

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB)

REVISTA DO PROGRAMA  
DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS



Seção  
*corpus:* **DIREITO E CRISE EM  
TEMPOS DE PANDEMIA**  
**A EMERGÊNCIA DE NOVOS MARCOS REGULATÓRIOS**

TOMO II - Jan-Abr 2021

v.20, nº 43

CONSULTOR:

Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto (PPGCJ/UFPB)

EDITOR-GERENTE:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo (PPGCJ/UFPB)

## Expediente

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facies: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras. QUALIS B1 (Direito).

Endereço: Prim@Facies – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil. Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacies>

### EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

#### **Coordenadora do PPGCJ:**

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

#### **Vice-Coordenador do PPGCJ:**

Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

#### **Editor Gerente da Prim@Facies:**

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

#### **Editores de área:**

Profa. Dra. Alana Ramos Araujo – UFCG, Campina Grande, Brasil

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

#### **Editores Assistentes:**

Andréa Neiva Coelho – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Bruna Agra de Medeiros – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Jaime Waine R. Manguiera – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Jaqueline Rosário Santana – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Maria Aurora Medeiros L. Costa – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Rafael Câmara Norat – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Tâmisa Rúbia Santos Do Nascimento Silva – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Thaynná Batista de Almeida – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Iasmin Madeiro Cordeiro – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Jaíne Araújo Pereira – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Matheus Victor Sousa Soares – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Stephany Yohanne Rolim Pereira – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

#### **Diagramação de capa, chamadas e redes sociais:**

Matheus Victor Sousa Soares – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

#### **Social Media:**

Jaqueline Rosário Santana – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

#### **Editorial:**

Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto – PPGD, Dom Helder Câmara, Brasil

**ISSN 1678-2593**

Conteúdo licenciado por Creative Commons (Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International – CC BY-NC-ND 4.0)



# PRIM@ FACIE

International Journal

Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

EDIÇÃO ESPECIAL

Direito e crise em tempos de pandemia: a emergência de  
novos marcos regulatórios

TOMO II

Editorial

Direito e crise em tempos de pandemia

Quadrimestral 1 – Jan. a Abr., 2021

v. 20, n. 43

Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ

Consultor da Edição – Direito e crise em tempos de pandemia:

**Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto – PPGD, Dom Helder Câmara, Brasil**

Editor-Gerente:

**Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil**

### Catálogo na Publicação

P952 Prim@ facie [recurso eletrônico] : International Journal : Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba. – V.1, n. 1 (2002)- . – João Pessoa : PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Editor Gerente: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo.

Editorial: Direito e crise em tempos de pandemia: a emergência de novos marcos regulatórios, Tomo II / Consultor: Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto.

Modo de acesso: Internet.

Link: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

Descrição baseada no fascículo: v.20, n. 43 (jan./abr. 2021).

ISSN 1678-2593

1. Direito - periódicos. 2. Pandemia de Covid-19. 3. Direito - Pandemia - Marcos regulatórios. 4. Coronavírus - Pandemia. 5. Direito do trabalho - Pandemia. 6. Poder judiciário e Constituição. I. PPGCJ/UFPB. II. Araújo, Jailton Macena de. III. Pinto, João Batista Moreira.

CCJ/UFPB

CDU – 34(05)

## Sumário

### **Editorial, 7**

JOÃO BATISTA MOREIRA PINTO

### **CORPUS**

#### **Covid-19 Desnuda As Contradições Da República Federativa Brasileira: A Dificuldade De Legitimar A Tomada De Decisão E A Proposta Da Instituição Do Comum, 19**

GABRIEL SCUDELLER DE SOUZA VIVIANNE RIGOLDI

#### **Estado De Calamidade Pública Enquanto Possibilidade De Limite Circunstancial Implícito De Emenda Constitucional, 52**

ROBERTO LEONARDO DA SILVA RAMOS

#### **O Protagonismo Do Poder Judiciário Ante A Necessidade Recorrente Do Controle Judicial De Constitucionalidade De Novas Medidas Provisórias, 84**

ANGELA SONCIN, JUVÊNCIO BORGES SILVA

#### **Teoria Da Imprevisão E Desenvolvimento Econômico: Aspectos Constitucionais E Consumeristas Em Tempos De Pandemia, 114**

