas naturais que podem afetar drasticamente a vida humana.

22 BEVILACQUA, Luiz Alberto Segalla; CALDAS, Tania Alencar de. Os Direitos Constitucionais em tempos de Pandemia. Teoria & Prática: *Revista de Humanidades, Ciências Sociais e Cultura*. [s.l.]: v.2, n.1, 2020, p.52. Disponível em: <<http://isca.edu.br/revista/index.php/revista/articulo/view/28>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

23 JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico. *Rev. Fac. Der. Montevideo*: n.43, 2017, p.47. Disponível em: <[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S2301-06652017000200032&lng=pt&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2301-06652017000200032&lng=pt&nrm=iso&tlng=en)>. Acesso em: 23 ago. 2020.

24 WEYERMÜLLER, André Rafael. Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção. Curitiba: Juruá, 2014, p. 353.

25 WEDY, Gabriel. Breves considerações sobre a Política Nacional da Mudança do Clima e a necessidade de sua reforma. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n.77, 2017. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel\\_Wedy.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel_Wedy.html)>. Acesso em: 23 ago. 2020.

26 GIBBENS, Sarah. *Temporada de furacões no Atlântico em 2020 deve ser ativa e possivelmente destrutiva*. National Geographic. [s.l.]: 30 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/07/temporada-de-furacoes-no-atlantico-em-2020-deve-ser-ativa-e-possivelmente>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

A inegável problemática climática, em grande parte produzida pela sociedade global, causa resultantes negativas em níveis diferentes de intensidade e afeta diferentemente os países conforme sua capacidade de adaptação. A origem da pandemia, relacionada com o contato de humanos com determinadas espécies selvagens, indica que essa relação prejudica a dinâmica ambiental e pode provocar graves consequências em virtude de mecanismos naturais que ainda não estão completamente conhecidos e, assim, representam mais uma fator de risco. A expansão de áreas urbanas sobre habitats tradicionais, o desmatamento e a falta de controle na captura e consumo de animais silvestres, são temas claramente de competência do Direito Ambiental. Também ainda é incerto afirmar que existe uma relação causal entre a pandemia e os problemas ambientais já conhecidos, mas em termos de nexos causais mais amplos é possível entender que sim. Wedy esclarece que:

[...] não existem evidências diretas de que a mudança climática esteja influenciando a disseminação da Covid-19, mas esta, no mínimo, altera a forma de relacionamento do homem com os animais não-humanos e isso é relevante para o aumento do risco de infecções.<sup>27</sup>

Contudo, mesmo diante dessa assertiva, pode-se constatar que as causas das mudanças climáticas, embora não estejam diretamente ligadas a atual pandemia, podem aumentar sim o risco de novos eventos desse tipo, pois considerando apenas o desmatamento, tem-se um aumento consistente da perda de habitats naturais de diversas espécies que acabam procurando áreas urbanas e passarão a ter contato mais constante com humanos, podendo surgir dessa relação não natural o compartilhamento de doenças que antes estavam restritas a ambientes selvagens.<sup>28</sup>

Além do desmatamento, outro exemplo pertinente é a ocupação irregular de áreas verdes, problema esse cada vez mais presente e diretamente relacionado ao crescimento populacional, que dificulta não apenas o isolamento social necessário, como aumenta a possibilidade de disseminação de doenças virais pela falta de saneamento básico, o que também escancara as desigualdades sociais e os diferentes níveis de adaptação dependendo do índice de desenvolvimento econômico. Quintslr, Britto e Dias defendem que:

[...] parece-nos inegável o fato de que os mais vulneráveis econômica e socialmente serão os mais impactados pela epidemia. Entretanto, não é possível negligenciar os efeitos que um vírus que se propaga de forma tão eficaz quanto uma gripe tem sobre grupos economicamente favorecidos e sobre seus estilos de vida.<sup>29</sup>

É possível constatar que a pandemia do coronavírus, assim como qualquer outro processo pandêmico que possa vir no futuro, pode ser ainda mais letal conforme for a incapacidade dos Estados em conseguir lidar com as problemáticas ambientais do século XXI, como a falta de tratamento de esgoto, do desmatamento e o aquecimento global.

27 WEDY, Gabriel. *Green new deal, mudanças climáticas e a Covid-19*. Consulto Jurídico. [s.l.]: 13 Jun. 2020. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas-climaticas-covid-19#\\_ftn10](https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas-climaticas-covid-19#_ftn10)>. Acesso em: 23 ago. 2020.

28 WEDY, Gabriel. Breves considerações sobre a Política Nacional da Mudança do Clima e a necessidade de sua reforma. *Revista de Doutrina TRF 4*, Porto Alegre, n.77, 2017. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel\\_Wedy.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel_Wedy.html)>. Acesso em: 23 ago. 2020.

29 QUINTSLR, Suyá; BRITTO, Ana Lúcia; DIAS, Mariana. *Coronavírus: reflexões acerca da pandemia global e sua relação com o direito à água e ao esgotamento sanitário*. Observatório das Metrópoles. [s.l.]: 02 abr. 2020. Disponível em: <[https://www.observatoriodasmetrolopes.net.br/coronavirus-reflexoes-acerca-da-pandemia-global-e-sua-relacao-com-o-direito-a-agua-e-ao-esgotamento-sanitario/?utm\\_source=Facebook&utm\\_medium=Post&utm\\_campaign=Facebook\\_627&utm\\_content=Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20pandemia%20e%20a%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20urbanos](https://www.observatoriodasmetrolopes.net.br/coronavirus-reflexoes-acerca-da-pandemia-global-e-sua-relacao-com-o-direito-a-agua-e-ao-esgotamento-sanitario/?utm_source=Facebook&utm_medium=Post&utm_campaign=Facebook_627&utm_content=Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20pandemia%20e%20a%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20urbanos)>. Acesso em: 26 ago. 2020.



Importante destacar que, em relação ao coronavírus, ainda não está comprovado ser possível a contaminação por esgotos,<sup>30</sup> contudo esse se mostra cada vez mais presente, situação essa que pode ser observada na Região do Vale dos Sinos, no Rio Grande do Sul, onde a carga viral do coronavírus apresenta elevados volumes de concentração, situação essa que pode estar ocorrendo em diversas outras Regiões do globo.

Não se comprovou até aqui a relação do surgimento ou disseminação do vírus com a degradação ambiental de forma geral. No entanto, essas incertezas pontuais crescem ainda mais complexidade e insegurança que vem a reforçar a constatação de estarmos vivendo numa Sociedade de Risco. Possivelmente a forma mais adequada de lidar com tais possibilidades e incertezas sobre as consequências da degradação ambiental, seja por meio de

investimentos públicos e privados que podem evitar outro surto pandêmico ao promover o combate as emissões de gases de efeito estufa, ao desmatamento e, especialmente, a proteção da biodiversidade global, que pode perder um milhão de espécies já nos próximos anos. O Estado e a iniciativa privada devem assim apoiar a ciência, investir mais em pesquisas e, em especial, na construção de respostas efetivas e imediatas para o combate as pandemias.<sup>31</sup>

A adoção das mencionadas medidas podem representar um possível caminho, ou até soluções através da mitigação do riscos que tornam-se parte da realidade e submetem a humanidade as incertezas do futuro, as quais não pode mais ser objeto de controle efetivo, sobretudo em virtude da impossibilidade de se precisar sua ocorrência.<sup>32</sup>

As diversas demandas novas que surgem com passar do tempo e com o incremento tecnológico e o aproveitamento exagerado do meio ambiente indicam que cada vez mais difícil se torna a relação da sociedade com o meio. O grande número de possibilidades e as interligações de fatores sociais com naturais revelam cenários de crescente incertezas e também de dificuldades de controle por meio de mecanismos sociais como o sistema do Direito e seu subsistema mais especializado designado por Direito Ambiental. O tema precisa ser avaliado numa perspectiva mais abrangente que pode ser encontrada na Teoria dos Sistemas.

Luhmann formulou um referencial teórico que indica que a comunicação entre os sistemas sociais é uma improbabilidade. A questão da comunicação tem especial importância para a teoria, pois “el análisis social se ocupa únicamente de la comunicación. Comunicación y no otra cosa es la operación con la que la sociedad como sistema social se produce y reproduce autopoieticamente”.<sup>33</sup>

Nessa perspectiva, a teoria da comunicação se baseia na improbabilidade, o que implica em dificuldades a superar para produzir comunicação, a qual é improvável em virtude do isolamento da consciência de cada indivíduo. Dependendo do conteúdo do que é comunicado, a aceitação fica dependente de juízos pessoais baseados em contextos

---

30 SOUZA E SOUZA, L.; SARAIVA SOARES, A.; RICCI NUNES, B.; COSTA, F.; SILVA, L. F. Presença do novo coronavírus (SARS-CoV-2) nos esgotos sanitários: apontamentos para ações complementares de vigilância à saúde em tempos de pandemia. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia (Health Surveillance under Debate: Society, Science & Technology)* – Visa em Debate, v.8, n.2 jun. 2020, p.4. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1624>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

31 WEDY, Gabriel. Green new deal, mudanças climáticas e a Covid-19. *Consultor Jurídico*. [s.l.]: 13 Jun. 2020. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas-climaticas-covid-19#\\_ftn10](https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas-climaticas-covid-19#_ftn10)>. Acesso em: 23 ago. 2020

32 WEYERMÜLLER, André Rafael. Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção. Curitiba: Juruá, 2014, p. 55.

33 LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992, p. 40.

que sofrem diversas influências e resultados distintos. Essa perspectiva tem importantes implicações ao ser projetada para a sociedade.

Assim, sendo improvável a comunicação entre Direito e Economia, muito mais improvável a comunicação ou interferência do sistema do Direito em relação ao meio ambiente, que é um sistema natural, logo não social e que não opera na mesma lógica. As lógicas operativas dos sistemas sociais não se aplicam aos complexos mecanismos naturais tão afetados pela ação humana. Dessa forma, há que se esperar cada vez mais limitações do Direito Ambiental em dar respostas adequadas aos problemas ambientais. Isso implica em dificuldades cada vez maiores no controle dos riscos e na produção de respostas adequadas aos problemas ambientais.

A complexidade da sociedade contemporânea com suas múltiplas fontes de risco, não pode mais ser abarcada plenamente por instrumentos de controle tradicionais e suas insuficiências. As questões ambientais são especialmente sensíveis especialmente devido à abordagem multidisciplinar que exigem. Uma perspectiva a cerca das dificuldades comunicativas identifica impossibilidades concretas e pode se concentrar em ações direcionadas para a superação das dificuldades. Assim,

sem comunicação não podem formar-se sistemas sociais. Por conseguinte, as improbabilidades do processo de comunicação e forma em que as mesmas se superam e se transformam em probabilidades regulam a formação dos sistemas sociais. Assim, deve entender-se o processo de evolução sociocultural como a transformação e ampliação das possibilidades de estabelecer uma comunicação com probabilidades de êxito, graças a qual a sociedade cria as suas estruturas sociais; e é evidente que não se trata de um mero processo de crescimento, mas de um processo selectivo que determina que tipos de sistemas sociais são viáveis e o que terá de excluir-se devido à sua improbabilidade.<sup>34</sup>

O autor avança na questão ecológica, mesmo que de maneira exemplificativa. Na perspectiva que denomina como “comunicação ecológica”, Luhmann se fixa em como a sociedade se torna mais consciente sobre questões ambientais que repercutem sobre ela e são determinantes para o reconhecimento dos riscos criados a partir da interação com os elementos naturais, os quais existem como problemas quando ocorre uma comunicação específica sobre os problemas ambientais.<sup>35</sup>

Os instrumentos normativos disponíveis ao Direito Ambiental têm limitações de operação quando confrontados com temas de complexidade elevada como as consequências incertas da interação humana com elementos naturais podendo ser uma das causas de eventos pandêmicos. Na dinâmica do desenvolvimento de uma pandemia isso fica ainda mais evidente, pois o controle de possíveis causas ambientais como desmatamento e consumo de animais silvestres depende de fatores diversos como órgãos de controle, vontade política, condições materiais de fiscalização e até elementos culturais.

Princípios e regras de Direito Ambiental podem fazer frente à boa parte dos problemas ambientais corriqueiros onde os nexos causais são evidentes e controláveis por meio de responsabilização penal, administrativa e cível. Porém, temáticas mais abrangentes como mudanças climáticas, exigem um incremento considerável de eficácia na atuação pela via do Direito.

---

34 LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. 3. ed. Lisboa: Veja, 2001, p. 43-44.

35 WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014.

As grandes temáticas globais relacionadas as mudanças climáticas, a destruição sistemática de habitats e espécies e até os deslocamentos humanos em virtude de causas ambientais, dificilmente poderão ser controladas com efetividade no futuro. Possivelmente a pandemia de 2020 seja o prelúdio de problemas muito mais abrangentes como a falta de água, alterações nas áreas cultiváveis, elevação dos níveis de oceanos, eventos climáticos extremos e, possivelmente, outro evento global relacionado à saúde em decorrência das intrincadas relações causais naturais, completamente incontroláveis sob o ponto de vista tecnológico.

Respostas precisam ser construídas para todas as questões que se colocam hoje como essenciais. Os instrumentos jurídicos disponíveis ao subsistema do Direito Ambiental não são aptos para abranger toda a complexidade da sociedade, seja no Brasil, seja em qualquer parte do mundo, guardadas as proporções. Agir com precaução, ou seja, com vistas a antecipar os efeitos das incertezas, parece ser um caminho a ser reforçado. Promover a colaboração estreita entre os sistemas da Economia e do Direito em benefício do meio ambiente, parece ser essencial.

Riscos, meio ambiente e sociedade global são temas que precisam fazer parte das pautas nacionais e internacionais. Tecnologia e inventividade humana precisam ser aplicadas com sabedoria nessa quadra da história, pois os sinais hoje visíveis são indicativos de mudanças profundas e irreversíveis.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pandemia do coronavírus acendeu um alerta importante em relação ao futuro da sociedade global. Trata-se de tema complexo e difícil controle. A importância dada à saúde tomou uma proporção muito diferente daquela que se tinha antes da pandemia atingir o planeta em sua quase totalidade. A grande concentração urbana e a capacidade de deslocamentos fez com que o evento se desenvolvesse de maneira muito rápida e com consequências diferentes de acordo com as capacidades diferentes dos países em enfrentar a pandemia.

Os riscos, como visto, sempre presentes na história humana, atingem um nível muito diferente na atualidade. A confiança na tecnologia e na solução de problemas complexos por esses meios, parecia um porto seguro em meio ao mar de agressões ambientais crescentes em benefício do bem estar e do desenvolvimento. Essa confiança sofreu sério abalo com a pandemia de 2020, uma vez que as limitações da técnica se revelaram muito evidentes. A busca por vacinas foi a resposta da inventividade humana para um problema de fundo ambiental.

Pode-se concluir que, possivelmente, a pandemia revelou o paradoxo da tecnologia e da ciência, a qual foi chamada a responder a uma emergência que pode se repetir a qualquer momento. A história humana teve vários eventos pandêmicos trágicos que se sucederam e que servem de lembrete sobre o que espera a humanidade no futuro.

A relação entre problemas ambientais e o surgimento de uma pandemia tem contornos claros, mas não pode ser de todo descrito como fato e muito como incerteza. O tempo e o estudo sobre os eventos atuais poderão revelar o nível de relação entre as duas coisas, porém já se pode constatar que problemáticas crônicas como desmatamento, destruição de habitats, extinção de espécies, ocupação desenfreada de áreas sensíveis e contatos desnecessários e predatórios entre humanos e animais silvestres entre outros, formam um contexto muito propício ao surgimento de eventos biológicos de transmissão de vírus entre espécies com consequências gravíssimas.

As consequências econômicas severas podem contribuir para a formação de uma espécie de consciência acerca das fragilidades da sociedade global e os riscos que ela

está cada vez mais exposta. Espera-se que o sofrimento humano desse período pandêmico seja suficiente para formar uma base coletiva de consciência que possa proporcionar uma evolução positiva na relação com o meio ambiente e, assim, possibilitar uma atuação mais concreta do Direito Ambiental.

Entre as diversas possibilidades de análise dessa realidade, escolheu-se analisar as limitações que o Direito Ambiental tem em promover as devidas ações de ordem legal sobre os problemas antes referidos. Se não há como estabelecer com certeza o quanto que as agressões ao meio ambiente são determinantes para o surgimento de uma pandemia, pode-se, ao menos, avaliar essas possibilidades como riscos que devem ser mitigados para que as fragilidades da sociedade global sejam reforçadas no futuro.

Os instrumentos tradicionais de previsibilidade e controle não dão conta da complexidade. Logo, há limitações sistêmicas evidentes na atuação do Direito Ambiental e é preciso evoluir por meio de ajustes normativos e reforço nas estruturas de Estado destinadas a tutela do meio ambiente. Porém, talvez mais importante que isso, seja o desenvolvimento de uma consciência abrangente sobre a importância de se combater agressões ao meio ambiente, para que, dessas posturas se possa evoluir para um relação menos desastrosa com os elementos vitais para a vida humana.

Nada pode afastar os riscos inerentes da jornada humana. Tudo que pode ser feito depende da compreensão que se tem do papel e do lugar da humanidade nesse contexto. O tempo de utilitarismo sobre o ambiente precisa passar e dar lugar a uma nova perspectiva de adaptação de posturas e hábitos, além de necessários refinamentos nos instrumentos jurídicos de proteção do Meio Ambiente.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

BEVILACQUA, Luiz Alberto Segalla; CALDAS, Tania Alencar de. *Os Direitos Constitucionais em tempos de Pandemia. Teoria & Prática*: Revista de Humanidades, Ciências Sociais e Cultura. [s.l.]: v. 2, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://isca.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/28>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

CAPRA, Fritjof. Pandemia é resposta biológica do planeta, diz físico Fritjof Capra. [Entrevista concedida à] *Folha de São Paulo*. Data da entrevista: 09 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fronteiras-do-pensamento/2020/08/pandemia-e-resposta-biologica-do-planeta-diz-fisico-fritjof-capra.shtml>. Acesso em: 04 dez. 2020.

GIBBENS, Sarah. *Temporada de furacões no Atlântico em 2020 deve ser ativa e possivelmente destrutiva*. National Geographic. [s.l.]: 30 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/07/temporada-de-furacoes-no-atlantico-em-2020-deve-ser-ativa-e-possivelmente>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. *Ecocomplexidade: adoção de um Tribunal pelo Mercosul*. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2019.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico. *Rev. Fac. Der. Montevideo*: n.43, 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S2301-06652017000200032&lng=pt&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2301-06652017000200032&lng=pt&nrm=iso&tlng=en)>. Acesso em: 23 ago. 2020.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Comunicazione ecologica: può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?* Tradução e introdução de Raffaella Sutter. Milano: Franco Angeli, 1992.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. 3. ed. Lisboa: Veja, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005.

MATOS, Haroldo José de. A próxima pandemia: estamos preparados?. *Revista Pan-Amazônica de Saúde*. Ananindeua, v.9, n.3, 2018. Disponível em: <[http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2176-62232018000300009&lng=pt&nrm=iso](http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-62232018000300009&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 09 set. 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Ginebra, 2004.