PEDRO ADOLFO MORENO DA COSTA MOREIRA, RAISSA BRINDEIRO DE ARAÚJO TORRES

#### **Mecanismos De Combate À Desinformação: Uma Análise À Luz Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos, 135**

BEATRIZ PEREIRA JUNQUEIRA, PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS

#### **Mobilidade E Pandemia: Análise Da Vulnerabilidade Dos Refugiados Diante Da Covid-19 No Nordeste Brasileiro, 178**

ARNELLE ROLIM PEIXOTO, KANANDA BEATRIZ PINTO DE SENA, CAMILLA MARTINS CAVALCANTI

#### **Manifestações Públicas Em Tempos Pandêmicos: Efeitos Da Covid-19 Na Positivção Infraconstitucional Do Direito De Reunião, 203**

TIAGO CISNEIROS BARBOSA DE ARAÚJO, BRUNO GALINDO

#### **Toque De Recolher E A Questão Das Restrições A Direitos Fundamentais Em Tempos De Pandemia, 250**

NILZIR SOARES VIEIRA JUNIOR, HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

#### **Da Pandemia Do Coronavírus (Covid-19) E O Distanciamento Social: Repensando O Direito À Convivência Familiar Para Além Do Espaço Físico, 284**

DIEGO FERNANDES VIEIRA, CARLOS ALEXANDRE MORAES, GEISELI MARIANY BONINI

**A Proteção Contratual Do Consumidor E A Lei Nº  
14.046/2020, 308**

EDUARDO HENRIQUE COSTA, MARCOS EHRHARDT JÚNIOR, NATÁLIA TENÓRIO FIREMAN CAMELO

**Serviços E Atividades Essenciais Em Tempos De Covid19:  
Desafios Para O Direito Do Trabalho E Seus Princípios  
Constitucionais, 346**

RODRIGO GOLDSCHMIDT, RODRIGO ESPIÚCA DOS ANJOS SIQUEIRA

**A Precariedade Das Condições De Trabalho Dos  
Entregadores Por Aplicativos, 381**

FELIPE LABRUNA, ALVARO DE AZEVEDO GONZAGA, MARCO AURÉLIO BARRETO LIMA

**Dever De Renegociar Contratos De Trabalho Como  
Possibilidade De Superação Da Crise Econômica  
Decorrente Da Pandemia Do Coronavírus, 409**

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA, JULIANA COELHO TAVARES MARQUES

**Preservação Dos Contratos De Aprendizagem Profissional  
Em Tempos De Pandemia De Covid-19, 439**

EMERSON VÍCTOR HUGO COSTA DE SÁ, ANDERSON LINCOLN VITAL DA SILVA, VALENA JACOB CHAVES MESQUITA

**Autocomposição De Conflitos Em Tempos De Pandemia: A  
Crise Como Agente Catalisador De Uma Mudança De  
Paradigma, 477**

MÁRCIO DUTRA DA COSTA, FABIANA MARION SPENGLER

**O Ensino Jurídico E O Desenvolvimento Das Habilidades  
Profissionais Para O Século XXI Na Pandemia De Covid-  
19: Uma Visão A Partir Dos Docentes Do Estado Do Ceará,  
510**

MATEUS RODRIGUES LINS, LÍVIA CHAVES LEITE, MÔNICA MOTA TASSIGNY

## Table of Contents

### **Editorial, 7**

JOÃO BATISTA MOREIRA PINTO

### ***CORPUS***

#### **Covid-19 Denuded The Contradictions Of The Brazilian Federative Republic: The Difficulty Of Legitimizing Decision-Making And The Proposal Of The Institution Of The Common, 19**

GABRIEL SCUDELLER DE SOUZA VIVIANNE RIGOLDI

#### **The State Of Public Calamity While Possibility Of Implicit Circumstantial Limit Of Constitutional Amendment, 52**

ROBERTO LEONARDO DA SILVA RAMOS

#### **The Protagonism Of The Judicial Branch In Front Of The Recurrent Need For The Judicial Control Of Constitutionality Of The New Provisional Measures, 84**

ANGELA SONCIN, JUVÊNCIO BORGES SILVA

#### **Theory Of Imprevisión And Economic Development: Constitucional And Consumeristics In Pandemic Times, 114**

PEDRO ADOLFO MORENO DA COSTA MOREIRA, RAISSA BRINDEIRO DE ARAÚJO TORRES

#### **Mechanisms To Combat Disinformation: An Analysis In The Light Of The Inter-American Commission On Human Rights, 135**

BEATRIZ PEREIRA JUNQUEIRA, PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS

#### **Mobility And Pandemia: Analysis Of Refugee Vulnerability In Front Of Covid-19 In Northeast Brazil, 178**

ARNELLE ROLIM PEIXOTO, KANANDA BEATRIZ PINTO DE SENA, CAMILLA MARTINS CAVALCANTI

#### **Public Manifestations In Pandemic Times: Covid-19's Effect On Infra-Constitutional Positivation Of Freedom Of Assembly, 203**

TIAGO CISNEIROS BARBOSA DE ARAÚJO, BRUNO GALINDO

#### **Curfew And The Question Of Fundamental Rights Restrictions In Pandemic Times, 250**

NILZIR SOARES VIEIRA JUNIOR, HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

#### **Of The Coronavirus Pandemic (Covid-19) And Social Distancing: Rethinking The Right To Family Living Beyond Physical Space, 284**

DIEGO FERNANDES VIEIRA, CARLOS ALEXANDRE MORAES, GEISELI MARIANY BONINI

**Consumer Contractual Protection And Law No.  
14.046/2020, 308**

EDUARDO HENRIQUE COSTA, MARCOS EHRHARDT JÚNIOR, NATÁLIA TENÓRIO  
FIREMAN CAMELO

**Essential Services During Covid19 Pandemics: Challenges  
To Labour Law And Its Constitutional Principles, 346**

RODRIGO GOLDSCHMIDT, RODRIGO ESPIÚCA DOS ANJOS SIQUEIRA

**The Precariousness On Apps' Delivery Drivers Work  
Conditions, 381**

FELIPE LABRUNA, ALVARO DE AZEVEDO GONZAGA, MARCO AURÉLIO BARRETO  
LIMA

**Duty To Renegotiate Employment Contracts As A  
Possibility To Overcome The Economic Crisis Resulting  
From The Coronavirus Pandemic, 409**

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA, JULIANA COELHO TAVARES MARQUES

**Preservation Of Professional Learning Contracts In Times  
Of Pandemic By Covid-19, 439**

EMERSON VICTOR HUGO COSTA DE SÁ, ANDERSON LINCOLN VITAL DA SILVA,  
VALENA JACOB CHAVES MESQUITA

**Alternative Dispute Resolution In Pandemic Times: The  
Crisis As A Catalyst Agent For A Change Of Paradigm, 477**

MÁRCIO DUTRA DA COSTA, FABIANA MARION SPENGLER

**Legal Education And Soft Skills For The 21st Century In The  
Covid-19 Pandemic: A View From The Professors Of The  
State Of Ceará, 510**

MATEUS RODRIGUES LINS, LÍVIA CHAVES LEITE, MÔNICA MOTA TASSIGNY

EDITORIAL

## **Direito e crise em tempos de pandemia – TOMO II**

Seguindo a trilha aberta no editorial do tomo I do n. 42 da *Prim@Facie*, intitulado **Direito e Crise em Tempos de Pandemia**, parece ser possível voltar a algumas projeções apontadas no início da pandemia sobre possíveis impactos no futuro da sociedade global e no modelo atual de capitalismo, mas também sobre as possibilidades para uma nova articulação entre os processos políticos e os processos civilizatórios (SANTOS, 2020).

Nesse sentido, dada a continuidade da emergência sanitária e a ebulição das discussões jurídicas, ainda oriundas das dificuldades enfrentadas em razão da pandemia da COVID-19, resulta também este segundo tomo, que inaugura o Volume 20 da *Prim@Facie*, carreado pelo atual número 43, do 1º quadrimestre do ano de 2021. Este número 43, de 2021, reúne pesquisas de Programas de Pós-Graduação em Direito e em áreas afins de todo o Brasil, abrangendo parte da grande quantidade de trabalhos submetidos à nossa chamada especial sobre a pandemia, as quais revelam a imensa preocupação com a concretização dos direitos em tempos pandêmicos.

Ainda, em meio à pandemia, após um ano daquelas projeções iniciais, o que se evidencia são efetivamente as fragilidades do neoliberalismo diante de uma crise que se iniciou como sanitária, mas que logo, em um contexto global, se ampliaria para uma crise social, econômica, cultural e ambiental, trazendo também questões éticas fundamentais.