QUINTSLR, Suyá; BRITTO, Ana Lúcia; DIAS, Mariana. *Coronavírus: reflexões acerca da pandemia global e sua relação com o direito à água e ao esgotamento sanitário*. *Observatório das Metrópoles*. [s.l.]: 02 abr. 2020. Disponível em: <[https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/coronavirus-reflexoes-acerca-da-pandemia-global-e-sua-relacao-com-o-direito-a-agua-e-ao-esgotamento-sanitario/?utm\\_source=Facebook&utm\\_medium=Post&utm\\_campaign=Facebook\\_627&utm\\_content=Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20pandemia%20e%20a%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20urbanos](https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/coronavirus-reflexoes-acerca-da-pandemia-global-e-sua-relacao-com-o-direito-a-agua-e-ao-esgotamento-sanitario/?utm_source=Facebook&utm_medium=Post&utm_campaign=Facebook_627&utm_content=Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20pandemia%20e%20a%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20urbanos)>. Acesso em: 26 ago. 2020.

RICON FERRAZ, Amélia. As grandes Pandemias da História. *Rev. Ciência Elementar*. Porto: v.8, n.2, 2020. Disponível em: <<https://rce.casadasciencias.org/rceapp/art/2020/025/>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José L. Bolzan (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre; São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; CLAM, Jean (Orgs.). *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA E SOUZA, L.; SARAIVA SOARES, A.; RICCI NUNES, B.; COSTA, F.; SILVA, L. F. Presença do novo coronavírus (SARS-CoV-2) nos esgotos sanitários: apontamentos para ações complementares de vigilância à saúde em tempos de pandemia. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia (Health Surveillance under Debate: Society, Science & Technology)* – Visa em Debate, v.8, n.2 jun. 2020. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1624>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

TRIGGLE, Chris R; BANSAL, Devendra; FARAG, Elmoubasher Abu Baker Abd; DING, Hong; SULTAN, Ali A. COVID-19: *Learning from Lessons To Guide Treatment and Prevention Interventions*. mSphere. [s.l.]: v.5, n.3, 2020. Disponível em: <<https://msphere.asm.org/content/5/3/e00317-20>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

WEDY, Gabriel. Breves considerações sobre a Política Nacional da Mudança do Clima e a necessidade de sua reforma. *Revista de Doutrina TRF 4*, Porto Alegre, n. 77, 2017. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel\\_Wedy.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel_Wedy.html)>. Acesso em: 23 ago. 2020.

WEDY, Gabriel. Green new deal, mudanças climáticas e a Covid-19. *Consultor Jurídico*. [s.l.]: 13 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas>>



climaticas-covid-19#\_ftn10>. Acesso em: 23 ago. 2020.

WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014.

WEYERMÜLLER, André Rafael. *Direito Ambiental e Aquecimento Global*. São Paulo: Atlas, 2010.

---

**Recebido em:** 10.09.2020

**Aprovado em:** 15.12.2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

WEYERMÜLLER, André Rafael; FERNANDES, Pedro Ernesto Neubarth. Pandemia e as limitações sistêmicas do direito ambiental para demandas complexas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.430-444, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-27.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# ANÁLISE DAS MEDIDAS CONTRA OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO CÁRCERE BRASILEIRO

## ANALYSIS OF MEASURES AGAINST THE IMPACTS OF THE PNDemic OF COVID-19 ON BRAZILIAN PRISIONS

Antonio Eduardo Ramires Santoro <sup>1</sup>  
Rodrigo Graçinoli Garrido <sup>2</sup>

**RESUMO:** As prisões brasileiras se apresentam como um problema grave de violação de direitos humanos, a ponto de ter sido declarado seu o estado de inconstitucionalidade. Com mais de 800 mil presos, o problema de saúde das pessoas encarceradas se agravou de forma consistente em razão da pandemia de Covid-19 no mundo. As medidas mais eficazes indicam para a necessidade de isolamento, ao passo que a imensa taxa de presos por vagas demanda medidas que respeitem não apenas o direito à saúde, mas também à vida da população sob a custódia do Estado. O problema que se pretende enfrentar, portanto, perquirir que medidas para mitigar os efeitos da pandemia de coronavírus foram tomadas em relação ao direito à saúde das pessoas presas no Brasil e no Estado do Rio de Janeiro? Parte-se da hipótese inicial de que o Estado brasileiro e o Rio de Janeiro não adotaram medidas eficazes para evitar o contágio e a propagação do coronavírus nas prisões brasileiras. Metodologicamente se desenvolveu uma pesquisa por fontes bibliográficas sobre a Covid-19 e o seu enfrentamento, bem como documental a partir de atos administrativos e judiciais oficiais.

**Palavras-chave:** covid-19; direito à saúde; necropolítica; cárcere brasileiro; isolamento social.

**ABSTRACT:** Brazilian prisons present themselves as a serious problem of human rights violations. Their unconstitutionality has been declared by the Supreme Court. With more than 800,000 prisoners, the health problem of incarcerated people has worsened consistently due to the Covid-19 pandemic in the world. The most effective measures indicate the need for isolation, however, the immense rate of prisoners demands measures that respect not only the right to health, but also the right to life of the population in the custody of the State. The problem that we intend to face, therefore, is to investigate what measures were taken to mitigate the effects of the coronavirus pandemic in relation to the right to health of prisoners in Brazil and in the State of Rio de Janeiro? The initial hypothesis is that the Brazilian State and Rio de Janeiro have not adopted effective measures to prevent the contagion and spread of the coronavirus in Brazilian prisons. Methodologically, a search by bibliographic sources on Covid-19 and its confrontation was developed, as well as documentary based on official administrative and judicial acts

**Keywords:** covid-19; right to health; necropolitics; brazilian prisons; social isolation.

---

1 Pós Doutorado pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela UFRJ. Mestre pela Universidade de Granada. Professor Titular do IBMEC/RJ. Professor Adjunto do PPGD/UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Advogado.

2 Pós Doutorado pela UFRJ. Doutor em Ciências pela UFRRJ. Mestre em Ciências Farmacêuticas pela UFRJ. Professor Adjunto da FND/UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Perito criminal do Estado e Diretor do Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense do Estado do RJ.

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com as estatísticas oficiais divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional<sup>3</sup> (2017), mais de 726 mil pessoas encontravam-se privadas de liberdade. Tal quantitativo alçou o país à terceira posição no ranking mundial de maiores populações prisionais. Levantamento mais recente do Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça aponta para um contingente prisional de 812.564.

Ao mesmo tempo, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, entendeu desde 2015 que as prisões brasileiras se encontram em estado de coisas inconstitucional.

A imensa aglomeração de pessoas, amontoadas em espaços desumanos, com taxa de ocupação que excede 1,5 pessoas para cada vaga prisional, torna-se exponencialmente um potencial perigo à saúde humana das pessoas encarceradas, especialmente em razão da grave pandemia de Covid-19 que assola o mundo.

A saúde é um direito de qualquer pessoa e um dever do Estado, de acordo com o art. 196 da Constituição brasileira. Não seria diferente em relação às pessoas privadas de sua liberdade e custodiadas pelo próprio Estado em suas prisões.

Diante dessa realidade é que se coloca o problema que se pretende enfrentar no presente trabalho: Quais as medidas para mitigar os efeitos da pandemia de coronavírus foram tomadas em relação ao direito à saúde das pessoas presas no Brasil e no Estado do Rio de Janeiro?

Parte-se da hipótese inicial de que o Estado brasileiro e o Rio de Janeiro não adotaram medidas eficazes para evitar o contágio e a propagação do coronavírus nas prisões brasileiras.

Será realizada análise sobre a literatura a respeito da pandemia de Covid-19, as medidas mais eficazes e, especialmente, a importância de uma política pública de saúde adequada. Posteriormente serão analisados os atos administrativos e judiciais que as autoridades públicas brasileiras tomaram para evitar ou conter a disseminação do vírus e seus efeitos entre as pessoas privadas de liberdade sob a tutela estatal.

## 2. RESTRIÇÕES DE CONTATO SOCIAL NO CONTROLE DA PANDEMIA DE COVID-19

Em dezembro de 2019, surgiram pacientes apresentando uma síndrome respiratória aguda grave (SARS), em Wuhan, China. A partir de amostras desses pacientes, em janeiro de 2020, foi identificado um novo coronavírus<sup>4</sup>, posteriormente denominado de SARS-CoV-2<sup>5</sup>. Curiosamente, pesquisas posteriores em amostras de esgoto de grandes cidades pelo mundo têm mostrado que o vírus já circulava meses antes das hospitalizações, inclusive no Brasil<sup>6</sup>.

A doença provocada pelo novo vírus ainda não havia recebido a denominação de COVID-19, pois só seria batizada em fevereiro de 2020, e o incremento no número de casos fez com que o Comitê de Vigilância Internacional para as Doenças Transmissíveis da

3 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres Junho de 2014.

4 WU P., HAO X., LAU E.H.Y., WONG J.Y., LEUNG K.S.M., WU J.T., *et al.* Real-time tentative assessment of the epidemiological characteristics of novel coronavirus infections in Wuhan, China, as at 22 January 2020. *Euro Surveill.* 2020; 25(3):pii=2000044. doi: <10.2807/1560-7917.ES.2020.25.3.2000044>.

5 WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

6 FONGARO, G.; STOCO, P.H.; SOUZA, D.S.M. *et al.* SARS-CoV-2 in human sewage in Santa Catalina, Brazil, November 2019. *medRxiv preprint* doi: <https://doi.org/10.1101/2020.06.26.20140731>

Organização Mundial da Saúde (OMS) decretasse em janeiro Emergência de Saúde de Âmbito Internacional<sup>7</sup>. O Brasil seguiu a normativa, decretando em 3 de fevereiro de 2020, através da Portaria nº 188 do Ministério da Saúde, Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional<sup>8</sup>. Novamente, a OMS, em março, decretaria a COVID-19 pandemia<sup>9</sup>. Já o Ministério da Saúde declarou, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus por meio da Portaria nº 454, de 20 de março de 2020<sup>10</sup>.

Com a pandemia mundial, muitas ações foram iniciadas, buscando conhecer melhor a doença, estabelecer métodos de diagnóstico e, sobretudo, desenvolver medicamentos, vacinas ou um soro que pudessem conter o incremento dos casos da COVID-19 e as mortes que se seguiam<sup>11</sup>. Contudo, apesar do rápido desenvolvimento de pesquisas, ainda não se alcançou conhecimento suficiente que permitissem ações definitivas no tratamento e cura da COVID-19. A única certeza é que a doença alcançou todo o mundo com mais de uma dezena de milhão de casos confirmados e meio milhão de mortos<sup>12</sup>, pelo menos até a data do início da redação do presente trabalho no fim do mês de julho de 2020.

Na realidade, o que se mostrou mais eficaz para o controle e prevenção da COVID-19 são medidas clássicas de saúde pública, como o aumento da higiene e restrição do contato interpessoal. Entre as medidas clássicas de saúde pública, está a restrição de contato social, caracterizada pela quarentena, o isolamento a contenção social<sup>13</sup>. Estas têm função de impedir a propagação da doença entre pessoas e, assim, a incidência da doença<sup>14</sup> e já se mostraram efetivas em 149 países, que adotaram medidas de distanciamento físico entre janeiro e maio de 2020<sup>15</sup>.

Apesar de medidas de prevenção de doenças por meio de restrição do contato interpessoal remontarem a Idade Antiga<sup>16</sup>, nunca antes foram utilizadas por tanto tempo e para fração tão grande da população mundial. Ações clássicas de saúde pública como as descritas, uma vez que restringem a locomoção e o contato entre pessoas geram efeitos éticos, legais, sociais e econômicas e, se por um lado são essenciais como medida de saúde coletiva, podem também trazer prejuízos à saúde individual<sup>17</sup>.

Cinco princípios éticos devem ser considerados nestas ações contra a COVID-19:

7 WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

8 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União. Publicado em: 04/02/2020 | Edição: 24-A | Seção: 1 - Extra | Página: 1

9 WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

10 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União. Publicado em: 20/03/2020 | Edição: 55-F | Seção: 1 - Extra | Página: 1.

11 GARRIDO R.G., GARRIDO F.S.R.G. COVID-19: Um Panorama com Ênfase em Medidas Restritivas de Contato Interpessoal. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v.8, n.2, 2020, p.127-141.

12 WHO. *Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report-170*. [internet] 2020 [Acesso em: 2020 jul. 09]. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200708-covid-19-sitrep-170.pdf?sfvrsn=bca86036\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200708-covid-19-sitrep-170.pdf?sfvrsn=bca86036_2).

13 GARRIDO R.G., GARRIDO F.S.R.G. COVID-19: Um Panorama com Ênfase em Medidas Restritivas de Contato Interpessoal. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v.8, n.2, 2020, p.127-141.

14 WILDER-SMITH A., FREEDMAN D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak. *Journal of Travel Medicine*, v.27, n.2, 2020. doi: <https://doi.org/10.1093/jtm/taaa020>.

15 ISLAN, N.; SHARP, S. J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; DIAGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

16 SANTOS I.A., NASCIMENTO W.F. As medidas de quarentena humana na saúde pública: aspectos bioéticos. *Revista BIOETHIKOS*, v.8, n.2, 2014, p.174-185.

17 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

liberdade individual; proteção coletiva; proporcionalidade; reciprocidade e transparência. O primeiro e mais importante, deve ser sempre sopesado pelo segundo. A proporcionalidade ou razoabilidade, por sua vez, deve sustentar todos os outros, pois as medidas restritivas somente devem ser estabelecidas a partir de evidências reais da relevância, legitimidade e necessidade.<sup>18</sup> “Estas medidas devem ser aplicadas de forma não discriminatória, considerando a desigualdade social preexistente e os impactos provocados no acesso aos direitos sociais”<sup>19</sup>. A reciprocidade deve surgir na individualidade, pois cada um deve agir com os outros como gostaria que agissem consigo, assumindo o conceito do *One World, One Health*. Por fim, toda ação dos poderes públicos deve ser transparente, informando plenamente os interessados sobre riscos e benefícios<sup>20</sup>. No que se refere à transparência, a pandemia de COVID-19 trouxe uma novidade: aos poderes públicos é requerido mais do que agir de forma transparente, mas a atuação no controle da já denominada infodemia de *fake news*<sup>21</sup>.

Há uma diversidade de medidas de restrição de contato<sup>22</sup>. O isolamento, p.ex, trata-se propriamente de separação dos indivíduos, que deve ser completamente isolado de contactantes, muito utilizado para acometidos por doença contagiosa, impedindo a transmissão para os não infectados<sup>23</sup>.

É claro que, a escolha da medida restritiva para a evitação de contágios guarda relação com a capacidade infecciosa do patógeno. No que se refere ao SARS-CoV-2, inicialmente preconizou-se que o vírus, semelhante ao que ocorreu na SARS-Cov-1, seria disperso apenas através de gotículas grandes que logo se depositariam nas superfícies. Isto continua sendo possível, contribuindo para a transmissão no contato mais próximo entre pessoas<sup>24</sup>. No entanto, já foi determinado que o agente pode permanecer viável e infeccioso em aerossóis por até três horas no ar ou por até cinco dias em algumas superfícies, estabelecendo fômites, o que traz mais eficácia ao isolamento do doente<sup>25</sup>.

Morawska e Milton<sup>26</sup>, falando em nome de 239 cientistas, reconhecem que há significativo potencial de inalação do vírus disperso em gotículas expiradas por portadores a metros de distância, p.ex., em um mesmo recinto. A partir deste estudo, a OMS revisou o documento sobre transmissão do SARS-Cov-2, que apesar de reconhecer a transmissão por aerossóis apenas em alguns procedimentos médicos, deixa claro que vem discutindo e avaliando se o novo coronavírus poderia espalhar-se por aerossóis em situações normais do

18 SINGER PA., BENATAR S.R., BERNSTEIN M., DAAR A.S., DICKENS B.M., MacRAE S.K. *et al.* Ethics and SARS: lessons from Toronto. *BMJ*, v.327, n.6, 2003, p.1342-1344.

19 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9, p.2.

20 SINGER PA., BENATAR S.R., BERNSTEIN M., DAAR A.S., DICKENS B.M., MacRAE S.K. *et al.* Ethics and SARS: lessons from Toronto. *BMJ*, v.327, n.6, 2003, p.1342-1344.

21 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

22 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

23 GOLDIM J.R. *COVID-19, Isolamento, Quarentena e Confinamento*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mar 17]. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/>.

24 WHO. *Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions*. 9 Jul 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 10]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>.

25 Vide KAMPF G., TODT T., PFAENDER S., STEINMANN E. Persistence of coronaviruses on inanimate surfaces and their inactivation with biocidal agents. *J Hosp Infect*. v.104, n.3, 2020, p.246-251; DOREMALEN N. VAN; MORRIS D.H.; HOLBROOK M.G.; GAMBLE A.; WILLIAMSON B.N.; TAMIN A. *et al.* Aerosol and Surface Stability of SARS-CoV-2 as Compared with SARS-CoV-1. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1564-1567. doi: 10.1056/NEJMc2004973.

26 MORAWSKA, Lidia; MILTON, Donald K. It Is Time to Address Airborne Transmission of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). *Clinical Infectious Diseases*. Doi: <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa939>.



dia-dia, como na fala e tosse, em ambientes internos com pouca ventilação<sup>27</sup>.

De toda forma, qualquer tipo de medida de restrição de contato, em especial o isolamento do portador do vírus, torna-se eficiente quando o agente é detectado precocemente, pois após a infecção e multiplicação, a partícula viral começa a ser liberada em grande quantidade para ambiente. Esse período, geralmente, confunde-se com o tempo de incubação da doença, que para o SARS-CoV-2, encontra-se entre 5,1 e 5,2 dias. Todavia, muitos infectados não apresentarão sintomas de COVID-19, ou sintomas muito fracos, e, assim, transmitirão o agente, mesmo sem clínica aparente<sup>28</sup>. Com isso, o derramamento do SARS-CoV-2 acaba sendo muito grande e o isolamento tem ocorrido tardiamente<sup>29</sup>.

Por sua vez, a medida conhecida como quarentena não tem o mesmo significado em todos os países<sup>30</sup>. A legislação norte-americana oferece uma abrangência muito maior a esta ação, considerando quarentena praticamente todas as práticas de saúde pública por restrição de contato, como o isolamento ou a limitação de viagens<sup>31</sup>. A pessoa em quarentena clinicamente mostra-se sadia, mas em face do período de incubação do agente etiológico, não é possível determinar *a priori* se foi infectado<sup>32</sup>.

Esta prática clássica de saúde pública pode ser assumida voluntariamente ou ser prescrita, individual ou coletivamente. No decorrer do período de contenção, aqueles que estão em quarentena devem ser monitorados, no intuito de detectar os primeiros sinais da doença. Em caso de surgimento de características clínicas da infecção, os indivíduos são levados ao isolamento<sup>33</sup>. Em atenção ao período de incubação do SARS-CoV-2, por precaução, tem-se praticada a quarentena de 14 dias<sup>34</sup>.

Quando se busca medida aplicável a grandes grupos, é preciso considerar o distanciamento ou contenção social. Essa medida tem a pretensão de diminuir as interações em grupos através, p.ex., do fechamento de escolas, tribunais, centros comerciais, escritórios, redução de meios de transportes e do movimento em vias públicas. No grupo contido podem ser encontrados infectados, mas ainda não identificados e isolados. Tendo em vista a necessária proximidade entre as pessoas para a transmissão efetiva através de perdigotos e esta favorece também o contágio por meio de fômites e até por aerossóis produzidos em espirros, tosse ou pela simples fala, o distanciamento tem mostrado bons resultados e é preconizado pela OMS<sup>35</sup>.

Quando há grave ameaça ao Sistema de Saúde, em virtude de um aumento no número

27 WHO. *Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions*. 9 Jul 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 10]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>.