Alguns países criaram ou tiveram as condições sócio-históricas, econômicas e políticas para superarem mais rapidamente esses desafios, outros, como Brasil e Índia, ainda estão submersos na crise, em suas limitações e contradições, com alguma perspectiva de melhoras a médio prazo.

Essas limitações parecem se manifestar mais acentuadamente em países com forte desigualdade social, como o Brasil, que convive com a contradição de ser uma das maiores economias do mundo - apesar do retrocesso nos últimos anos - e, ao mesmo tempo, ter uma das piores taxas de desigualdade social. Isto é, da mesma forma que se pode destacar o racismo estrutural no Brasil, pode-se igualmente apontar sua desigualdade social como estrutural, evidenciando uma exploração da natureza e do ser humano em nossa trajetória civilizacional, que teima em se fazer presente.

Temos, dessa forma, uma sociedade acostumada com a desigualdade, mas que encontra em parcela da população a resistência e a busca por transformação, evidenciando uma proximidade com as posições políticas liberais, na modernidade, e posteriormente mais à esquerda, sempre norteadas pelo valor igualdade, mesmo tendo que aprender também a relevância do valor liberdade.

No Brasil, a democracia foi reafirmada, inclusive em sua vinculação com o socialismo, considerando não somente a premência em se derrotar o regime de exceção implantado em 1964, mas também o “caráter elitista e autoritário que assinalou toda a evolução política, econômica e cultural” do país (COUTINHO, 1992). Aquela dura experiência de regime militar, tempo de repressão, de angústia, de controle, de dor..., que se espera nunca mais ocorra, mesmo com as

ameaças ou demandas minoritárias por rupturas constitucionais que ainda se fazem presentes, revelando a fragilidade de nossa consciência coletiva. Isso se vincula, por sua vez, à posição ambígua e omissa dos meios de comunicação de massa frente à ditadura militar, o que favoreceu a anistia a servidores públicos responsáveis por torturas, isto é, por crimes contra a humanidade cometidos naquele período. Esses fatos ressaltam a importância para a sociedade brasileira do direito à memória e do trabalho realizado pelas comissões da verdade pelo país. A história do Brasil pós 1964 passa necessariamente pela consideração dos documentos produzidos por essas comissões. (ZENAIDE, PINTO; 2020)

Temos, portanto, uma história de explorações, de racismo, de desigualdades, de violências e autoritarismos que se somam às crises nacionais e internacionais. A COVID-19 vem se entrelaçar e evidenciar essas realidades históricas da sociedade brasileira, mas ela aponta igualmente para outras realidades: lutas, resistências, solidariedades, a busca e a exigência de posições políticas, sociais e jurídicas comprometidas com a vida, não com a morte.

Essas posições em favor da vida, no reencontro com posições mortíferas históricas, apesar de serem defendidas pela maioria, estão longe de ser unanimidade, em uma sociedade acostumada com a exploração e a opressão, com a invisibilidade de parcela significativa da população, com o obscurantismo, com o negacionismo e com a falta de empatia com o outro – o outro que é diferente – levando ao descompromisso e mesmo à oposição à toda mudança significativa.

Hodiernamente, no contexto da crise sanitária atual, essa posição minoritária, mas com sérias implicações para a população, se expressa principalmente na defesa do negacionismo e no não uso de máscaras, em nome da liberdade individual. Isso, desconsiderando que a liberdade em uma sociedade tem limites, quando certos atos de liberdade provocam danos, que podem chegar até mesmo à morte, como se observa na sociedade brasileira atual, onde grande parte das

mortes poderia ter sido evitada, tivera a sociedade e, sobretudo, o governo federal, maior compromisso ético e social com a população.

Essa crise ética, de desconsideração do outro, da comunidade e do bem comum está presente desde as relações pessoais e sociais, passando por posições religiosas conservadoras e os interesses bem mais mundanos de seus líderes, até as posições governamentais nacionais, blocos regionais e empresas quando, por exemplo, apesar do esforço da OMS para o estabelecimento de um programa de acesso universal às vacinas, a indústria farmacêutica e os países ricos têm bloqueado as possibilidades de expansão da produção medicinal global, a despeito desta estar limitada a um terço das necessidades globais (COVID, 2021).