28 LI Q.; GUAN X.; WU P.; WANG, X.; ZHOU L.; TONG Y. et al. Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1199-1207. doi: 10.1056/NEJMoa2001316.

29 WILDER-SMITH A.; FREEDMAN D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) Outbreak. *Journal of Travel Medicine.* v.27, n.2, 2020. doi: 10.1093/jtm/taaa020.

30 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

31 PARMET W.E.; SINHA M.S. Covid-19 — The Law and Limits of Quarantine. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, e28. doi: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2004211>.

32 WILDER-SMITH A.; FREEDMAN D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) Outbreak. *Journal of Travel Medicine.* v.27, n.2, 2020, doi: 10.1093/jtm/taaa020.

33 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

34 Vide LI Q.; GUAN X.; WU P.; WANG, X.; ZHOU L.; TONG Y. et al. Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1199-1207. doi: 10.1056/NEJMoa2001316; LAUER S.A.; GRANTZ K.H.; BI Q.; JONES F.K.; ZHENG Q.; MEREDITH, H.R. et al. The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: Estimation and Application. *Ann Intern Med*, v.172, n.9, 2020, p.577-582. doi: 10.7326/M20-0504.

35 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

de caso, sobretudo graves, incompatível com sua capacidade, é possível estabelecer a contenção social total, ou *lockdown*. Nesse caso, todo o perímetro, p.ex., de uma cidade é bloqueado e ninguém pode entrar ou sair. Em geral, é utilizado por período curto de tempo<sup>36</sup>.

Se o alvo é a redução na velocidade da propagação para que o Sistema de Saúde se organizar, é possível estabelecer o chamado de distanciamento horizontal ou ampliado. A medida não se limita a grupo específico, atingindo um número muito grande de indivíduos, idealmente 75% da população<sup>37</sup>. Apesar, de menos gravoso que o *lockdown*, gera questões éticas, relacionadas aos direitos individuais e à economia mais evidentes, em virtude do período de aplicação mais longo<sup>38</sup>.

Ao avaliar o efeito do bloqueio ampliado, *lockdown*, e de outras quatro medidas de restrição de contato: fechamento de escolas, de locais de trabalho e do transporte público, bem como restrições a reuniões com grande número de pessoas e eventos públicos, Islan e colaboradores<sup>39</sup> encontraram uma redução geral de 13% na incidência de COVID-19. Reconhecem os autores, que outros parâmetros também devem ser levados em consideração, como a pirâmide demográfica do país, as melhorias dos serviços de saúde e o uso de máscaras pela população.

Nesse estudo, os autores analisaram 149 países os quais tivessem dados de pelo menos sete dias após a implementação da medida, além de uma incidência de trinta casos ou mais até 30 de maio de 2020. Ao verificarem a ordem de implementação de diferentes medidas, verificaram que quando as outras quatro medidas estão implementadas, o fechamento do transporte público não traz maior redução da incidência da doença. Esta informação pode ser importante ao se levar em conta o papel do transporte público para a movimentação daqueles que atuam em serviços essenciais<sup>40</sup>.

De toda forma, o bloqueio total em uma fase inicial do surgimento da doença no país seria capaz de trazer alta redução nos casos<sup>41</sup>. No mesmo sentido, são as conclusões de Ghosal, Bhattacharyya e Majumder<sup>42</sup>, que ao estudarem doze países encontraram uma redução de até 61% nas taxas de infecção uma semana após o bloqueio. No entanto, estes autores reconheceram que em países com maior número de infectados e mortos quando decidiram entrar em *lockdown* tiveram desempenho pior em comparação com aqueles que declararam o bloqueio desde o início e semelhante ao daqueles países sem bloqueio.

No estudo de Islan e colaboradores<sup>43</sup>, o Brasil, apesar de figurar entre os países que implementaram as cinco medidas de distanciamento e mostrar correlação entre estas e a

36 BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

37 DUCZMAL, L.H.; ALMEIDA, A.C.L.; DUCZMAL, D.B.; ALVES, C.R.L.; MAGALHÃES, F.C.O.; LIMA, M.S. *et al.* Vertical social distancing policy is ineffective to contain the COVID-19 pandemic. *Cad. Saúde Pública*, v.36, n.5, 2020, e00084420. doi: 10.1590/0102-311x00084420.

38 BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

39 ISLAN, N.; SHARP, S.J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

40 ISLAN, N.; SHARP, S.J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

41 ISLAN, N.; SHARP, S.J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

42 GHOSAL, S.; BHATTACHARYYA, R.; MAJUMDER, M. Impact of complete lockdown on total infection and death rates: A hierarchical cluster analysis. *Diabetes & Metabolic Syndrome*. v.14, n.4, 2020, p.707-711.

43 ISLAN, N.; SHARP, S. J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

redução da incidência de COVID-19, foi apontado como uma das limitações da pesquisa devido à heterogeneidade na implementação da política de intervenção. Na verdade, em nenhum momento houve uma posição nacional pelo bloqueio amplo, mas alguns municípios e estados que tomaram tal decisão, até mesmo, contrariando o chefe do executivo federal<sup>44</sup>.

Por fim, a contenção menos radical é denominada distanciamento social seletivo ou vertical. Nesse caso, apenas certos grupos são distanciados do convívio social. São selecionados, os grupos mais vulneráveis, que apresentem risco maior de apresentar quadro mais grave da doença. É o caso de obesos, gestantes de risco, idosos e portadores de outras doenças crônicas, como diabetes e hipertensão<sup>45</sup>. É uma metodologia que permite, em tese, o retorno gradual e seguro das atividades econômicas, mas parece que este tipo de isolamento é ineficaz para conter a pandemia da COVID-19<sup>46</sup>. Infelizmente, essa foi a posição assumida pelo presidente brasileiro<sup>47</sup>.

### **3. MEDIDAS DE CONTENÇÃO DOS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL FLUMINENSE E BRASILEIRO**

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, seguindo a recomendação da OMS para realizar a quarentena, o isolamento e a contenção social, tomou várias medidas, em Decretos sucessivos, para evitar os efeitos da pandemia de Covid-19.

Inicialmente, no dia 13 de março de 2020, o Governador publicou o Decreto nº 46.970; no dia 16 de março de 2020, publicou o Decreto nº 46.973; no dia 19 de março de 2020, publicou o Decreto nº 46.980; no dia 30 de março de 2020, publicou o Decreto nº 47.006; no dia 13 de abril de 2020, publicou o Decreto nº 47.029; no dia 05 de junho de 2020, publicou o Decreto nº 47.112; no dia 21 de julho de 2020, publicou o Decreto nº 47.176; no dia 04 de agosto de 2020, publicou o Decreto nº 47.199.

Há várias diferenças entre eles, todas restringindo por 15 dias ou mais a circulação de pessoas e o funcionamento de estabelecimentos, mas em todos há 3 (três) disposições da mesma natureza sobre os direitos das pessoas presas:

Em primeiro lugar, fica suspensa a visitação às unidades prisionais, inclusive aquelas de natureza íntima.

Em segundo lugar, a visita de advogados a presídios do Estado deve ser ajustada pelo Secretário do Estado de Administração Penitenciária para possibilitar o atendimento das medidas do Decreto. A despeito do texto ser igual em todos os Decretos, parece que nos dois últimos Decretos, ao inserir essa previsão na listagem de atividades suspensas, houve uma inversão quanto à compreensão, ou seja, está suspenso, a menos que o Secretário possibilite.

Em terceiro e último lugar, fica suspenso o transporte de detentos para realização de audiência, cabendo ao Secretário de Estado de Administração Penitenciária apresentar a justificativa ao órgão jurisdicional competente.

A partir do Decreto nº 47.219, de 19 de agosto de 2020, as duas primeiras medidas suspensivas foram mantidas e o transporte de detentos foi autorizado a partir de 01 de

44 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9

45 BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

46 DUCZMAL, L.H.; ALMEIDA, A.C.L.; DUCZMAL, D.B.; ALVES, C.R.L.; MAGALHÃES, F.C.O.; LIMA, M.S. *et al.* Vertical social distancing policy is ineffective to contain the COVID-19 pandemic. *Cad. Saúde Pública*, v.36, n.5, 2020, e00084420. doi: 10.1590/0102-311x00084420.

47 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

setembro de 2020, desde fosse feito de acordo com a capacidade operacional.

Apenas em 10 de setembro de 2020 foram autorizadas as visitas às unidades prisionais, pelo Decreto nº 47.250, de 04 de setembro de 2020.

De toda forma, parece claro que a opção do Governador em relação às pessoas presas não tem nenhuma relação com a preservação da saúde dos detentos, porquanto promove um isolamento dos mesmo em relação ao resto da sociedade, ao passo que os detentos continuam amontoados em constante contato físico, incrementando o risco de contágio do vírus, contrariamente às medidas mundiais de enfrentamento da pandemia.

O Judiciário, de outro lado, também discutiu especificamente as medidas as serem tomadas para evitar a disseminação do vírus Covid-19 entre os detentos do país inteiro.

O IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa Marcio Thomaz Bastos, admitido como terceiro interessado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, pleiteou pela petição nº 14.137/2020 tutela provisória incidental para que os juízos competentes analisem a possibilidade de deferimento de: (1) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003; (2) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; (3) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei no 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; (4) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; (5) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; (6) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; (7) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e (8) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

O Relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, em decisão proferida no dia 17 de março de 2020 às 22h30, negou seguimento ao pedido de tutela provisória incidental por entender que o terceiro interessado não tem legitimidade para formular tal pedido.

Todavia, o Ministro entendeu que, diante da situação “*dos presídios e penitenciárias, no que levou o Colegiado Maior, na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental no 347/DF, a concluir pelo estado de coisas inconstitucional, considerada a integridade física e moral dos custodiados*”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deveria pronunciar-se sobre o tema e, de ofício, conclamou os juízos da execução dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais a analisarem com urgência as medidas na forma pleiteadas pelo IDDD, em razão da pandemia pelo Covid-19.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, inobstante tenha por unanimidade acompanhado o Ministro Relator quanto ao entendimento sobre a ilegitimidade do terceiro interessado, negou por ampla maioria (apenas o Ministro Gilmar Mendes o acompanhava) a determinação de ofício para os Juízos da Execução.

Prevaleceu o entendimento, capitaneado pela divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes no sentido de prestigiar a Recomendação nº 62 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, expedida em 17 de março de 2020, que expediu diversas recomendações, inclusive aos magistrados com competência na fase de conhecimento na apuração de atos infracionais e de execução das medidas socioeducativas, de forma geral para evitar as medidas de internação. Além disso o plenário do STF entendeu que estaria sendo ampliada indevidamente o objeto da pretensão exposto na peça inaugural.

Porém deve se destacar que foram feitas recomendações aos magistrados com



competência para a fase de conhecimento criminal e de execução penal.

Aos magistrados com competência na fase de conhecimento criminal, recomendou-se: (1) a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 do CPP, priorizando-se (a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; (b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; (c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; (2) a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observando-se o protocolo das autoridades sanitárias.

Aos magistrados com competência sobre a execução penal, recomendou-se: (1) a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: (a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; (b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; (2) alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária; (3) concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; (4) colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; (5) suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias.

O que se verifica não é uma convergência completa entre as medidas propostas pelo IDDD e deferidas pelo Ministro Marco Aurélio e as Recomendações, mas há sensíveis pontos de toque.

Enquanto o IDDD pediu que as gestantes e lactantes ficassem em regime domiciliar na forma da Lei nº 13.257/2016, que trata apenas de prisão domiciliar para os casos de preventiva, a Recomendação do CNJ é ao mesmo tempo mais genérica (porque não especifica que deva ser concedida a prisão domiciliar, apenas determina a revisão) e mais ampla (porque abrange também a execução penal).

O pedido do IDDD fala em liberdade condicional para idosos e regime domiciliar para os portadores de determinadas doenças, ao passo que a Recomendação trata genericamente do grupo de risco e não fala em prisão domiciliar, mas em reavaliação da prisão provisória e saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto.

Ao passo que o IDDD pede regime domiciliar para presos por crimes sem violência ou



grave ameaça, a Recomendação do CNJ fala em regime domiciliar para pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19.

O IDDD pede a substituição de prisão provisória por medida alternativa, se o delito for sem violência ou grave ameaça, a Recomendação fala em reavaliação de prisões preventivas que ultrapassem 90 dias ou se o crime não for com violência ou grave ameaça.

A Recomendação ainda trata de usar um critério de máxima excepcionalidade para novas ordens de prisão preventiva.

A Recomendação prevê a reavaliação das prisões provisórias e a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto para as pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus.

Se for cumprida essa determinação à risca, parece que não poderia ser mantida qualquer pessoa presa no Estado do Rio de Janeiro, o que não tem como se acreditar que ocorrerá.

Fato é que, em decorrência da Recomendação 62/2020 do CNJ e da decisão do STF no pedido de Tutela Provisória Incidental na ADPF nº 347, foi enviado o Ofício nº 11/2020 no dia 20 de março de 2020 Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, subscrito pelo IDDD, pelo DDH – Instituto de Defensores de Direitos Humanos, pelo Instituto IDEAS, pelo CEsSeC – Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, pelo Conectas Direitos Humanos, pelo ITTC - Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, pela Justiça Global, pelo Instituto Sou da Paz, pelo Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da UFRJ, pelo NIDH – Núcleo de Direitos Humanos da FND-UFRJ e pela Clínica de Direitos Humanos UERJ-UFRJ, requerendo fossem tomadas as medidas necessárias para que se dê imediato cumprimento às recomendações do CNJ.

Ainda no dia 20 de março de 2020, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou um *habeas corpus* coletivo (processo nº 00611789-94.2020.8.19.0001) visando autorizar a saída de presos com 60 anos ou mais do Presídio Evaristo de Moraes, como forma de dar cumprimento à Recomendação 62/2020 do CNJ. O desembargador plantonista deferiu liminar para que os juízes competentes analisassem no prazo de dez dias todos os pedidos de benefícios. No dia 23 de março de 2020, todavia, o Presidente do Tribunal de Justiça, atendendo a um pedido do Ministério Público do Estado, suspendeu a liminar concedida.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou o Habeas Corpus nº 568.752 perante o Superior Tribunal de Justiça, e em decisão de 26 de março de 2020 concedendo a liminar requerida, o Ministro Nefi Cordeiro entendeu haver “*flagrante incompetência e ilegalidade no uso da suspensão de segurança para cassação de liminar em habeas corpus e anulou a decisão da Presidência do Tribunal de Justiça, restabelecendo o prazo de dez dias para que os juízes reavaliassem a prisão das pessoas idosas na forma da Recomendação 62/2020 do CNJ*”.

Em decisão do dia 25 de março de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, atendendo ao pedido da Defensoria Pública da União, estendeu a todos os presos por prisão alimentícia do país a liminar concedida aos casos do Estado do Ceará para que a prisão seja convertida em prisão domiciliar.

Nesse mesmo dia, a pedido da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Justiça suspendeu por 20 dias o cumprimento de medidas socioeducativas de liberdade assistida para adolescentes em razão do coronavírus porque exigiria o comparecimento junto com o responsável

em Centros de Referência de Assistência Social, violando a ordem de isolamento social.

No dia 28 de março de 2020, o PSOL, junto com as Defensorias Públicas do Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, o IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Instituto Conectas Direitos Humanos, peticionaram na ADPF 347 fazendo uma série de requerimentos. Desta feita, não se poderá negar seguimento ao pedido por tratar-se de requerimento formulado por *amici curiae* porque PSOL foi o partido político autor da ADPF.

Nessa petição o PSOL pediu providências não apenas judiciais para diminuir os impactos da pandemia de coronavírus nas prisões brasileiras, mas também para que o Poder Executivo tome medidas para os internos, tais como se abster de praticar o racionamento de água, provejam assistência material com entrega de produtos de higiene e limpeza das celas, forneça equipamentos de proteção aos agentes públicos de administração penitenciária e socioeducativa, bem como mantenham equipes mínimas de saúde nas unidades prisionais.

Requeriu, ainda, como forma de controlar o cumprimento da decisão, que todas as ações tomadas para cumprí-la sejam imediatamente comunicadas ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, do Conselho Nacional de Justiça, bem como ao Comitê para o acompanhamento e supervisão das medidas de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus – Covid-19 pelos tribunais brasileiros, também instituído no âmbito do CNJ.

O Ministro Marco Aurélio, a despeito de ter ressaltado seu entendimento pessoal, negou seguimento ao pedido no dia 02 de abril de 2020 por entender que o plenário do STF assentou entendimento no sentido de que o pedido de providências de urgência é inadequado por ampliar o objeto da pretensão original.

Parece claro que ignorar o cumprimento de medidas urgentes de saúde pública em relação às pessoas encarceradas, não é apenas lhes negar um direito fundamental à saúde, mas incrementar o risco de propagação do vírus para a sociedade como um todo, tendo em vista a transcendência dos efeitos não diretos da pena, conforme já abordado neste trabalho.

Todavia, na prática não apenas as medidas de prevenção à propagação do vírus no âmbito prisional não mereceram do Governo do Estado do Rio de Janeiro a mesma atenção dispensada à população em geral, como até o conhecimento sobre o impacto da pandemia nas prisões do Rio de Janeiro restará desconhecido do público.

Em Resolução Conjunta SEPOL/SEAP nº 10 de 23 de março de 2020, a Secretaria do Estado de Polícia Civil e a Secretaria do Estado de Administração Penitenciária, determinaram que a necropsia dos óbitos ocorridos no sistema prisional não se realizará. De acordo com a Resolução, somente os casos de morte por causa externa ou suspeita serão submetidos à perícia pelo Instituto Médico Legal, os demais óbitos serão declarados pelos médicos da SEAP.

Com isso, não se terá conhecimento da extensão dos efeitos da pandemia de coronavírus no sistema prisional fluminense, bem como da sua propagação para o meio exterior. O mínimo que se poderia esperar sobre as perícias, seria que o exame de integridade do preso que é encaminhado ao sistema prisional, incluísse também a testagem sobre o coronavírus, sob pena de se admitir que seja colocado junto com pessoas que não estão infectadas, outras que se encontram ou não se sabe se estão infectadas.

### **3.1. Entre a bio e a necropolítica: o populismo brasileiro**

A Recomendação 62/2020 do CNJ sofreu duas alterações.

A primeira delas foi realizada por ocasião da edição da Recomendação 68, de 17 de junho de 2020. Basicamente foi acrescentado um dispositivo, o art. 8º-A, e modificado

outro, o art. 15.

O art. 8º-A complementa as disposições sobre audiência de custódia previstas no art. 8º. Este, em breve explicação, recomendava aos Tribunais que considerassem a pandemia como motivação idônea para não realização da audiência de custódia, na forma prevista no art. 310, parágrafos 3º e 4º do CPP.

Nestes casos, o CNJ recomenda que o controle da prisão seja feito por meio da análise do auto de prisão em flagrante e que a prisão preventiva só seja decretada (por conversão da prisão em flagrante) em se tratando de crime cometido com emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que previstos os demais requisitos de lei. Recomenda, ainda que o exame de corpo de delito seja realizado por profissionais de saúde de onde a pessoa estiver presa, complementado por registro fotográfico do rosto e do corpo inteiro.

Ainda, se for possível a realização da audiência de custódia deverá haver atendimento prévio da equipe psicossocial e de saúde, na entrevista deverá ser questionado se o custodiado apresenta sintomas de Covid-19 ou teve contato com pessoas contaminadas ou suspeitas, bem como se houver sintomas a essa pessoa deve ser disponibilizada máscara cirúrgica, adotados procedimentos determinados pelos protocolos de saúde e, no caso de conversão em prisão preventiva, encaminhamento imediato à rede de saúde.

O art. 8º-A, acrescentado pela Recomendação 68/2020, estabelece que na hipótese de o Tribunal optar pela suspensão das audiências de custódia, deverá contemplar como diretrizes: a possibilidade de o custodiado realizar entrevista prévia com o defensor público ou advogado por videoconferência; manifestação do membro do ministério público e, em seguida, da defesa prévia; conclusão em 24 horas; observância do prazo de 24 horas para expedição e cumprimento dos alvarás de soltura; fiscalização do exame prévio de corpo de delito; determinação de diligências em caso de indícios de tortura ou tratamentos cruéis.

A alteração do art. 15 se deu para ampliação do prazo pelo qual deveria vigorar a Recomendação. Originalmente deveria vigorar por 90 dias. Com a Recomendação 68/2020 determinou-se que deveria vigorar por 180 dias, podendo ser prorrogada.

Não é difícil perceber que tanto a Recomendação 62, como as alterações previstas na Recomendação 68, ambas de 2020, tem a preocupação de tomar medidas de preservação dos direitos inerentes à saúde da pessoa encarcerada ou dos agentes do sistema carcerário e de justiça criminal.

Ambas foram aprovadas previamente pelo plenário do CNJ.

Situação absolutamente diversa ocorre com a Resolução 78/2020. Ao tomar posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, também do CNJ, o Ministro Luiz Fux, monocraticamente editou a Recomendação 78, em 15 de setembro de 2020.

A Recomendação 78/2020 alterou o art. 15 para ampliar o prazo pelo qual deve vigorar a Recomendação para 360 dias e acrescentou o art. 5º-A.

Essa foi a única medida que não teve como objetivo garantir direitos à saúde de quem quer que seja, pelo contrário, delimitou aqueles que não gozam de direito à saúde ou mesmo, para ser mais exato, aqueles que não tem direito à vida no sistema prisional.

Isso porque o art. 5º-A afirma que não se aplicam as medidas previstas nos arts. 4º e 5º às pessoas condenadas por certos crimes, a saber: organização criminosa, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, contra a administração pública, crimes hediondos e crimes de violência doméstica contra a mulher.

Essa Recomendação foi ratificada por unanimidade pelo plenário do CNJ no dia 22 de setembro de 2020, portanto uma semana depois de ser editada.

Parece claro que que a decisão política de deixar determinados detentos morrerem em

razão do tipo penal é um exercício do poder de morte. O biopoder<sup>48</sup> exercido na certeza de que a pandemia é certa em aglomerações e a morte, ao menos de um dado número, segue a mesma sorte, nos lança ao desafio de estabelecer apenas o parâmetro mais adequado sobre a disposição da vida e questionar se não se trata de uma seletividade necropolítica<sup>49</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do trabalho é possível identificar que o Estado brasileiro tomou algumas medidas para evitar a propagação da Covid-19. Todavia, quando ao Estado do Rio de Janeiro não houve nenhuma medida específica para evitar a contaminação e propagação dos detentos. É facilmente constatável que todas as medidas visavam isolar os presos do contato externo, mas não impediam a disseminação do vírus internamente, tanto que nenhuma medida foi tomada pelo governo do Estado para isolar novos presos que pudessem estar infectados ao entrarem no sistema prisional.

Ao contrário, o Estado do Rio de Janeiro dificultou até mesmo o atendimento dos presos por parte de advogados e impediu que presos fossem conduzidos a audiências.

No âmbito federal, a despeito de não se observar uma política pública consistente, deve se admitir que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação 62/2020, estabeleceu parâmetros e medidas para minimizar o impacto negativo da Covid-19 no sistema prisional.

É de se pontuar, todavia, que não apenas o cumprimento da Recomendação se mostrou vacilante pelos tribunais do país, como a Recomendação 78/2020 desvela uma seletividade inexplicável para admitir aqueles que serão deixados à morte, sem direito adequado à saúde, que é uma obrigação do Estado.

Parece claro que há uma decisão política a respeito dos que podem viver e aqueles que serão deixados para sofrer os efeitos diretos da pandemia que assolou o mundo em 2020.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres Junho de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/in-fopenmulheres>>. Acesso em: 6 outubro 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União. Publicado em: 04/02/2020 | Edição: 24-A | Seção: 1 - Extra | Página: 1

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União. Publicado em: 20/03/2020 | Edição: 55-F | Seção: 1 - Extra | Página: 1

BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

DOREMALEN N. VAN; MORRIS D.H.; HOLBROOK M.G.; GAMBLE A.; WILLIAMSON B.N.; TAMIN A. *et al.* Aerosol and Surface Stability of SARS-CoV-2 as Compared with SARS-CoV-1. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1564-1567. doi: 10.1056/NEJMc2004973.

---

48 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

49 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 2. ed. São Paulo: N-1Edições, 2018.

DUCZMAL, L.H.; ALMEIDA, A.C.L.; DUCZMAL, D.B.; ALVES, C.R.L.; MAGALHÃES, F.C.O.; LIMA, M.S. *et al.* Vertical social distancing policy is ineffective to contain the COVID-19 pandemic. *Cad. Saúde Pública*, v.36, n.5, 2020, e00084420. doi: 10.1590/0102-311x00084420.

FONGARO, G.; STOCO, P. H.; SOUZA, D.S.M. *et al.* SARS-CoV-2 in human sewage in Santa Catalina, Brazil, November 2019. *medRxiv preprint* doi: <https://doi.org/10.1101/2020.06.26.20140731>

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

GARRIDO R.G., GARRIDO F.S.R.G. COVID-19: Um Panorama com Ênfase em Medidas Restritivas de Contato Interpessoal. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v.8, n.2, 2020, p.127-141.

GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

GOLDIM, J.R. COVID-19, *Isolamento, Quarentena e Confinamento*. [internet] 2020 [acesso em: 2020 mar. 17]. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/>.

GHOSAL, S.; BHATTACHARYYA, R.; MAJUMDER, M. Impact of complete lockdown on total infection and death rates: A hierarchical cluster analysis. *Diabetes & Metabolic Syndrome*. v.14, n.4, 2020, p.707-711.

ISLAN, N.; SHARP, S. J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D'AGOSTINO, R.B.; WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. v.370, m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>

KAMPF G., TODT T., PFAENDER S., STEINMANN E. Persistence of coronaviruses on inanimate surfaces and their inactivation with biocidal agents. *J Hosp Infect*. v.104, n.3, 2020, p.246-251;

LAUER, S.A.; GRANTZ, K.H.; BI Q.; JONES, F.K.; ZHENG, Q.; MEREDITH, H.R. *et al.* The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: *Estimation and Application*. *Ann Intern Med*. v.172, n.9, 2020, p.577-582. doi: 10.7326/M20-0504

LI Q.; GUAN X.; WU P.; WANG, X.; ZHOU L.; TONG Y. *et al.* Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia. *N. Engl. J. Med*. v.382, 2020, p.1199-1207. doi: 10.1056/NEJMoa2001316.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 2. ed. São Paulo: N-1Edições, 2018.

MORAWSKA, Lidia; MILTON, Donald K, It Is Time to Address Airborne Transmission of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), *Clinical Infectious Diseases*, ciaa939, Doi: <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa939>.

PARMET, W.E.; SINHA, M.S. Covid-19 — The Law and Limits of Quarantine. *N. Engl. J. Med*. v.382, e28, 2020. doi: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2004211>

SANTOS I.A.; NASCIMENTO, W.F. As medidas de quarentena humana na saúde pública: aspectos bioéticos. *Revista BIOETHIKOS*, v.8, n.2, 2014, p.174-185.

SINGER, P.A.; BENATAR, S.R.; BERNSTEIN, M.; DAAR, A.S.; DICKENS, B.M.; MacRAE, S.K. *et al.* Ethics and SARS: lessons from Toronto. *BMJ*. v.327, n.6, 2003, p.1342-1344.

WILDER-SMITH, A.; FREEDMAN, D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) Outbreak. *Journal of Travel Medicine*. v.27, n.2, 2020, taaa020. doi: 10.1093/jtm/taaa020.

WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 maio 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.



WHO. *Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report–170*. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 09]. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200708-covid-19-sitrep-170.pdf?sfvrsn=bca86036\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200708-covid-19-sitrep-170.pdf?sfvrsn=bca86036_2).

WHO. *Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions*. 9 jul. 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 10]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>

WU, P.; HAO, X.; LAU, E.H.Y.; WONG, J.Y.; LEUNG, K.S.M.; WU, J.T. *et al.* Real-time tentative assessment of the epidemiological characteristics of novel coronavirus infections in Wuhan, China, as at 22 January 2020. *Euro Surveill*. v.25, n.3, 2020, pii=2000044. doi: 10.2807/1560-7917.ES.2020.25.3.2000044.

---

**Recebido em:** 14/10/2020

**Aprovado em:** 10/12/2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Análise das medidas contra os impactos da Pandemia de covid-19 no cárcere brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.445-459, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-28.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O AUMENTO DO NÚMERO DE FEMINICÍDIOS DURANTE A PANDEMIA E A NECESSÁRIA RESPOSTA JURÍDICA E SOCIAL

## THE INCREASE IN THE NUMBER OF FEMINICIDES DURING PANDEMIA AND THE NECESSARY LEGAL AND SOCIAL RESPONSE

Caroline Fockink Ritt <sup>1</sup>  
Eduardo Ritt <sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo é demonstrar o crescimento dos números de feminicídio durante a pandemia de COVID-19 e a necessária resposta jurídica e social com relação a esta realidade. O método escolhido para este estudo é o dedutivo e as técnicas de pesquisa utilizadas serão documentação indireta e interpretação do método sociológico. Como resultados: a constatação de crescimento da violência contra a mulher durante a quarentena de COVID-19 e a necessidade de resposta social por meio de canais de denúncia *online*, formas de publicização, uso de tornozeleiras para monitoramento dos agressores e extensão universitária e a posituação de ser o feminicídio uma das formas de homicídio qualificado, o que resultou em uma severidade de punição deste tipo de agressor/homicida.

**Palavras-chave:** COVID-19; cultura patriarcal; feminicídio; violência contra a mulher.

**ABSTRACT:** The objective of the present study is to demonstrate the increase in the numbers of femicide during the COVID-19 pandemic and the necessary legal and social response in relation to this reality. The method chosen for this study is deductive and the research used are indirect documentation and interpretation of the sociological method. As a result: the growing evidence of violence against women during the quarantine of COVID-19 and the need for social response through online reporting channels, forms of publicity, use of anklets for monitoring aggressors and university extension and positivization that femicide is one of the forms of qualified homicide, which resulted in a severity of punishment for this type of aggressor / homicide.

**Keywords:** COVID-19; patriarchal culture; femicide; violence against women.

---

1 Pós-doutora em Direitos Fundamentais pela PUC-RS. Doutora em Direito. Professora de Direito Penal na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS). Coordenadora do Projeto de Pesquisa “As consequências negativas de práticas corruptivas e má gestão na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde” e do Projeto de Extensão “Enfrentamento da Violência Doméstica e Familiar: Direitos da Mulher Agredida” na Universidade de Santa Cruz (UNISC).

2 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor do Curso de Direito da UNISC. Coordenador do Projeto de Extensão “Violência Doméstica e Familiar: Enfrentamento da Violência de Gênero” na Universidade de Santa Cruz (UNISC). Promotor de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo principal demonstrar o crescimento dos números de feminicídio durante a pandemia de COVID-19 e a necessária resposta jurídica e social com relação a esta realidade. São desenvolvidos três tópicos: (1) abordar a violência doméstica praticada contra a mulher, seus aspectos históricos e a influência da cultura patriarcal neste aspecto; (2) demonstrar que ocorreu um aumento da violência doméstica praticada contra a mulher durante a pandemia de COVID-19, por meio de números oficiais, publicizados por vários estudos e órgãos de segurança pública e motivos de tal aumento; e (3) analisar o aumento nos números de feminicídios que acontecem durante a pandemia e a necessária resposta jurídica e social que deve acontecer para mudança desta realidade.

Justifica-se o presente estudo pela constatação de crescimento da violência contra a mulher durante a quarentena de COVID-19 e a necessidade de resposta jurídica, que aconteceu por meio da positivação de ser o feminicídio uma das formas de homicídio qualificado, o que resultou em uma severidade de punição deste tipo de agressor.

A resposta social deve vir com canais de denúncia *online*, formas de publicização, uso de tornozeleiras para monitoramento dos agressores e também a participação das universidades, por meio da extensão universitária.

O método escolhido para este estudo é o dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada será a da documentação indireta e o de interpretação o método sociológico.

## 2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, ASPECTOS HISTÓRICOS E A INFLUÊNCIA DA CULTURA PATRIARCAL

Em muitos países, a violência contra a mulher é reconhecida como um problema social que tem sido alvo de políticas públicas, legislações e ações de organizações não governamentais, com o objetivo de coibi-la e proteger suas vítimas. Tratados e convenções internacionais, formulados a partir de meados dos anos de 1970, têm procurado sensibilizar um número cada vez maior de governos e sociedades, visando a ampliar adesão a essa causa.<sup>3</sup>

Ou seja, a violência cometida contra a mulher é um fenômeno histórico que dura milênios, pois a mulher era tida como um ser sem expressão, uma pessoa que não possuía vontade própria dentro do ambiente familiar. Ela não podia sequer expor o seu pensamento e era obrigada a acatar ordens que, primeiramente, vinham de seu pai e, após o casamento, de seu marido. Mello<sup>4</sup> pontua que, historicamente, o homem possuía o direito assegurado pela legislação de castigar a sua mulher. Observa-se que, na América Colonial, mesmo após a independência americana, a legislação não só protegia o marido que *disciplinasse* a sua mulher com o uso de castigos físicos, como dava a ele, expressamente, esse direito.

Nos Estados Unidos, apesar de muitos esforços ocorridos durante o séc. XIX, com o objetivo de diminuir as formas e a intensidade dos castigos físicos que eram impostos legalmente às mulheres por seus maridos, apenas em 1871, nos estados do Alabama e Massachussetts, que oficialmente extinguiu-se o direito de os homens baterem nas mulheres, mas mesmo assim, não havia previsão de punição para os que continuassem a cometer essa violência.<sup>5</sup>

3 LAGE, Lana.; NADER, Maria Beatriz.; Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M.; (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 286.

4 MELLO, Adriana Ramos de. Aspectos gerais da lei. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi (Org.). *Violência Doméstica e familiar contra a mulher. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 03-04.

5 SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 25.

Hirigoyen<sup>6</sup> pontua que foi somente após a década de 1970, com as iniciativas das feministas, que se começou a estudar o impacto da violência conjugal entre as mulheres. Até então se hesitava em intervir, sob pretexto de que se tratava de assunto privado. A autora destaca, que atualmente os noticiários dos jornais levam a crer que se trata de um fenômeno marginal, quando na realidade vive-se um verdadeiro flagelo social que não está sendo levado em consideração e de forma suficiente. Destaca que, os números, que só levam em conta as violências físicas que chegam ao Judiciário, são assustadores.

Porto<sup>7</sup> exorta que, com relação à desigualdade dos gêneros, é possível observar, ao longo dos tempos, na história ocidental, a criação inicial de formas estatais e jurídicas muito pouco, ou praticamente nada, melhorou a condição feminina. A mulher sempre ficou relegada a um segundo plano, preterida e colocada numa situação de submissão, discriminação e opressão. Basta lembrar períodos históricos da Antiguidade e Medievo em que apenas o homem podia ser sujeito de direitos e detentor de poderes. No mundo antigo, este girava predominantemente em torno da comunidade, e não do indivíduo, cuja personalidade era facilmente sacrificada em benefício da totalidade dos clãs, das cidades e dos feudos. Neste período, a mulher, foi muito vitimizada, e não apenas pelo homem, sendo o marido, seu pai ou seus irmãos, mas também o era pelas religiões. Sobre a natureza feminina que era tida como o portal dos pecados, foram inúmeras as vezes que pesaram acusações de bruxaria e hermetismos heréticos que as levaram à tortura e à fogueira.

O Brasil é signatário de vários acordos e, apesar de ainda apresentar um quadro grave no que diz respeito à ocorrência desse tipo de violência, tem se empenhado em combatê-la. Casos de maus tratos físicos e psicológicos, assédio sexual, estupros, espancamentos e assassinatos de mulheres, frequentemente cometidos por maridos e companheiros, passaram a ser vistos com novos olhos e combatidos com maior ênfase depois que foram identificados com um tipo específico de violência e um atentado aos direitos humanos.

A criação de delegacias especializadas no atendimento a esses casos, em meados dos anos de 1980, e a promulgação da Lei conhecida como Maria da Penha, em 2006, constituem importantes instrumentos do esforço compreendido na esfera pública para prevenir e punir a violência contra a mulher por meio de sua criminalização efetiva. Organizações feministas também têm tido importante papel na promoção da melhoria das condições de vida das brasileiras, lutando contra esse tipo de violência, seja com de ações diretas, seja fiscalizando a atuação dos serviços instituídos para esse fim.<sup>8</sup>

Mas nem sempre foi assim. Na história do Brasil, durante muito tempo, a violência sofrida pelas mulheres não era considerada um problema social que exigisse a intervenção do Estado, pelo fato de ocorrer, sobretudo, no espaço doméstico e em meio a relações conjugais e familiares. Apesar de serem submetidas à violência de vários tipos, isso era visto como questão de ordem privada.<sup>9</sup>

A violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. Dias<sup>10</sup> destaca que a sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe

6 HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*; tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 10-11.

7 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 14.

8 LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 286-287.

9 LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz.; Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M.; (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 287.

10 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 15-16.

a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica.

A violência doméstica praticada contra a mulher está ligada, e muito, à cultura patriarcal. O patriarcado consiste em uma forma de relacionamento, de comunicação entre os gêneros, caracterizada pela dominação do gênero feminino pelo masculino. Indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. O poder se exerce por meio de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres. A dominação do gênero feminino pelo masculino costuma ser marcada (e garantida) pela violência física e/ou psíquica em uma situação na qual as mulheres (e as crianças) encontram-se na posição mais fraca, sendo desprovidas de meios e reação efetivos.

A ideologia patriarcal, que estruturava as relações conjugais e familiares desde o tempo em que o Brasil era uma colônia portuguesa, conferia aos homens um grande poder sobre as mulheres, justificando atos de violência cometidos por pais e maridos contra filhas e esposas. Nascida do estilo de vida das minorias dominantes, essa ideologia acabou influenciando todas as outras camadas da sociedade, disseminando entre os homens um sentimento de posse sobre o corpo feminino e atrelando a honra masculina ao comportamento das mulheres sob sua tutela. Assim, cabia a eles disciplinar e controlar as mulheres da família, sendo legítimo que, para isso, recorressem ao uso da força.<sup>11</sup>

O Código Filipino – legislação do período colonial que permaneceu vigente no Brasil até o século XIX – permitia que o marido assassinasse a esposa adúltera. Também era facultado aos homens o enclausuramento forçado da esposa e filhas. Os recolhimentos, instituições criadas para abrigar mulheres com vocação para a vida religiosa, sem que fossem obrigadas a fazer votos solenes como freiras, tornaram-se, por conta disto, verdadeiras prisões femininas.<sup>12</sup>

Sabadell<sup>13</sup> argumenta que no âmbito das relações privadas, a violência contra a mulher é um aspecto central da cultura patriarcal. Podemos pensar na violência doméstica como uma espécie de castigo que objetiva condicionar o comportamento das mulheres e demonstrar que não possuem o domínio de suas próprias vidas. O problema não é a postura de certos homens, mas uma cultura que influencia toda a sociedade.