A humanidade, os órgãos públicos, o direito, a educação, a ciência, os setores da produção... não deveriam nesse momento buscar suplantar suas divergências e contradições visando a superação da crise em âmbito global e a construção de um desenvolvimento mais sustentável, diante das evidências da insustentabilidade do modelo atual? Entretanto, atualizando a questão posta no início da pandemia, qual o impacto dessa crise no mundo e no conjunto das relações?

O que tem se tornado mais evidente para todos é, por um lado, que não é possível superar as crises e o atual nível de desigualdade global sem Estados bem estruturados e fortes. A ideia de um Estado mínimo é totalmente descabida para as exigências das sociedades contemporâneas; e diante dos rastros de vulnerabilidade social deixados por essa posição neoliberal, a solidariedade de parcela da população tem representado esperança. Por outro lado, evidencia-se também que, assim como na população, uma parcela do poder econômico, dos grupos religiosos, dos governos, dos Estados, dos organismos nacionais e internacionais continua comprometida com os interesses de uma minoria e busca tirar proveito da crise com vantagens econômicas, políticas ou outras.

Esses últimos são os responsáveis pelo desastre ainda maior que se vivencia e que se continuará a viver com essa crise ampliada,

com efeitos na saúde global, mas também na economia, na cultura e no social em todas as suas manifestações. Porém, é contra esses e contra a priorização do econômico que se renovam as lutas daqueles comprometidos com a vida, a solidariedade, a natureza e a sustentabilidade do planeta, reafirmando a convicção política por emancipação social e superação das desigualdades.

Parece ser o momento de afirmarmos a necessidade da radicalização; apreendida das possíveis novas descobertas em prol da solidariedade e da vida, reforçada por aqueles que já atuavam nessa perspectiva. Uma radicalização em prol dessas posições gerais e éticas, uma radicalização em prol dos princípios constitucionais que reafirmam a vida, a partir das lutas das diferentes sociedades, uma radicalização nas lutas políticas, em prol do direito e dos direitos humanos, uma radicalização na defesa de um modelo de desenvolvimento em que todos e todas estejam incluídos/as em trabalhos e relações, entre os seres humanos e com a natureza, com maior dignidade, respeito e igualdade.

\*\*\*

Dada a grandiosidade do tema e das inquietações surgidas a partir da imposição das mais variadas medidas, restrições e cuidados em razão da pandemia da COVID-19, houve uma grande demanda de trabalhos os quais, para além do número 42, publicado em dezembro de 2020, resultaram também neste segundo tomo, compondo o atual número 43, do 1º quadrimestre do ano de 2021.

Os textos deste tomo II, de alguma forma retratam esse novo momento, de lutas e de reflexões por novas relações no campo do direito e na sociedade, um refletindo o outro. Eles retratam os desafios, referências e possibilidades de superação dos conflitos decorrentes ou que se intensificaram nesse momento de crise pandêmica, a partir do direito, evidenciando sua abertura para a realidade, mas também as possíveis limitações de um Judiciário que também é parte da

sociedade e atuando com base em um ordenamento jurídico que igualmente retrata a sociedade e suas contradições, apesar de poder ser interpretado também como parte viabilizadora de transformações em prol da vida humana e da natureza, sempre seguindo possibilidades evidenciadas na sociedade.

Esta edição foi organizada em quatro grupos temáticos. No primeiro, os textos têm por base o referencial constitucional ou de documentos internacionais para tratar questões jurídico-políticas e sociais centrais relacionadas à crise da COVID-19. No segundo são retratadas questões e disputas discutindo aspectos ou valores priorizados norteadores para as decisões político-jurídicas e seus reflexos na sociedade. No terceiro prioriza-se a temática do desenvolvimento econômico e suas correlações com o mundo do trabalho e os desafios para os direitos trabalhistas. Por fim, os textos do último grupo temático, tratam de implicações da crise atual nas relações futuras, no campo da solução dos conflitos e da educação.

Trazendo um pouco de cada uma das contribuições neste número. Inicia-se o primeiro grupo temático com o texto de Gabriel Scudeller de Souza e Vivianne Rigoldi, que partindo de um resgate político da Constituição, apresentam o pluralismo jurídico-político e a ampliação da participação popular como elementos para superar os obstáculos frente à crise atual, tanto aquelas decorrentes dos limites do Judiciário como aquelas advindas do neoliberalismo, tendo por base o princípio do comum e a garantia das exigências de uma Constituição social-garantista.