Soares<sup>14</sup> ensina que, a partir de 1970, o movimento feminista trouxe ao debate público a questão da violência contra a mulher, o que hoje se considera um problema de grandes proporções, principalmente nos Estados Unidos. Lá este tema se tornou uma questão importante inclusive na campanha presidencial em 1996. Lembra que, até muito pouco tempo atrás, vigorava o adágio popular *em briga entre marido e mulher não se mete a colher*, ou seja, entendimento popular segundo o qual tudo o que acontecia entre quatro paredes de uma família não dizia respeito à polícia, à justiça, à vizinhança ou mesmo ao resto da família.

Observa-se que, na esfera privada, nunca existiram garantias jurídicas em relação à integridade física e psíquica da mulher, como também ao livre exercício da sua sexualidade. Ao seguir a pauta de comportamento da sociedade patriarcal, a mulher é tratada como a

11 LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 287.

12 LAGE, Lana.; NADER, Maria Beatriz.; Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 287.

13 SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 235-264.

14 SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 26-83.



*rainha do lar*, mas quando não obedece às referidas *pautas patriarcais*, entram em cena os chamados *mecanismos de correção*: que são os insultos, espancamentos, estupros e homicídios. Assim, a violência entre cônjuges ou companheiros constitui uma das faces da violência familiar que está relacionada com os valores do mundo patriarcal. Muitas vezes, a mulher fica em uma posição de bode expiatório, pois sobre seu corpo se canaliza grande parte da violência que é produzida em uma sociedade marcada pela cultura patriarcal, à luz de um modelo caracterizado pela competitividade e pelo aumento da agressividade.

Especificamente, no que tange à igualdade de gêneros, sob o impacto da atuação do movimento de mulheres, a Conferência dos Direitos Humanos de Viena de 1993 (que tanto inspirou a Convenção de Belém do Pará) redefiniu as fronteiras entre o espaço público e a esfera privada, superando a divisão que até então caracterizava as teorias clássicas do Direito. A partir dessa reconfiguração, os abusos que têm lugar na esfera privada – como o estupro e a violência doméstica – passam a ser interpretados como crimes contra os direitos da pessoa humana.<sup>15</sup>

Na prática, a violência familiar e em relações conjugais, foi o aspecto ao qual as referidas organizações acabaram outorgando maior peso, passando a terem, com relação a esse assunto, maior dedicação. Tal fato ocorre devido a seu caráter muito amplo e, principalmente, à influência e à participação das mulheres. Então, com relação à *violência na família*, conseguiu-se criar uma preocupação pública, fazendo com que ocorresse a atenção de múltiplos agentes, sociais, políticos e jurídicos, trazendo, com relação a esse assunto, diversos discursos, como também diversas propostas.<sup>16</sup>

Ou seja, determinados problemas, que até pouco tempo eram definidos como *privados*, como a violência sexual do lar (doméstica) e no trabalho se converteram, mediante campanhas mobilizadas pelas mulheres, em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais (crimes), mediante forte demanda (neo)criminalizadora.<sup>17</sup>

Cavalcanti<sup>18</sup> argumenta, enfaticamente, que não é possível tratar da mesma maneira um delito que é praticado por um estranho e o mesmo delito praticado por alguém de convivência muito próxima, como é o caso dos maridos, companheiros ou namorados. A violência praticada por estranhos em poucos casos voltará a acontecer enquanto a que é praticada por pessoa próxima, tende a se repetir, podendo acabar em agressões de maior gravidade, como é o caso dos homicídios das mulheres que foram, inúmeras vezes, ameaçadas ou espancadas antes de morrer.

Na concepção de Matos<sup>19</sup> consolida-se o entendimento segundo o qual os padrões de gênero sofreram transformações consideráveis, principalmente ao longo das últimas décadas. Os valores que fundamentam o arquétipo de sociedade segmentada e hierarquizada, e o próprio formato das relações interpessoais, sofreram interferências do processo de modernização e se adaptaram, flexibilizando as concepções tradicionais dos papéis femininos e masculinos. Apesar de, historicamente, possuírem uma situação privilegiada de poder na sociedade

15 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 17.

16 SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 66.

17 SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 230-236.

18 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*, Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 49.

19 MATOS, Marlise. A democracia não deveria parar na porta de casa: a criação dos índices de tradicionalismo e de destradicionalização de gênero no Brasil. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi (Orgs.). *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 90.

brasileira, os homens passaram a adotar condutas que, na opinião da autora, representariam a *reinvenção da masculinidade*.

### **3 O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMETIDA CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: NÚMEROS E MOTIVOS**

Reportagens, relatos e apresentações de números de órgãos de Segurança Pública atestam o crescimento da violência doméstica praticada contra a mulher durante a época de quarentena imposta por COVID-19. O que se explica pelo fato de a mulher conviver mais tempo com o agressor, o aumento do desemprego e outras situações estressantes que culminam na violência doméstica, tanto contra a mulher, quanto com relação aos filhos e às outras pessoas que habitam o mesmo local. Antes de se examinar alguns índices, torna-se necessário explicar, ainda que de forma resumida, o que é a doença COVID-19.

Para isso, as lições de Lana<sup>20</sup> ensinam que os coronavírus são RNA vírus causadores de infecções respiratórias em uma variedade de animais, incluindo aves e mamíferos. Sete coronavírus são reconhecidos como patógenos em humanos. Nos últimos 20 anos, dois deles foram responsáveis por epidemias mais virulentas de síndrome respiratória aguda grave (SRAG). A epidemia de SARS que emergiu em Hong Kong (China), em 2003, com letalidade de aproximadamente 10% e a síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS) que emergiu na Arábia Saudita em 2012 com letalidade de cerca de 30%.

O Novo Coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, foi detectado em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Em 09 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) confirmou a circulação do novo coronavírus. Em 16 de janeiro, foi notificada a primeira importação em território japonês. No dia 21 de janeiro, os Estados Unidos reportaram seu primeiro caso importado. Em 30 de janeiro, a OMS declarou a epidemia uma emergência internacional (PHEIC). Ao final do mês de janeiro, diversos países já haviam confirmado importações de caso, incluindo Estados Unidos, Canadá e Austrália. Em 26 de fevereiro, o Ministério da Saúde confirmou o primeiro caso de coronavírus no Brasil, no estado de São Paulo, em um homem de 61 anos com histórico de viagem recente para a Itália. A partir de então, os números cresceram de forma assustadora.

Até o dia 26 de agosto de 2020, em levantamento junto a secretarias estaduais de saúde, já foram registradas 116.580 mortes 101.857 (cento e dezesseis mil, quinhentos e oitenta) mortes provocadas por COVID-19, e 3.057.470 (três milhões, cinquenta e sete mil, quatrocentos e setenta) casos confirmados da doença em todo o território brasileiro- índice que tende a aumentar.<sup>21</sup>

E, diante deste cenário de mortes e outros problemas sociais que a pandemia está causando, um especificamente está chamando a atenção das autoridades, a do aumento da violência doméstica e familiar contra a mulher. As muitas circunstâncias e medidas adotadas pelas autoridades como forma de combate ao novo coronavírus, como o isolamento social, contribuíram de forma exponencial para que a violência contra a mulher aumentasse, assim como também o aumento dos números de feminicídio.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou, em 2019, o *Atlas da Violência*, onde

20 LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; MACIEL, Daniel Antunes; CIDEÇO, Cláudia Torres. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. *Cad. Saúde Pública*, 2020. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020000300301](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000300301)>. Acesso em: 19 maio 2020.

21 ALERTA DE COVID 19. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=n%C3%BAmeros+de+mortes+pelo+coronavirus+no+brasil+hoje>. Acesso em: 26 ago. 2020.

reuniu dados referentes ao processo da acentuada violência no país, entre elas a violência contra a mulher. Os números fazem alusão ao período de 2007-2017.<sup>22</sup>

Os dados divulgados mostram que houve um crescimento dos homicídios femininos no Brasil em 2017, com cerca de 13 (treze) mulheres mortas por dia. Ao todo, 4.936 (quatro mil, novecentos e trinta e seis) mulheres perderam a vida, o maior número registrado desde o ano de 2007. Houve um crescimento significativo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década em análise (2007-2017), assim como no último ano da série, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior.

Outro dado relevante apresentado na pesquisa revela que, do total de homicídios contra as mulheres, 28% ocorrem dentro da residência, ou seja, provando que é muito provável que estes sejam casos de feminicídios, no âmbito da violência doméstica contra a mulher.

Também no ano de 2019, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*, onde são compilados os dados referentes a diversos crimes, cometidos no âmbito federal e dos estados. Neste anuário, foram coletados dados referentes aos anos de 2017-2018, em relação ao homicídio de mulheres e feminicídio, lesão corporal dolosa e estupro e tentativa de estupro<sup>23</sup>.

Em 2017, foram registrados 4.556 homicídios com vítimas do sexo feminino, sendo que, destes, 23,6%, ou seja, 1.075 foram considerados como feminicídios. Já no ano de 2018, foram 4.107 homicídios com vítimas do sexo feminino, e destes, 29,4%, ou seja, 1.206 foram considerados feminicídios. No Rio Grande do Sul, em 2017 foram 83 feminicídios em 2017 e 117 feminicídios em 2018, segundo constam nos dados.

Em relação à lesão corporal dolosa, no âmbito da violência doméstica, o Brasil registrou, no ano de 2017, 252.895 casos, com uma taxa de 125,1 a cada 100 mil mulheres. No ano de 2018, foram registrados 263.067 casos, com uma taxa de 126,2 a cada 100 mil. A variação entre os dois anos ficou em 0,8%. O Rio Grande do Sul registrou no ano de 2017, 23.179 casos, e no ano de 2018, 22.008, com uma diminuição de 5,1% nos registros de lesão corporal contra a mulher.

Por fim, é importante citar mais algumas estatísticas importantes lançadas no *Anuário*<sup>24</sup> como a prevalência de mulheres negras como vítimas de feminicídio, com 61%, bem como que o ápice da mortalidade por feminicídio se dá aos 30 anos. Da mesma forma, em relação à escolaridade, a maioria das vítimas, 70,7%, cursou apenas até o ensino fundamental. Neste universo de violência doméstica, observa-se que 88,8% das vítimas foram assassinadas pelos próprios companheiros ou ex-companheiros.

Com o início da pandemia de Coronavírus e a adoção de medidas para tentar frear o avanço do vírus – como o isolamento, quarentena e distanciamento social – surgiram muitos efeitos com impactos sociais, dentre eles o agravamento e aumento da violência contra a mulher.

Antes de enfrentarmos a pandemia de COVID-19, os dados que espelham a violência praticada contra a mulher já podiam ser considerados assustadores. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 2013 o Brasil já ocupava o 5º lugar, em um *ranking* de 83 países onde mais se matam mulheres. Além disso, uma pesquisa do Data/Senado (também em 2013) revelou que 01 (uma) em cada 05 (cinco) brasileiras assumiu que

22 *Atlas da violência 2019*. Disponível em: <[https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019\\_05jun\\_vers%C3%A3o-coletiva.pdf](https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

23 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2020.

24 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em: 27 jul. 2020.

já foi vítima de violência doméstica e familiar provocada por um homem. Outra confirmação da frequência da violência praticada contra a mulher é o que se chama de “ciclo” que se estabelece e é constantemente repetido: aumento da tensão, ato de violência e posteriormente, a “lua de mel”. Nessas três fases, a mulher sofre vários tipos de violência, que são: a violência física, moral, psicológica, sexual e a patrimonial. Tais podem ser praticadas de maneira isolada, ou não.<sup>25</sup>

Com relação a esta necessidade de isolamento social, o Instituto Maria da Penha<sup>26</sup> detém observações no sentido de que o isolamento social intensifica a convivência entre os familiares, o que pode aumentar as tensões. O contexto de apreensão, incertezas e adversidades impostas pela pandemia, além do consumo excessivo de álcool nesse período, colabora para as discussões entre casais, que podem desencadear diversas formas de agressão (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral). Devido ao isolamento social, muitas mulheres não conseguem fazer as denúncias, o que gera um número alto de subnotificações.

Quanto à violência praticada contra a mulher, especificamente, na quarentena, citam-se, como fonte, os levantamentos realizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Foram três *Notas Técnicas* sobre a *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*, emitidas pelo Fórum, nos meses de abril, maio e julho de 2020, compilando dados, números e estatísticas sobre a violência<sup>27</sup>.

Segundo o estudo citado, no Brasil, o número de feminicídios cresceu 22,2% nos meses de março e abril 2020, em 12 estados, em comparação ao mesmo período de 2019. No ano passado, foram 117 vítimas nesses dois meses. Já neste ano, 143<sup>28</sup>. Com relação aos feminicídios, o Rio Grande do Sul registrou no acumulado de março/abril de 2019, 17 mortes, e no mesmo período em 2020, 21 vítimas fatais, ou seja, um aumento de 23,5%. Nesse mesmo período, houve uma maior dificuldade em denunciar os crimes, com uma redução dos registros de crimes nas delegacias de polícia. Os registros de lesão corporal dolosa decorrente de violência doméstica caíram 25,5% nesse mesmo período entre 2019 e 2020. No Rio Grande do Sul, houve uma redução de 16,6% nos registros de violência doméstica no período de março/abril de 2019 para março/abril de 2020, de 3.668 casos para 3.058.

Atualmente, no Rio Grande do Sul, conforme dados da Secretaria de Segurança Pública, dados atualizados em 10 de agosto de 2020 aconteceram 53 feminicídios de janeiro até julho de 2020, e 188 tentativas de feminicídio, no mesmo período.<sup>29</sup>

Observa-se que, em São Paulo, ocorreu um crescimento dos chamados para a Polícia Militar no Disque 190 em alguns estados como São Paulo, com aumento de 44,9% em março em comparativo com mesmo período do ano passado. No “*Ligue 180*”, também houve um crescimento de 27% nas denúncias telefônicas, principalmente no mês de abril, em que o crescimento foi ainda maior (37,6%), período em que todos os estados estavam adotando medidas de isolamento.

Posteriormente, no último e mais atual estudo apresentado em julho de 2020, na *Nota Técnica* sobre a *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*, v.03<sup>30</sup>, foram coletados

25 INSTITUTO MARIA DA PENHA. *O que é violência doméstica*. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

26 INSTITUTO MARIA DA PENHA. *O que é violência doméstica*. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

27 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em: 27 jul. 2020.

28 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em: 27 jul. 2020.

29 SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. Indicadores da violência contra a mulher geral e por município 2020 (.xlsx 5,63 MBytes). Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202008/12152323-violencia-contra-a-mulher-publicacao-julho2020.xlsx>. Acesso em: 26 ago. 2020.

30 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Nota Técnica* sobre a “*Violência doméstica durante a pandemia de covid-19*, v.03. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

dados de feminicídios, homicídios dolosos, lesão corporal dolosa, estupro e estupro de vulnerável e ameaça para doze Unidades da Federação: Acre, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Todas as Unidades da Federação acompanhadas apresentaram redução nos registros de lesão corporal dolosa entre março e maio de 2020 em comparação com o mesmo período no ano anterior. Houve uma queda de 27,2% no período acumulado, com as maiores reduções nos estados do Maranhão (84,6%), Rio de Janeiro (40,2%) e Ceará (26%).

No Rio Grande do Sul, especificamente, no acumulado entre março a maio de 2019, houve 5.167 (cinco mil, cento e sessenta e sete) registros de lesão corporal dolosa contra a mulher, sendo que, no mesmo período de março a maio de 2020, houve 4.274 (quatro mil, duzentos e setenta e quatro) registros. A queda, portanto, foi de 17,3%.

Tais índices não representam uma diminuição da violência contra a mulher, durante a pandemia, mas, que devido às dificuldades e ao isolamento social, passou a ser, em um primeiro momento, subnotificada elucidando menor possibilidade de denúncia às mulheres que vivem com os agressores.

#### **4 O AUMENTO DOS FEMINICÍDIOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E A NECESSÁRIA RESPOSTA JURÍDICA E SOCIAL**

Sabadell<sup>31</sup> destaca que a Organização Mundial da Saúde, em seus estudos, indica que quase a metade das mulheres vítimas de homicídio é assassinada pelo marido ou namorado, tanto pelo ex como também pelo atual. Da mesma forma, pesquisa realizada pela Anistia Internacional, em cinquenta países, trouxe dados que revelaram que uma em cada três mulheres foi vítima de violência doméstica, como também obrigada a manter relações sexuais ou submetida a outros tipos de violência.

A violência, em suas mais variadas formas de manifestação, afeta a saúde e a vida. Também produz enfermidades, danos psicológicos e pode provocar a morte. Tem como objetivo causar dano a um organismo vivo, ou seja, é qualquer comportamento que tem como objetivo o de causar dano a outrem.

Especificamente à violência contra a mulher e à violência doméstica, há uma explicação suplementar para a sua grande ocorrência no Brasil. Ela não está ligada somente à lógica da pobreza, ou à desigualdade social e cultural. Também está ligada diretamente ao preconceito, à discriminação e ao abuso de poder que possui o agressor com relação a sua vítima. A mulher, em razão de suas peculiaridades, compleição física, idade, e dependência econômica, está em uma situação de vulnerabilidade na relação social.<sup>32</sup>

Devido à relação de poder e à dominação que existe no relacionamento afetivo, geralmente o agressor detém, em relação à mulher que ele agride, a força física e o poder econômico, passando a manipulá-la, violá-la e agredi-la psicologicamente, moralmente e fisicamente.

Assim, na realidade, apesar da situação envolver questões de gênero e de maior vulnerabilidade da mulher, a punição pela sua morte não tinha tratamento diferenciado de qualquer outro homicídio, somando apenas mais um número nas estatísticas das mortes no país, sendo que, geralmente, o assassino é processado e julgado por homicídio qualificado na figura da torpeza.

---

31 SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258.  
32 LINTZ, Sebastião. *O crime, a violência e a pena*. Campinas: Julex, 1987, p. 27-35.



E foi com o objetivo de tornar mais efetiva a diminuição dos casos de violência doméstica, bem como a busca incessante por maior igualdade de gênero, que surge a necessidade de um olhar diferenciado, com punição mais severa nos casos envolvendo vítimas do sexo feminino. Este avanço vem quase dez anos depois da Lei Maria da Penha, com a Lei nº 13.104, sancionada em 09 de março de 2015.

O regulamento traz um novo termo, denominado *feminicídio*, que tem por definição o assassinato de mulheres, seja por violência doméstica ou por discriminação de gênero. Altera o artigo 121 do Código Penal, incluindo-o como circunstância qualificadora de homicídio e também o artigo 1º da Lei nº 8.072, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

O feminicídio pode ser definido como sendo uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres ou crença na inferioridade da mulher, caracterizada por circunstâncias específicas nas quais o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, à destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher. Como anota o mapa da violência contra a mulher, este conceito traz luz a um cenário preocupante: o do feminicídio cometido por parceiro íntimo, em contexto de violência doméstica e familiar, além de se caracterizar como crime de gênero ao carregar traços como ódio, que leva à destruição da vítima, e pode ser combinado com as práticas da violência sexual, tortura e ou mutilação da vítima antes ou depois do assassinato.<sup>33</sup>

A alteração do art. 121 trata de violência de gênero, cujo conceito e compreensão podem ser importados da Lei Maria da Penha, ou seja, dizem respeito à relação de poder, de dominação do homem e submissão da mulher. E, assim como na Lei Maria da Penha, para configurar o *feminicídio* não basta a violência doméstica e familiar (constante da alteração do CP, art. 121, § 2-A), mas também a *questão de gênero*. Ou seja, nem toda violência doméstica e familiar contra uma mulher e que cause sua morte é configurada feminicídio, pois deve estar presente a condição de gênero.<sup>34</sup>

O feminicídio encontra-se inserido como qualificadora no âmbito do art. 121, § 2º, do CP. Trata-se de homicídio qualificado em razão de ter sido praticado contra mulher, em situação denominada “violência de gênero”. Para o § 2º - A do art. 121 será considerada violência de gênero quando o crime envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo à discriminação de mulher: Foi criada, também, causa de aumento (1/3 até 1/2) para os casos em que o feminicídio tenha sido praticado dentro de certas hipóteses ou circunstâncias elencadas na norma (§ 7º do art. 121 do CP).<sup>35</sup>

A doutrina explica que o feminicídio somente estará configurado se a violência (homicídio) se der contra a mulher e em um contexto de violência de gênero, sendo o autor homem ou mulher, como ocorre na Lei Maria da Penha (art. 5º).<sup>36</sup>

Então, configura crime de feminicídio quando o agente causador se utiliza do convívio conjugal ou de coabitação para cometer o crime. Isso quer dizer que não falamos apenas de relação marital, mas também dos casos que o agressor possua vínculo familiar com a vítima, podendo ser das mais variadas formas comumente vivenciadas em nosso cotidiano. Enquadra no

33 BARROS, Franciso Dirceu.; SOUZA, Renee do Ó.; *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019, p. 24.

34 GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2020, p. 198.

35 GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2020, p. 196-197.

36 GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2020, p. 197.

mesmo crime quem mata pelo simples fato de a vítima ser mulher, por questões de menosprezo ou discriminação (inciso II). Vejamos que o ato está intimamente ligado ao preconceito, com o repugnante objetivo de eliminar uma vida feminina, pelo simples desprezo ao gênero.

O ano de 2020 está sendo atípico e agravando a violência sofrida pelas mulheres, isso porque em razão da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), a orientação mundial é a população evitar o contato social e permanecer em sua residência, na medida do possível. O resultado para a vítima é o confinamento com o agressor e, conseqüentemente, menor visibilidade da violência doméstica.

Em relação aos feminicídios registrados nos estados brasileiros, diferentemente do que observamos nos meses anteriores, em maio de 2020 houve uma queda de 27,9% nos registros de feminicídios nos estados analisados em relação a 2019. Os homicídios dolosos com vítimas do sexo feminino, por outro lado, aumentaram 7,1% no mês de maio, passando de 127 em 2019 para 136 em 2020. No acumulado entre março e maio, houve apenas um pequeno crescimento nos registros, que foram 382 vítimas em 2019 para 386 em 2020.

Assim, o estudo conclui que enquanto nos meses de março e abril de 2020 observou-se um aumento no percentual de homicídios de mulheres classificados como feminicídios em relação aos mesmos meses de 2019, esse percentual caiu no mês de maio. Em março de 2019, 27,9% dos casos de homicídios com vítimas mulheres foram considerados feminicídios, contra 34,3% no mesmo mês de 2020. De maneira similar, em abril de 2019, 26,6% dos homicídios foram classificados como feminicídios, passando para 31,7% em abril de 2020. Já em maio, essa tendência de aumento na proporção de homicídios femininos classificados como feminicídios se inverte, passando de 33,9% em maio de 2019 para 24,4% em maio de 2020. Segundo o estudo, esses novos dados podem apontar para duas possíveis causas, ou uma breve redução na violência letal contra as mulheres motivada por questões de gênero; ou uma piora no registro inicial dos feminicídios no mês de maio de 2020.<sup>37</sup>

Fazendo um rápido balanço com relação aos dados apresentados, observa-se a variação e o aumento dos casos de violência contra a mulher. Muitos destes crimes são registrados como homicídios com vítimas do sexo feminino e não como feminicídios, assim podendo existir uma subnotificação de casos e uma divergência de dados.

Vive-se em uma sociedade que possui valores patriarcais, na qual os homens usam a violência para controlar as mulheres e submetê-las à sua dominação.<sup>38</sup> A violência praticada contra a mulher possui aspectos históricos determinados pela cultura patriarcal que considera a mulher como uma propriedade do homem, e que ocorre até nos dias de hoje, mesmo diante de muitos avanços com relação a direitos das mulheres, produzindo inúmeros danos em suas vítimas, consoante ao que fora abordado.

Culturalmente, a formação da mulher está atrelada à adoção de uma postura coadjuvante, e, por vezes, inferiorizada, e que a gênese do homem, ao contrário, suscita a superioridade. Assim, a formação dos indivíduos envolvidos nesses conceitos negativos é influenciada pelo comportamento discriminatório em relação ao gênero e dificulta a promoção da igualdade pretendida como elemento intrínseco da dignidade da pessoa humana. A dominação masculina, para Bordieu<sup>39</sup> é evidente na sociedade e, para estudá-la,

37 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em: 27 jul. 2020.

38 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

39 BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. trad. KÜHNER, Maria Helena. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 23.

são utilizados métodos que pertencem à própria dominação masculina, porque ela influencia, como algo natural e espontâneo, todas as interrelações, sem precisar de justificação. E, apesar da equiparação entre o homem e a mulher, feita pela Constituição Federal de 1988, bem como da implementação de ações afirmativas, destinadas à eliminação das formas de discriminação, a ideologia patriarcal subsiste a essas conquistas.

Alguns países chegavam a adotar a norma de impunidade total em favor do marido que *vingasse a honra* ao surpreender sua mulher em adultério. No Brasil, de acordo com o Código Penal de 1890, só a mulher era penalizada por adultério, sendo punida com prisão celular de um a três anos. O homem só era considerado adúltero no caso de possuir concubina *teúda* e *manteúda*.<sup>40</sup>

Os motivos da punição são óbvios, uma vez que o adultério representava os riscos da participação de um bastardo na partilha dos bens e na gestão dos capitais. O homem, em verdade, tinha plena liberdade de exercer a sua sexualidade desde que não ameaçasse o patrimônio familiar. Já a infidelidade feminina era, em geral, punida com a morte, sendo o assassino beneficiado com o argumento de que se *achava em estado de completa privação de sentidos e de inteligência* no ato de cometer o crime, ou seja, acometido de loucura ou desvario momentâneo. Na prática, reconhecia-se ao homem o direito da vida da mulher.<sup>41</sup>

Portanto, a violência envolvendo o gênero feminino não se trata de exagero ou vitimismo, mas uma realidade assustadora que possui aspectos históricos que não podem ser ignorados, mas a sua ocorrência, evidencia-se, está muito ligada à cultura patriarcal.

Xavier<sup>42</sup> destaca que a violência contra a mulher não é novidade para a sociedade, pois a mulher vem sendo vítima, pelo fato de ser mulher, reiteradamente, durante toda a história. Essa seria, segundo o referido, uma tradução clara de uma sociedade desigual, que até hoje, e infelizmente, apresenta resquícios de uma sociedade patriarcal.

Ainda mais na realidade de enfrentamento de COVID-19 que trouxe como uma das consequências o aumento da violência contra a mulher e também dos números de feminicídios. Diante dessa situação, a rede de proteção criada para prevenir as agressões e tratar os casos já consolidados é medida indispensável e necessária.

Na busca pela igualdade de gênero que se mostrou relevante uma punição mais severa nos crimes que envolvessem a morte de mulheres. A qualificadora do crime de homicídio evidencia a atenção especial despendida para a violência de gênero trazendo uma continuidade na proteção das vítimas iniciada pela Lei Maria da Penha.

É interessante lembrar que no dia 08 de março é celebrado o Dia Internacional da Mulher, porém, no ano de 2015, a comemoração no cenário nacional adveio em conjunto com a sanção da Lei 13.104/15, esta que instituiu uma nova qualificadora do crime de homicídio, denominada de feminicídio. A lei trouxe uma efetiva novidade sobre o assunto, consistente na demonstração de passos largos para superação e repúdio contra a violência contra a mulher, mediante a criminalização específica e sanção mais severa dos crimes de homicídio mediante a qualificação pelo feminicídio.<sup>43</sup>

Comprova-se, por meio destes dados, o quanto a pandemia afetou e está afetando a vida das mulheres que são vítimas de violência doméstica, tornando ainda mais difícil quebrar

40 SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. 2. reimpressão, São Paulo: Contexto, 2010, p. 381.

41 SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. 2. reimpressão, São Paulo: Contexto, 2010, p. 381.

42 XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 45.

43 XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 45.

este ciclo violento. Especificamente com relação ao feminicídio. E diante destes dados, pergunta-se, o que poderia ser feito?

O aumento no país foi tão expressivo que chamou a atenção da Organização das nações unidas – ONU.<sup>44</sup> A Organização recomenda aos países o aumento no investimento em serviços *online* e em organizações da sociedade civil; garantir que os sistemas judiciais continuem processando os agressores; estabelecer sistemas de alerta de emergência em farmácias e mercados, para prevenir e combater a violência de gênero durante a pandemia. Da mesma forma, recomenda declarar abrigos para vítimas de violência de gênero como serviços essenciais; criar maneiras seguras para as mulheres procurarem apoio, sem alertar seus agressores; evitar libertar prisioneiros condenados por violência contra mulheres; ampliar campanhas de conscientização pública, principalmente as voltadas para homens e meninos.

Em comunicado à imprensa, a entidade Agência Brasil<sup>45</sup> publiciza que as mulheres estão mais vulneráveis durante a crise sanitária e têm mais dificuldade para formalizar queixa contra os agressores e, portanto, para se proteger. Dos fatores que explicam essa situação destacam-se a convivência mais próxima dos agressores, que, no novo contexto de pandemia e isolamento social, as impede de se dirigir a uma delegacia ou a outros locais que prestam socorro às vítimas, como centros de referência especializados, ou, inclusive, de acessar canais alternativos de denúncia, como telefone ou até aplicativos.

Da mesma forma, a queda da renda e o desemprego, que podem atrapalhar a mulher na hora em que cogita sair de casa para fugir do agressor. Por essa razão, especialistas consideram que a estatística se distancia da realidade vivenciada pela população feminina quando o assunto é violência doméstica, que, em condições normais, já é marcada pela subnotificação.

Barbosa<sup>46</sup> defende que em todos os segmentos da sociedade, existe a preocupação em acabar com a violência contra a mulher, e para isso, nada melhor que ocorram mudanças socioculturais. Sabe-se que a raiz do feminicídio seguramente é a ignorância de grande parte dos homens que cultuam a figura masculina como sendo mais importante que a da mulher. Mudanças socioculturais são necessárias para acabar com a violência contra a mulher. Em seguida, sugere o referido, o emprego de tornozeleiras eletrônicas, pois seu uso facilita ao centro de inteligência policial, para que estes monitorem o agressor denunciado, constatando assim, se está perto ou longe da mulher. Esta ferramenta, ao constatar a aproximação das pessoas proibidas, de imediato, envia dados para o centro de inteligência policial ou judicial e esse, por sua vez, toma as medidas cabíveis. Sugere que, o campo da tecnologia é bastante vasto, podendo inclusive criar outros tipos de medidas protetivas e usá-la, no sentido de driblar a burocracia.

Também a importância da extensão universitária neste período uma vez que possibilita o compartilhamento, com as pessoas, com o público externo da universidade, do conhecimento que foi adquirido por meio do ensino e pesquisa desenvolvidos na instituição. Ocorre uma articulação do conhecimento científico, com as necessidades que a comunidade apresenta e onde ela está inserida. Desta forma, a universidade interage com a comunidade e colabora para a transformação social, garantindo valores democráticos de igualdade de

---

44 NAÇÕES UNIDAS BRASIL: *Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

45 AGÊNCIA BRASIL. *Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia*: Números da violência contra a mulher caíram em apenas três estados. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 26 ago. 2020.

46 BARBOSA, R. Jeová. *Feminicídio no Brasil: Raízes, estratégias e resultados*. Edição do autor, 2018, p. 20-22.

direitos, respeito à pessoa e sustentabilidade ambiental e social.<sup>47</sup> A universidade, por meio da extensão, influencia e também é influenciada pela comunidade, possibilitando uma troca de valores entre ambas. A extensão universitária deve acontecer sempre como em uma via de duas mãos, ou seja, a Universidade leva conhecimentos e assistência à comunidade, ao mesmo tempo em que aprende com a realidade dessas comunidades.

Destaca-se o projeto desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz do Sul, no Rio Grande do Sul, neste período de quarentena e restrições sanitárias, batizado de *Tela Maria da Penha*, que está acontecendo nas cidades gaúchas de Santa Cruz e Montenegro. Ele tem como principal objetivo prestar assistência às vítimas de violência doméstica e familiar, fornecendo orientação sobre seus direitos previstos na Constituição Federal, Lei Maria da Penha e demais legislações infraconstitucionais. Objetiva-se realizar os atendimentos com privacidade e de forma humanizada, por meio de contato telefônico, com consulta gratuita e com muita privacidade. As vítimas que telefonam para o *Tele Maria da Penha* obtêm informações sobre seus direitos, medidas protetivas, como se proteger e afastar o agressor de sua convivência e qual resposta judicial procurar. Tudo feito de forma rápida, dinâmica e total discricção por bolsistas da graduação em direito, que possuem sensibilidade e devidas informações para tal atendimento. Este projeto de extensão evita também que as vítimas de violência procurem órgãos errados, circulem desnecessariamente em época de quarentena e demais restrições sanitárias.

São muitos pontos positivos que estão sendo alcançados, com atendimento das vítimas e esclarecimento de seus direitos. Busca-se a inserção comunitária da Universidade, por meio deste projeto humanista e que serve para mudar esta triste realidade. O projeto também proporciona uma melhor interação entre a sociedade e a Universidade, além do que proporciona aos alunos do Curso de Direito de Santa Cruz e de Montenegro, mais um local para colocar em prática seus conhecimentos.

E, finalmente, os apontamentos supracitados vão ao encontro do que pontuam Lima<sup>48</sup> e demais no que tange à extensão, que se caracteriza em meio facilitador e promissor pelo qual a Universidade tem a oportunidade de levar até a comunidade os conhecimentos dos quais é detentora, ou seja, é a forma pela qual ela encontra de democratizar o conhecimento e fazer com que este chegue até àqueles que não são universitários.

O problema de violência doméstica praticada contra a mulher é um problema de todos, e assistimos ao seu crescente neste período de restrições sanitárias causadas pela pandemia de COVID-19. Estas são algumas ideias e considerações do que pode ser feito, tanto na área jurídica e social para que ocorra a ajuda às vítimas e a consequente mudança desta realidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico tem como objetivo principal demonstrar o crescimento dos números de feminicídio durante a pandemia de COVID-19 e a necessária resposta jurídica e social com relação a esta realidade.

Para alcançar o objetivo proposto desenvolveu-se a pesquisa com três tópicos, abordando, em um primeiro momento a violência doméstica praticada contra a mulher, trazendo aspectos históricos, tanto no Brasil como no mundo, aspectos que influenciaram

---

47 UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. O que é extensão universitária? 2013. Disponível em: <http://www.proex.ufes.br/o-que-%C3%A9-extens%C3%A3o-universit%C3%A1ria>. Acesso em: 29 abr. 2020.

48 LIMA, Maurícia Cristina de LIMA; CLAPIS, Maria José. Estudantes aprendem fazendo com significado. In: DEBALD, Blasius (Org.). *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Porto Alegre: Penso, 2020, p. 46.



diretamente na cultura patriarcal. Esta responsável, e muito, pela violência, uma vez que estabelece, culturalmente, a total subjugação da mulher pelo homem, inclusive, justificando a violência praticada.

Em um segundo momento, por meio de índices e estudos que foram realizados e publicizados, por órgãos oficiais, durante a pandemia que estamos enfrentando, demonstrou-se que ocorreu um aumento da violência doméstica praticada contra a mulher, da mesma forma os motivos para o aumento. A mulher, neste período está vivendo muito mais próxima ao agressor. Neste ambiente de *stress* e desrespeito, também há o agravamento que ocorre por meio do desemprego, dificuldades econômicas que a pandemia trouxe. Esta convivência tóxica, somada aos problemas de alcoolismo e outros vícios, culmina na explosão da violência. Em um primeiro momento os números foram menores, conforme se demonstra no presente, se comparados aos outros anos, o que leva a concluir que não houve necessariamente uma diminuição, mas uma subnotificação dos casos de violência.

E, finalmente, foi analisado o aumento nos números de feminicídios que está acontecendo durante a pandemia e a necessária resposta jurídica e social que deve acontecer para mudança desta realidade. Esta resposta, de forma jurídica, veio por meio da tipificação do feminicídio, como uma das formas de homicídio qualificado, conforme se demonstrou, o que enseja uma punição mais severa. Esta determinação legal, a partir de 2015 foi muito positiva. E a resposta social deve vir por meio de canais de denúncia *online*, formas de publicização, uso de tornozeleiras para monitoramento dos agressores e também a participação das universidades, por meio da extensão universitária.

Descreveu-se a experiência de extensão que está sendo desenvolvida pela Universidade de Santa Cruz – UNISC, nas cidades gaúchas de Santa Cruz do Sul e Montenegro cuja experiência é excelente para o desenvolvimento e crescimento pessoal e profissional dos discentes do curso de Direito. Com a extensão universitária, voltada ao auxílio de vítimas de violência doméstica, elucidando que a Universidade atua além dos seus muros, além da sala de aula. A inserção comunitária é outro ponto muito positivo: os alunos ajudarão a resolver problemas que a comunidade enfrenta, ou seja, a extensão é meio facilitador e, também, promissor onde a Universidade tem a oportunidade de levar para a comunidade os conhecimentos que ela possui.

Destaca-se, mais uma vez, que o problema da violência doméstica praticada contra a mulher é um problema de todos. A sociedade, órgãos jurídicos e universidades devem se mobilizar para auxiliar e ajudar a mudar esta triste realidade.

## REFERÊNCIAS:

AGÊNCIA BRASIL. *Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia*: Números da violência contra a mulher caíram em apenas três estados. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ALERTA DE COVID 19. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=n%C3%BAmeros+de+mortes+pelo+coronavirus+no+brasil+hoje>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019\\_05jun\\_vers%C3%A3o-coletiva.pdf](https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf). Acesso em: 10 ago. 2020.

- BARBOSA, R. Jeová. *Feminicídio no Brasil: Raízes, estratégias e resultados*. Edição do autor, 2018.
- BARROS, Franciso Dirceu.; SOUZA, Renee do Ó.; *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019.
- BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. trad. KÜHNER, Maria Helena. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. Salvador: Editora Podivm, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: [https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf). Acesso em: 27 jul. 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: *Nota Técnica sobre a “Violência doméstica durante a pandemia de covid-19, v.03*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.
- GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2020.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*; tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- INSTITUTO MARIA DA PENHA. *O que é violência doméstica*. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- LAGE, Lana.; NADER, Maria Beatriz.; *Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social*. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M.; (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012.
- LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; MACIEL, Daniel Antunes; CIDEÇO, Cláudia Torres. *Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva*. *Cad. Saúde Pública*, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2020000300301](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000300301). Acesso em: 19 maio 2020.
- LIMA, Maurícia Cristina de LIMA; CLAPIS, Maria José. *Estudantes aprendem fazendo com significado*. In: *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Organizador: Blasius Debald. Porto Alegre: Penso, 2020.
- LIMA, Maurícia Cristina de LIMA; CLAPIS, Maria José. *Estudantes aprendem fazendo com significado*. In: DEBALD, Blasius (Org.). *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Porto Alegre: Penso, 2020.
- LINTZ, Sebastião. *O crime, a violência e a pena*. Campinas: Julex, 1987.
- MATOS, Marlise. *A democracia não deveria parar na porta de casa: a criação dos índices de tradicionalismo e de destradicionalização de gênero no Brasil*. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi (Orgs.). *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- MELLO, Adriana Ramos de. *Aspectos gerais da lei*. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi. (Orgs.). *Violência Doméstica e familiar contra a mulher. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL: *Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. Indicadores da violência contra a mulher geral e por município 2020 (.xlsx 5,63 MBytes). Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202008/12152323-violencia-contra-a-mulher-publicacao-julho2020.xlsx>. Acesso em: 26 ago. 2020.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1999.

SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. 2. Reimpressão. São Paulo: Contexto, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. O que é extensão universitária? 2013. Disponível em: <http://www.proex.ufes.br/o-que-%C3%A9-extens%C3%A3o-universit%C3%A1ria>. Acesso em: 29 abr. 2020.

XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

---

**Recebido em:** 17/08/2020

**Aprovado em:** 14/12/2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. O aumento do número de feminicídios durante a pandemia e a necessária resposta jurídica e social. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.460-476, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-29.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# BREVE HISTORIA RECIENTE DE LAS MIGRACIONES HASTA LA ACTUALIDAD DEL COVID-19

## BRIEF RECENT HISTORY OF MIGRATIONS TO THE PRESENT COVID-19

Pedro Garrido Rodríguez<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Los movimientos migratorios son procesos extremadamente complejos, heterogéneos y diversos<sup>2</sup>. Todos los pueblos viven o han vivido fenómenos migratorios y se ven influenciados por ellos. En la historia reciente, estos procesos se han ido incrementando y su impacto se ha ido haciendo cada vez más visible. También han ido cambiando. Muestra de ello es que países principalmente emisores de flujos migratorios han pasado a ser receptores y viceversa. La situación de pandemia provocada por el COVID-19 ha agravado todavía más las ya de por sí difíciles condiciones de las personas que migran.

**Palabras Clave:** migraciones; derechos humanos; refugiados; migrantes y covid-19.

**ABSTRACT:** Migratory movements are extremely complex, heterogeneous and diverse processes. All nations have or have experienced migratory phenomena and are influenced by them. In recent history, these processes have been increasing and their impact has become more visible. They have also been changing. Proof of this is that countries that are mainly emitters of migratory flows have become receivers and vice versa. The pandemic situation caused by COVID-19 has further aggravated the already difficult conditions of people who migrate.

**Keywords:** migrations; human rights; refugees; migrants and covid-19.

---

1 Doctor por la Universidad de Salamanca. Docente de los Programas de Posdoctorado de Derechos Humanos DHPCBE y GDHDS de la Universidad de Salamanca; EIPPPD y EIPPS de la Universidade Portucalense, Oporto. Miembro investigador del Instituto Jurídico Portucalense, (UPT, Oporto) y del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos (USAL).

2 Para una visión panorámica de los movimientos migratorios a lo largo de la historia y sus implicaciones, resultan especialmente reseñables: DOLLLOT, Louis. *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971; BLANCO, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000; MALGESINI, Graciela. *Cruzando fronteras. Las migraciones en el sistema mundial*. Icaria: Fundación Hogar del Empleado. Barcelona, 1998; PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997; FERNÁNDEZ-RUFETE, José; GARCÍA JIMÉNEZ, Modesto (Eds.) *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2005; MONTES DEL CASTILLO, Ángel; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> José (Eds.) *Migraciones, cultura y desarrollo*. Murcia: Universidad de Murcia, 2008; MARRODÁN, Dolores; PRADO, Consuelo (Coords.) *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1994; BADE, KLAUS J.. *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*. Barcelona: Crítica, 2003; IBARROLA-ARMENDARIZ, A.; H. FIRTH, C. (Eds.) *Migraciones en un contexto global: transiciones y transformaciones como resultado de la masiva movilidad humana*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007; CHALIAND, G. *Atlas historique des migrations*. Paris: Editions du Seuil, 1994; GAIGNÉ, C. *Aging nations and the future of cities*. Centre for Economic Policy Research. London, 2004; LEWIS, G. *Human migration: a geographical perspective*. London: Croom Helm, 1982.

## 1 INTRODUCCIÓN

Los movimientos migratorios existen desde el principio de los tiempos. Ya a partir del 9.000 a.C. comienza la Revolución Neolítica, que se extiende lentamente desde Oriente Medio hacia otras regiones de Europa gracias a las migraciones.

Durante la Edad Contemporánea, las migraciones adquieren un enorme volumen y una tipología más diversa que sólo puede comprenderse en su conjunto desde un enfoque pluridimensional que integre todas sus variables. Habría que discernir entre dos periodos fundamentales: las migraciones entre 1850 y 1973 y las migraciones desde 1973 hasta la actualidad. El incremento de la presión migratoria en los estados industrializados comienza a percibirse como un problema a resolver y se empieza a contemplar también con mayor receptividad la dimensión sociocultural y política de las migraciones y no solamente el factor económico, preponderante hasta ese momento. Si a ello le sumamos los cambios producidos a consecuencia de la pandemia mundial actual, la cuestión se torna complejísima. El objeto de aportar algo de claridad sobre este fenómeno motiva esta investigación.

## 2 BREVE HISTORIA CONTEMPORÁNEA DE LAS MIGRACIONES

En el periodo que va desde 1850 hasta 1973m se produce una importante diversificación de los tipos de las migraciones. Cristina Blanco<sup>3</sup> diferencia entre dos subprocesos migratorios: el de los inicios de la industrialización (1850-1920) y el de la consolidación económica y política del mundo occidental tras la 2ª Guerra Mundial (1945-1973).

En el primer periodo, el de los inicios de la industrialización (1850-1920), los principales flujos migratorios son: corrientes migratorias espontáneas, que van desde Europa hasta las colonias del Nuevo Mundo; corrientes migratorias forzadas, que parten de las colonias asiáticas con destino hacia otras colonias europeas y corrientes migratorias dirigidas, desde la Europa menos desarrollada hacia la Europa que comienza a industrializarse. También habría que señalar aquí la importancia de los flujos intranacionales del campo a la ciudad, que adquieren gran volumen en este periodo de industrialización<sup>4</sup>.

Los principales destinos son EEUU y la Europa industrial. EEUU recibe entre 1800 y 1930 más de 40 millones de europeos en busca de tierras, autonomía y libertad, frente a las poco atractivas expectativas de proletarización que les ofrecía su Europa natal. EEUU no impuso restricciones a la inmigración hasta 1880. En Europa, Gran Bretaña, Alemania y Francia fueron los países donde la inmigración fue más acusada. Gran Bretaña fue el primer país europeo afectado por este proceso inmigratorio a gran escala. Su primera gran oleada inmigratoria estuvo protagonizada por irlandeses atraídos por la incipiente industria británica, movidos también por la precariedad de su agricultura y la escasa competitividad de su pequeña industria en comparación con la de Gran Bretaña. En 1851, había 700.000

---

3 BLANCO, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p.38.

4 En España, es ilustrativo el caso de Madrid, que experimentó entre 1850 y 1900 un crecimiento demográfico de casi el 150%, pasando en dicho intervalo de 221.707 habitantes a 539.835. Como señala Carballo Barral, de la Universidad Complutense de Madrid: *La mayoría de los movimientos migratorios interiores acaecidos desde mediados del siglo XIX en España estuvieron ligados a la nueva organización socioeconómica y a los diversos procesos desamortizadores liberales, a los cambios en el comportamiento demográfico y a la dualidad existente tanto en el sistema hereditario como en la distribución y propiedad de la tierra en el conjunto español. Estos factores coadyuvaron a la expulsión poblacional de vastas zonas rurales del interior con dirección a Madrid y a las zonas mineras e industriales del País Vasco o Cataluña*. El autor realiza en su artículo un análisis del proceso de creación de redes de apoyo a la inmigración rural y su integración en la ciudad a partir de vínculos familiares, de parentesco y de paisanaje. (CARBALLO BARRAL, Borja. "Redes familiares en la inmigración hacia el Ensanche Este de Madrid (1860-1878)". En Revista Electrónica *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Coloquios, 2008. Disponible en: <https://journals.openedition.org/nuevomundo/30993>).



irlandeses en Gran Bretaña, empleados la mayoría en duros trabajos de la industria textil y en la construcción de canales y vías férreas. La segunda gran oleada fue la de los judíos huidos de Rusia. Fueron alrededor de 120.000 en el intervalo de 1875 a 1914. Estas migraciones fueron en su mayoría definitivas. Los inmigrantes tuvieron una nacionalización accesible y las terceras generaciones de descendientes ya ocupaban puestos importantes sociolaboralmente. Alemania tuvo un proceso de reclutamiento forzado y de carácter temporal. Los terratenientes del este activaron una inmigración estacionaria de polacos y ucranianos en condiciones de trabajo muy duras y mediante un sistema que impedía el asentamiento permanente. Francia fue el lugar de destino de una importante corriente migratoria espontánea. La nueva industria originó una creciente necesidad de fuerza de trabajo en tareas que los franceses trataron de evitar en la medida de lo posible. Así, en 1911 había en Francia 1,2 millones de extranjeros, esto es, el 3% de la población.

Respecto al segundo periodo, el de la consolidación occidental (1945-1973), tuvieron lugar importantes cambios. El más significativo es que los países menos desarrollados hacen de emisores, pero también de receptores de flujos migratorios. Así, se establecieron redes regionales de corta distancia con sus países colindantes. Por ejemplo, Argentina en Sudamérica recibió a numerosos inmigrantes de Chile, Bolivia y Paraguay. En África, Sudáfrica, Nigeria y Mauritania se convirtieron en lugares de inmigración regional. Los países productores de petróleo de Oriente Medio se transformaron también en destino de trabajadores de Asia y norte de África.

Por otra parte, desaparecieron algunos movimientos de larga distancia, como los de los trabajadores asiáticos reclutados forzosamente hacia colonias europeas en el Nuevo Mundo; disminuyó la emigración europea hacia EEUU; surgieron nuevas redes intercontinentales en Sudamérica, África y Oriente Medio; aumentó la inmigración europea proveniente de la Europa menos industrializada y de las antiguas colonias, y se inició un cambio de dirección en las migraciones intercontinentales entre Sudamérica y Europa.

Los movimientos de trabajadores hacia Europa aumentaron. Principalmente con los trabajadores "invitados" por los países de destino y los provenientes de las antiguas colonias, que marcharon hacia la antigua metrópoli. Los trabajadores "invitados" fueron reclutados de manera acordada por los países emisores y receptores. Es el caso de Gran Bretaña, Bélgica, Francia, Suiza, Holanda y Alemania, que incorporaron trabajadores de países como Italia, Grecia, España, Portugal, Yugoslavia, Marruecos, Turquía y Túnez. Este sistema promovía el trabajo temporal y obstaculizaba el asentamiento permanente. Sin embargo, a pesar de las restricciones, el desplazamiento terminó siendo permanente en multitud de ocasiones. Por su parte, los trabajadores de las antiguas colonias supusieron otra partida importante de inmigración. Son ejemplo de ello los numerosos irlandeses y personas provenientes de la Commonwealth que emigraron a Gran Bretaña; los trabajadores procedentes de Argelia, Marruecos, Túnez, Senegal y Mauritania que marcharon a Francia, o los indonesios y caribeños que fueron a Holanda.

A partir de la 2ª Guerra Mundial, las migraciones sufrieron cambios sustanciales. Se añadieron nuevas corrientes migratorias con características igualmente novedosas. En este sentido, es fundamental la intervención de los Estados no sólo en las migraciones relacionadas con acontecimientos políticos, sino una intervención extendida a todos los tipos de migración. Prueba de esto es la creación por parte de éstos de ministerios de inmigración, la firma de convenios y tratados multilaterales, el establecimiento de leyes o la institución de acuerdos internacionales sobre la materia.

Por su parte, Louis Dollot señala que el ambiente beligerante previo a la 1ª Guerra

Mundial provocó un paulatino descenso de los flujos migratorios clásicos<sup>5</sup>. En primer lugar, se redujeron las migraciones transoceánicas, quedando prácticamente interrumpidas años después, con la crisis económica de 1929. Ésta es causante también del término de las grandes migraciones continentales. Al inicio de la 2ª Guerra Mundial, la emigración europea era bajísima. Prueba de ello es que en 1938 había sólo 100.000 emigrantes, frente a 600.000 en 1927 y 1.400.000 en 1913. Hay causas de diversa índole que influyen en este cambio: en los países nuevos cada vez hay menos espacio útil para asentarse y menos necesidad de fuerza de trabajo extranjera; los Estados establecen impedimentos a las migraciones; el desarrollo industrial en Europa exige mano de obra, lo que absorbe una gran cantidad de emigrantes potenciales; los países aplican políticas proteccionistas priorizando a su población nacional. Estas políticas proteccionistas y nacionalistas dieron como resultado un descenso pronunciadísimo de los flujos migratorios en 1929. La ligera reactivación producida en los años previos a la 2ª Guerra Mundial se caracterizó por un proceso de corrientes migratorias invertidas, es decir, los países de emigración pasaron a ser países de inmigración y viceversa. En 1939 había ya un equilibrio entre los movimientos de emigración y de inmigración.

En este contexto del S. XX, las migraciones forzadas de refugiados y desplazados adquirieron una dimensión sin precedentes. Las tensiones políticas y bélicas acontecidas en la comunidad internacional durante el S. XX propiciaron que poco a poco se fuera conformando una red cada vez más amplia de movimientos migratorios de esta índole que se fue extendido a nivel mundial. Durante la primera mitad del S. XX, estos desplazamientos estuvieron causados por luchas armadas, la descomposición de imperios y de Estados, el nacionalismo más radical y beligerante y los regímenes dictatoriales europeos. En Europa, los primeros grandes movimientos de refugiados estuvieron motivados por el inicio de las guerras balcánicas en 1911-1912, estando especialmente implicados búlgaros, griegos y turcos. El hundimiento de Rusia y la revolución bolchevique de 1917 provocaron 1.500.000 refugiados rusos que tuvieron que abandonar el país y refugiarse en Europa Occidental y el Extremo Oriente. El Tratado de Lausana<sup>6</sup> hizo que 1.300.000 griegos y 400.000 turcos se vieran obligados a regresar a los países de procedencia. En los años siguientes al fin de la I Guerra Mundial, hubo alrededor de 9,5 millones de europeos desplazados<sup>7</sup>. Las dictaduras de España, Italia y Alemania originaron numerosos desplazamientos, ejemplo de ello es el millón y medio de alemanes, mayoritariamente judíos, que tuvieron que abandonar Alemania en el intervalo 1933-1939. La II Guerra Mundial provocó el desplazamiento de cuarenta millones y medio de europeos, el más cuantioso de la historia.

Durante la segunda mitad del S. XX, la cuestión de los refugiados se ha ido trasladando a todo el planeta y ha ido acrecentándose su complejidad. En la década de los cuarenta y cincuenta se produce en Asia la descomposición de varios estados. La separación de la India en los estados de India y Pakistán provocó el movimiento de 15 millones de personas entre ambos países. La división de Corea en Norte y Sur ocasionó el intercambio de 5 millones

---

5 DOLLON, Louis. *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971, p.97-120.

6 El Tratado de Lausana fue firmado el 24 de julio de 1922 en la ciudad suiza de Lausana entre los gobiernos de Grecia, Turquía y los Estados aliados de la Primera Guerra Mundial. El acuerdo concedía a Turquía la Tracia oriental, las islas de Imbros y Tenedos y garantizaba la integridad de la minoría griega en Turquía, así como la de la minoría turca en Grecia. Sin embargo, el acuerdo también suponía que la mayoría de la población griega de Turquía era trasladada a Grecia y del mismo modo una gran parte de la población turca de Tracia se trasladaba a Turquía.

7 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.93-120. Las autoras señalan tres constantes hasta la llegada de la 2ª Guerra Mundial: el fortalecimiento del estado-nación, el volumen creciente de refugiados y un ambiente poco receptivo a los inmigrantes por parte de los países receptores.

de coreanos entre los dos territorios. La división de Vietnam en Vietnam del Norte y Vietnam del Sur produjo el desplazamiento entre ambos de un millón de personas. Desde la Guerra entre árabes e israelíes de 1948 numerosos palestinos, 2,7 millones en 1993, han tenido que desplazarse. En los años sesenta y setenta, la descolonización de muchos países de África como Argelia, Angola, Ruanda o Zaire estuvo inmersa en conflictos sociales y situaciones violentas que causaron numerosos desplazamientos dentro del continente. La Guerra Fría también tuvo su efecto en esta problemática, pues las potencias implicadas intervinieron en conflictos internos de otros países como Camboya, Afganistán, Angola o Mozambique, agravando así la situación.

Volviendo al tema general de las migraciones, Louis Dollot diferencia entre dos tipos de grandes movimientos internacionales después de 1945: las migraciones políticas: *producto de los desplazamientos de fronteras, de transferencias de soberanía de cambios de régimen, factores demográficos y una política de población o malthusiana que pueden representar un papel accesorio* y las migraciones económicas: *tendientes, para los expatriados provisionales o definitivos, a una promoción social y a la consecución de un nivel de vida mejor; para los países receptores, al desarrollo industrial y agrícola y a la expansión*<sup>8</sup>.

El periodo que va desde 1973 a la actualidad está precedido por un enorme crecimiento económico de Europa Occidental<sup>9</sup>, lo que promovió un gran flujo migratorio. Los grandes núcleos industriales del momento, esto es, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Inglaterra, Francia y Bélgica, se nutrieron de numerosos inmigrantes llegados desde los países vecinos del sur, principalmente Italia, Portugal, España y Grecia. Desde 1960 hasta 1973, esta mano de obra inmigrante tuvo una enorme importancia económica en los países desarrollados y fue crucial para que desde 1960 hasta la crisis de 1973 sus índices de producto nacional bruto crecieran en torno al 4% anual<sup>10</sup>. En 1950 había ya unos cinco millones de trabajadores extranjeros en los catorce países que integraron la UE antes de 2004 y la cifra aumentó considerablemente. Entre 1960 y 1973 se duplicó incluso el número de residentes de 3,3 a 6,6, en los doce países que eran comunitarios entonces, llegando a representar la población extranjera en torno al 6% del total. A lo largo de la década de los 60, los principales países receptores de inmigración, concebían a sus sociedades como culturalmente homogéneas y no veían las repercusiones culturales, sociales y políticas que la presencia cada vez más creciente de inmigrantes iba a generar a largo plazo<sup>11</sup>.

Con la crisis del petróleo de 1973, estas corrientes migratorias sufrieron un fuerte descenso. El considerable aumento de la inmigración de la década anterior, la recesión provocada por la crisis del petróleo y el proceso de cambio del sector industrial al sector servicios en las economías europeas, hicieron que la mayoría de países europeos establecieran condiciones de entrada a los inmigrantes más restrictivas que combinaban a su vez con programas de retorno. Superada la recesión económica, a lo largo de la década de 1980 se

---

8 DOLLLOT, Louis. *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971, p.109.

9 PANADERO MOYA, Miguel. Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria. En: PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997, p.15-26. Panadero Moya hace también en este capítulo un análisis de la población extranjera en la Unión Europea, con la distinción entre la población extranjera con y sin ciudadanía europea.

10 HIDALGO, Paloma. Los desplazamientos humanos en una perspectiva histórica. De las migraciones en la Edad Antigua a la emigración atlántica y post-bélica europea. En: MARRODÁN SERRANO, D.; PRADO MARTÍNEZ, C. (Coords.): *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1994.