Roberto Leonardo da Silva Ramos analisa, sob uma perspectiva constitucional, o estado de calamidade pública no qual estamos, em decorrência da COVID-19, enfrentando o problema da possibilidade ou não de se reconhecer a existência, nesta situação excepcional, de um limite circunstancial para reformas constitucionais; concluindo por uma irreformabilidade não absoluta.

No texto de Angela Soncin e Juvêncio Borges Silva analisa-se o protagonismo social e político do Poder Judiciário diante da exigência

do controle judicial de constitucionalidade em um cenário de intensa produção legislativa pelos poderes executivo e legislativo na busca de soluções aos problemas vivenciados nesse período de crise ampla; identificando nesse processo diálogos institucionais visando a prevalência dos preceitos constitucionais.

Pedro Adolfo Moreno da Costa Moreira e Raissa Brindeiro De Araújo Torres apresentam uma análise da constitucionalidade e da legalidade das medidas econômico-financeiras adotadas pelas instituições financeiras no período de exceção causado pelo COVID-19. Os autores refletindo sobre as circunstâncias que envolvem a não melhoria das condições contratuais durante o momento pandêmico, não pretendem propriamente defender a ruptura do modelo econômico imposto pelo capitalismo, mas sim promover a defesa do consumidor na forma do art. 5º, XXXII da CF, e efetivar a solidarização de prejuízos.

Beatriz Pereira Junqueira e Paulo Henrique de Souza Freitas analisam os mecanismos de combate à desinformação à luz das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e do *test tripartite* desenvolvido pela jurisprudência interamericana. Depreendendo-se que as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana aos Estados nacionais são no sentido de promoção de medidas positivas como a alfabetização midiática, a conscientização da população e o incentivo às plataformas de checagem de fatos, uma vez que representam alternativas promissoras no combate à desinformação ao passo que não acarretam restrições ou supressões à liberdade de expressão.

Encerrando o primeiro grupo temático de trabalhos, Arnelle Rolim Peixoto, Kananda Beatriz Pinto de Sena e Camilla Martins Cavalcanti analisam a mobilidade internacional de refugiados no nordeste brasileiro diante da pandemia e a possível acentuação da vulnerabilidade dos sujeitos migrantes frente a esta conjuntura, defendendo a necessidade de instrumentos/meios que garantam a proteção de refugiados em situações agravadoras de risco,

especialmente, diante dos fatos e das consequências da pandemia da COVID-19.

No segundo grupo temático de trabalhos, estão retratadas as questões relacionadas às decisões político-jurídicas e seus reflexos na sociedade. Neste grupo está o trabalho de Tiago Cisneiros Barbosa de Araújo, o qual aborda as tentativas de regulamentação infraconstitucional do direito de reunião no Brasil, em meio à pandemia de covid-19. Os autores, refutam a hipótese de que a pandemia estimularia a regulamentação do direito de reunião, a partir da análise dos projetos de lei propostos, eles defendem que o que tem havido é uma motivação em questões político-ideológicas nas tentativas de sua limitação.

Nilzir Soares Vieira Junior e Henrique Ribeiro Cardoso problematizam, no seu texto, o conjunto de ações da administração pública para responder a essa emergência sanitária, relacionados às intervenções em direitos fundamentais impostas nos toques de recolher instituídos por decretos municipais para a contenção da COVID-19. Os autores afirmam que, para que seja possível a decretação dos toques de recolher, é imperioso o dever de justificar imposto às autoridades públicas, com ênfase no recurso às evidências científicas e nas informações estratégicas em saúde, exigência para o exercício racional do controle dos atos estatais, de modo a que não se configurem abuso de poder.

Os autores, Diego Fernandes Vieira, Carlos Alexandre Moraes e Geisieli Mariany Bonini estudam no seu artigo os reflexos do distanciamento social ocasionado pelo Coronavírus no que tange ao direito à convivência familiar. No trabalho, defendem a necessidade da regulamentação da convivência familiar virtual em conjunto com a física, de modo a permitir que, por meio das novas tecnologias, haja a manutenção e o fortalecimento dos vínculos parentais e a estruturação da personalidade do filho, mesmo em tempos de distanciamento social.