11 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.93-120. Las autoras realizan además un recorrido exhaustivo por las migraciones internacionales a lo largo del siglo XX, centrándose en los dos destinos con mayor volumen de población inmigrante: América y Europa.

produjo una importante transformación en los flujos migratorios. Los países de Europa del sur, principalmente Italia, España y Grecia, cambiaron el sentido de sus corrientes migratorias, pasando a ser destino de la inmigración extranjera. Aparte, los países de Europa del norte, que habían sido países de recepción en las décadas anteriores, trataron de estabilizar sus flujos migratorios imponiendo fuertes restricciones a la inmigración en sus diferentes modalidades: inmigración regular, inmigración irregular y asilo. Sin embargo, junto a estas políticas restrictivas, hubo también una ampliación de los derechos de los trabajadores migratorios. Así, en Suecia y Holanda se implementó el asociacionismo, se facilitó el aprendizaje y el mantenimiento de la lengua materna, se fomentó la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y se permitió a los inmigrantes participar en las votaciones locales<sup>12</sup>.

Desde principios de los años 90, todos los países de la UE se han transformado en países receptores de inmigración, siendo la existencia de relaciones previas un criterio de gran importancia en la intensidad de sus flujos migratorios. Ejemplo de ello son los indo-paquistaníes que emigran a Inglaterra, los turcos que se dirigen a Alemania, los magrebíes que parten hacia Francia y España y los iberoamericanos que llegan también a este último país. Una constante de estos años ha sido el considerable incremento de la presión migratoria, fundamentalmente por el Este, con la caída del comunismo; y por el Sur de Europa, fundamentalmente desde África y desde Latinoamérica, por los vínculos de España y Portugal con sus antiguas colonias. La inmigración irregular ha crecido desmesuradamente en este decenio, en respuesta a lo cual los países europeos han articulado diversas medidas. Éstas son básicamente de dos tipos: la regularización de inmigrantes en situación irregular, atendiendo a criterios como el tiempo de residencia, el desempeño de un trabajo, etc.; y la deportación o privación de entrada en la misma frontera, que en muchos casos va acompañada de una sanción para los empleadores y las compañías de transporte. Junto a la inmigración irregular, los estados han prestado especial atención en la década de los 90 al incremento de las solicitudes de asilo, sobre todo en los primeros años de la década. Las condiciones para su concesión han sido fuertemente endurecidas para disuadir a potenciales inmigrantes económicos encubiertos bajo una solicitud de asilo. Las políticas de inmigración de los países europeos a lo largo de los 90 se han centrado fundamentalmente en las restricciones a la entrada, descuidando el objetivo de la integración de los inmigrantes y sus familias<sup>13</sup>.

En el inicio del S. XXI, se ha intentado avanzar en favorecedora de una política migratoria comunitaria y se ha experimentado una cierta apertura hacia la inmigración, aunque ésta se ha ido apagando con el agravamiento de los conflictos sociales el aumento de la xenofobia. La política migratoria francesa presentada en 2002 por el Alto Consejo de la Inmigración, se centraba en la reducción de las restricciones y en la lucha contra la discriminación. En Alemania, donde se puso en 2001 la Tarjeta Verde para 20.000 técnicos informáticos, la ley de 2003 marca dos caminos para obtener el permiso de trabajo: personal cualificado con capacidades necesarias en el país que tenga una oferta de trabajo y personal cualificado seleccionado mediante un sistema de puntos<sup>14</sup>.

El modelo migratorio ha sufrido pues, cambios vertiginosos en las últimas décadas. Para Panadero Moya<sup>15</sup>, las características del modelo migratorio actual en la Unión Europea son: 1.)

---

12 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.93-120.

13 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.116.

14 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.93-120.

15 PANADERO MOYA, Miguel. *Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria*. En: PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997, p.25-26.

*El escaso volumen de sus manifestaciones; 2.) La tendencia a la consolidación de la población extranjera residente en su territorio y 3.) La promulgación de estrictas regulaciones nacionales que sujetan a los inmigrantes procedentes de terceros países carentes de la ciudadanía de la Unión Europea.*

A lo largo de este periodo han surgido nuevas pautas migratorias: se ha acrecentado muy significativamente el volumen de las corrientes migratorias; se han ensanchado las redes migratorias; han aparecido nuevos países de emisión y recepción de inmigrantes; y se han diversificado los tipos y las formas de los movimientos migratorios. Todos estos cambios han conferido a las migraciones una entidad y una importancia social nunca antes vistas. Cristina Blanco<sup>16</sup> sostiene que este carácter global identitario de las migraciones internacionales actuales se percibe principalmente en tres dimensiones: el incremento del volumen de migrantes, la ampliación de las redes migratorias y la diversificación de los tipos migratorios.

El aumento del volumen de migrantes es patente en las últimas décadas. Según la ONU, en 1965 había 76 millones de personas residiendo fuera de su país de nacimiento, en 1995 eran ya 125 millones. No sólo los países más desarrollados son los receptores de este aumento, factores como el establecimiento de redes migratorias entre los lugares en vías de desarrollo o las férreas restricciones a la inmigración puestas en práctica por los países más poderosos explican que países menos desarrollados reciban un fuerte volumen de inmigración.

La ampliación de las redes migratorias, acontecida durante los años 80 y 90, ha ayudado en gran medida a consolidar un complejo tejido de flujos migratorios internacionales. En esencia, las redes desde el sur hacia el norte y las transoceánicas son las más significativas, seguidas de las redes del interior de Asia y las del interior de África. Tras la caída del muro de Berlín, cobran gran importancia las migraciones de este a oeste, siendo Alemania, Suiza y Dinamarca los principales receptores de inmigración procedente de la antigua Yugoslavia y la antigua Unión Soviética.

La diversificación de los tipos migratorios ha sido enorme en las últimas décadas. Han aumentado muchísimo los tipos y las formas de migración. Aunque las migraciones más comunes son las de causa económica, también hay otros tipos de migraciones que o antes no existían o tenían una dimensión mucho menor a la que poseen en la actualidad.

Los refugiados y desplazados son un ejemplo de ello. Aunque, como antes se ha señalado, este tipo de migraciones forzadas tienen un largo recorrido histórico con raíces en la Antigüedad, en las últimas décadas esta problemática ha ido afectado a un volumen cada vez mayor de países y de personas, extendiéndose además a un nivel planetario. Según ACNUR, en 1960 había 1,4 millones de refugiados en el mundo, en 1995 la cifra ascendía a 27 millones y a finales de 2009 eran ya 36,4 millones<sup>17</sup>. Sin embargo, como indica Klaus J. Bade<sup>18</sup>, dentro del contexto nacional, europeo e internacional, las políticas de inmigración optan mayoritariamente por medidas restrictivas contra la inmigración de

---

16 BLANCO, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p.34-56.

17 Más en concreto, la cifra a finales de 2009, según ACNUR, es de 36.460.306 personas, 10.396.540 refugiados, 983.420 solicitantes de asilo, 15.628.057 desplazados internos, 2.481.018 retornados, 6.559.573 apátridas y 411.678 en peligro objeto de interés por parte de la organización. En: Agencia de la ONU Para los Refugiados *La historia de los refugiados en estadísticas*. ACNUR. 2009. Recurso electrónico: <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadísticas>.

18 BADE, Klaus J.. Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX. En: FERNÁNDEZ-RUFETE, J.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. (Eds.): *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio, 2005.



refugiados y solicitantes de asilo antes que por medidas que luchen contra las causas de la huida en los países de procedencia.

La problemática de los refugiados y solicitantes de asilo representa un punto límite donde la universalidad de los Derechos Humanos es puesta a prueba. Dado que es la comunidad política la que garantiza a los individuos sus derechos básicos, lo que está en juego en el caso del refugiado es el propio derecho a tener derechos<sup>19</sup>.

La actualidad más reciente nos sitúa en la complejísima y hasta ahora inédita coyuntura del COVID-19. Al igual que ocurre con todos los colectivos -y especialmente los más vulnerables-, la pandemia no ha hecho más que hacer todavía más difícil la situación de las personas migrantes. La Agencia de las Naciones Unidas para lo Refugiados (ACNUR), refiere que en el año 2020 hay 79,5 millones de personas desplazadas en el mundo. Si se compara esta cifra con los datos de 2018, en la que hubo 68,5 millones, puede percibirse un aumento de 11 millones de personas.

Los refugiados y otras personas desplazadas son parte de los miembros más marginados y vulnerables de la sociedad. Están particularmente en riesgo durante este brote de COVID-19 porque a menudo tienen acceso limitado al agua, los sistemas de saneamiento y las instalaciones de salud. Más del 80 por ciento de los refugiados del mundo y casi todos los desplazados internos del mundo están alojados en países de bajos y medianos ingresos.

Ante esta situación, ACNUR está actuando en todo el mundo con proyectos de sensibilización, asesoramiento y apoyo logístico. En Brasil, se están formando áreas de aislamiento para casos sospechosos en Boa Vista y se están distribuyendo paquetes de higiene a comunidades indígenas en Belém y en Santarém. En Colombia, se han creado más de 30 líneas de ayuda telefónica para ofrecer asesoramiento a personas refugiadas e inmigrantes procedentes de Venezuela. En Venezuela, ACNUR está ofreciendo una respuesta con recursos médicos y asistencia técnica. En México, está dando información y equipamiento para albergues, con el fin de poder establecer áreas de aislamiento. También está localizando entre las personas refugiadas a personal médico que podría prestar una importante labor de ayuda.

Ya en África, en Uganda se están tomando medidas especiales de prevención, sensibilizando sobre hábitos de higiene, distribuyendo material desinfectante y apoyando la capacitación del personal de salud. En Etiopía, los socios de ACNUR se encuentran contratando y capacitando a personas refugiadas en labores de concienciación sobre el distanciamiento interpersonal, lavado de manos e higiene respiratoria.

En Siria, se están llevando a cabo actividades de información sobre buenos hábitos de higiene y se está capacitando personal médico para posibles intervenciones. En Irak, se están comprando equipos de protección para su empleo en fronteras y campos de refugiados. ACNUR ha enviado 4,4 toneladas de equipamiento médico a Irán como medida de apoyo a su debilitado sistema de salud.

En Grecia, se están aumentando los servicios de agua, saneamiento e higiene en los lugares en los que se concentra mayor población refugiada en las islas del Mar Egeo. En ellas, hay 35.000 personas refugiadas en centros y asentamientos con una gran superpoblación.

Estas son algunas de las más importantes iniciativas puestas en marcha hasta el momento por ACNUR, que ha hecho un llamamiento de emergencia por el coronavirus.

Cáritas ha alertado de la desprotección a las que están expuestos los pueblos de la Amazonía. En este sentido, está apoyando, en coordinación con el Consejo Indígena Misionero,

---

19 DE LUCAS, Javier. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Ed. Icaria, 1996.

a las comunidades indígenas de Amazonas y Roraima y de la cuenca del río Tapajós. Ha señalado el grave riesgo de contagio debido al aumento de las invasiones de territorios. Lo que supone un grave peligro más cuando se trata de comunidades con un sistema de salud muy precario. El apoyo se centra en la prevención y en la protección frente a la pandemia y en el apoyo al Estado en la aplicación de medidas urgentes que eviten consecuencias irreversibles en las comunidades indígenas.

Cruz Roja está llevando a cabo actuaciones reseñables. Destaca la elaboración de una Guía de actividades para el manejo del confinamiento en familia. Está realizando intervención familiar con niños, basada principalmente en el acompañamiento psicosocial. Está llevando a cabo cuidado alternativo a niños y adolescentes que se encuentran separados de sus familias biológicas y bajo el sistema de protección a la infancia. También es destacable su iniciativa del Servicio Multicanal Seracogedor, esto es, apoyo a las familias de acogida y a los profesionales de servicios sociales a través de los recursos digitales

Para finalizar, las actuales políticas restrictivas de inmigración han favorecido directa o indirectamente la aparición de otros tipos migratorios. Los países desarrollados de Occidente han ido reforzando sus fronteras exteriores, sin embargo, esto no es por sí mismo una solución pues, como subraya Cristina Blanco: *Puesto que las causas más sangrantes de las migraciones permanecen invariables, los intentos de cruzar fronteras también permanecen invariables*. Por otra parte, el reconocimiento de la reunificación familiar como factor fundamental para la correcta integración del inmigrante ha generado un tipo de movimiento migratorio de enormes dimensiones.

Uno de los grandes problemas de la inmigración en la actualidad, con especial incidencia en Europa, es la inmigración ilegal. Existen diversos tipos dentro de esta forma de inmigración y diversas formas de expansión del sector irregular, principalmente en el área de la construcción, la limpieza, los trabajos de temporada y otros empleos complementarios o de sustitución. El empleo irregular siempre lleva implícitos dos componentes<sup>20</sup>: el empleado en situación irregular y el empleador, que actúa de manera ilegal.

Otros tipos de migraciones que han crecido en las últimas décadas son las resultantes de la globalización mundial de la economía o del aumento del nivel de vida de determinados países. Un ejemplo de ello es la llamada “fuga de cerebros” o migración cualificada, que aún no ha sido lo suficientemente estudiado a pesar de su dimensión cada vez más creciente. Estas migraciones, vinculadas a los niveles más altos de la estructura sociolaboral, han crecido con mucha fuerza a partir de los años 90 y apenas sufren limitaciones por parte de los controles migratorios. Por otra parte, está tomando un cierto volumen la inmigración de la tercera edad. Cada vez son más las personas provenientes de países desarrollados en situación de jubilación o inactividad que aprovechan para pasar largas temporadas en otros países con mejor clima o calidad de vida.

El fenómeno migratorio actual está extendido a nivel planetario, posee un grandísimo volumen y tiene una tipología diversa. El grado de complejidad que ha adquirido nunca antes en la historia se había visto.

Por último, la situación de pandemia provocada por el COVID-19 ha puesto en una situación límite a millones de personas en todo el mundo. Los colectivos más vulnerables

---

20 BADE, Klaus J.. Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX. En: FERNÁNDEZ-RUFETE, J.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. (Eds.): *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio, 2005.

son los que lo tienen más difícil. Una vez más, se demuestra que ante problemas globales, no sirven soluciones fáciles, simplistas y de corto alcance. Es momento de fortalecer la cooperación internacional y la multilateralidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C.. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

Agencia de la ONU Para los Refugiados. *Reforzando la educación de los refugiados en crisis*. Ed. ACNUR, 2018.

Agencia de la ONU Para los Refugiados *La historia de los refugiados en estadísticas*. ACNUR. 2009. Recurso electrónico: <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas>.

Asamblea General de Naciones Unidas. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015. Nueva York, 2015.

BADE, Klaus, J. *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*. Barcelona: Crítica, 2003.

BADE, Klaus J.. *Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX*. En: FERNÁNDEZ-RUFETE, J.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. (Eds.): *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio, 2005.

BALDERAS, G. *Cristianismo, sociedad y cultura en la Edad Media: una visión contextual*. Universidad Iberoamericana. México, D.F., 2008.

BAÑÓN HERNÁNDEZ, A. *Discurso e inmigración. Propuestas para un debate social*. Murcia: Universidad de Murcia, 2002.

BERNAT, J. S.; GIMENO, C. (Eds.) *Migración e interculturalidad: de lo global a lo local*. Universitat Jaume I. Castelló de la Plana, 2006.

BLANCO, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

CACHÓN, L.; LAPARRA, M. *Inmigración y políticas sociales*. Barcelona: Ed. Bellaterra, 2009.

CARBALLO BARRAL, Borja. "Redes familiares en la inmigración hacia el Ensanche Este de Madrid (1860-1878)". En Revista Electrónica *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Coloquios, 2008. Disponible en: <https://journals.openedition.org/nuevomundo/30993>.

CHALIAND, G. *Atlas historique des migrations*. Paris: Editions du Seuil, 1994.

CLARAMUNT, S.; PORTELA, E.; GONZÁLEZ, M.; MITRE, E. *Historia de la Edad Media*. Barcelona: Ariel, 1997.

DE LUCAS, Javier. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Ed. Icaria, 1996.

DOLLOT, Louis. *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971.

FERNÁNDEZ-RUFETE, José; GARCÍA JIMÉNEZ, Modesto (Eds.) *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2005.

GAIGNÉ, C. *Aging nations and the future of cities*. Centre for Economic Policy Research. London, 2004.

- GARCÍA FITZ, F.. *Edad Media: guerra e ideología: justificaciones jurídicas y religiosas*. Madrid: Sílex, 2003.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. "Crisis humanitaria de refugiados, cooperación internacional y desarrollo e integración europea". En: *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2018.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Inmigración y diversidad cultural en España. Su gestión desde la bonanza económica a la crisis*. Madrid: Ed. Fundamentos, 2014.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Inmigración y diversidad cultural en España. Un análisis histórico desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- HERRERA CARASSOU, R. La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones. Méjico D.F.: Siglo Veintiuno, 2006.
- HIDALGO, Paloma. Los desplazamientos humanos en una perspectiva histórica. De las migraciones en la Edad Antigua a la emigración atlántica y post-bélica europea. En MARRODÁN SERRANO, D.; PRADO MARTÍNEZ, C. (Coords.): *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1994.
- HOOPER, N.; BENNETT, M. *Atlas ilustrado la guerra en la Edad Media*. Madrid: Akal, 2001. Disponible en: <http://nuevomundo.revues.org/30993>.
- IBARROLA-ARMENDARIZ, A.; H. FIRTH, C. (Eds.) *Migraciones en un contexto global: transiciones y transformaciones como resultado de la masiva movilidad humana*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007.
- LEWIS, G. *Human migration: a geographical perspective*. London: Croom Helm, 1982.
- LITTLE, L.; ROSENWEIN, B.. *La Edad Media a debate*. Madrid: Akal, 2003.
- MALGESINI, Graciela. *Cruzando fronteras. Las migraciones en el sistema mundial*. Icaria: Fundación Hogar del Empleado. Barcelona, 1998.
- MARRODÁN, Dolores; PRADO, Consuelo (Coords.) *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1994.
- MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006.
- MITRE, E. *Introducción a la historia de la Edad Media europea*. Madrid: Istmo, 2004.
- MONTES DEL CASTILLO, Ángel; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> José (Eds.) *Migraciones, cultura y desarrollo*. Murcia: Universidad de Murcia, 2008.
- Naciones Unidas *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2019*. Ed. Naciones Unidas, Nueva York, 2019.
- PANDO BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. Paz; MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia; GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro (Dir. y Eds.) *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Madrid: Ed. Los Libros de la Catarata, 2016.
- PANDO BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. Paz; GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro; MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia (Eds.) *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M<sup>a</sup>. Esther Martínez Quinteiro*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquilafuente, N<sup>o</sup> 243, 2018.

PANADERO MOYA, Miguel. Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria. En: PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997, p.15-26.

PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997.

RODRÍGUEZ, G.. "Migraciones e Inmigraciones en las religiones: la diversidad religiosa en el Medioevo". En: *Historia*, vol. 27, nº 2, São Paulo, 2008.

TORRES, Francisco; GADEA, M<sup>a</sup>. Elena *Crisis, inmigración y sociedad*. Ed. Ágora, 2015.

---

**Recebido em:** 09.10.2020

**Aprovado em:** 14.12.2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

RODRÍGUEZ, Pedro Garrido. Breve historia reciente de las migraciones hasta la actualidad del covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.477-488, set./dez. 2020. Disponível em: <<http://XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX>>. Acesso em: dia mês. ano.





**Newton**

ISSN 1678-8729