No texto que segue, Eduardo Henrique Costa, Marcos Ehrhardt Júnior e Natália Tenório Fireman Camelo examinam a Lei nº 14.046/2020, que trata do cancelamento, do reembolso e da responsabilidade civil de serviços ligados à indústria do turismo e do entretenimento, e as suas repercussões no direito do consumidor, na perspectiva do diálogo de fontes com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro grupo temático, prioriza-se as discussões que envolvem o desenvolvimento econômico e suas correlações com o mundo do trabalho e os desafios para os direitos trabalhistas. Neste grupo estão aninhados quatro trabalhos que debatem as relações sociolaborais em tempos de pandemia. O primeiro artigo que integra o grupo, de autoria de Rodrigo Goldschmidt e Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira são analisados os impactos das alterações legislativas implementadas no ordenamento jurídico laboral brasileiro, no primeiro semestre do ano de 2020, sobre o desenvolvimento das relações de trabalho dos profissionais vinculados às atividades e serviços essenciais no contexto da pandemia COVID-19, as quais, defendem, devem ser interpretadas e aplicadas em obediência aos princípios constitucionais laborais protetivos da pessoa trabalhadora, em especial, o da dignidade da pessoa humana.

Felipe Labruna, Alvaro de Azevedo Gonzaga e Marco Aurélio Barreto Lima debruçam-se sobre as relações do trabalho por meio de plataformas digitais (“aplicativos” ou “apps”) e a consequente precarização das condições do trabalho e degradação dos direitos sociais dos entregadores, trazendo novos elementos para a propositura de um ambiente regulatório mais agregador e que assuma as novas dificuldades trazidas por estas tecnologias.

Paulo Henrique Tavares da Silva, Juliana Coelho Tavares Marques inquiram se é possível construir parâmetros para um dever de renegociar os contratos de trabalho em curso, face a pandemia do vírus Sars-Cov-2 (Coronavírus) e as medidas restritivas de circulação de pessoas ocasionadas pela emergência em saúde pública decretada

no Brasil, objetivando a manutenção dos empregos e permanência em atividade das empresas, com base em princípios constitucionais vigentes, particularmente ligados à socialização e funcionalidade das instituições, a partir de um diálogo entre o direito civil e o direito do trabalho.

Fecha esse grupo temático, o trabalho de Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Anderson Lincoln Vital da Silva e Valena Jacob Chaves Mesquita, analisando as estratégias de manutenção dos contratos de aprendizagem profissional em tempos de pandemia da COVID-19. A partir da hermenêutica da Medida Provisória 926, cujos efeitos cessaram com a sua caducidade, e da Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020, fruto da conversão da Medida Provisória n. 936, notadamente quanto à preservação do trabalho do adolescente diante dessa nova realidade, por meio da aprendizagem e da qualificação profissionais em tempos de pandemia.

Por fim, os trabalhos inseridos no quarto grupo temático, agrupados em função da sua reflexão acerca das implicações da crise atual nas relações futuras, no campo do direito e da educação. Márcio Dutra da Costa e Fabiana Marion Spengler estudam a autocomposição de conflitos durante a pandemia de COVID-19, de modo a averiguar se o incremento da utilização dos métodos autocompositivos – decorrente da sobrecarga imposta ao Poder Judiciário pelo aumento da quantidade de lides – pode vir a contribuir para uma alteração do paradigma jurídico de tratamento de conflitos no Brasil, superando o tradicional modelo adversarial e fomentando a consensualidade como alicerce de uma cultura de efetiva pacificação social.

No último texto que compõe o número Mateus Rodrigues Lins, Lívia Chaves Leite e Mônica Mota Tassigny, com base em dados coletados a partir de uma amostra de 66 (sessenta e seis) docentes do ensino superior de Direito, analisam, no contexto da pandemia do COVID-19, em que medida a migração das aulas presenciais para as aulas síncronas impactaram o ensino jurídico em graduações e pós-graduações de universidades públicas e privadas do Estado do Ceará.

Concluiu-se, ainda que de forma incipiente, que é possível vislumbrar uma tendência à adaptação e incremento das aulas síncronas no ensino jurídico em graduações e pós-graduações de universidades públicas e privadas do Estado do Ceará.

Enceramos, o presente editorial, reafirmando a nossa gratidão a todos as avaliadoras e avaliadores, que dedicaram e disponibilizaram o seu tempo nas revisões dos artigos submetidos e contribuíram, com as suas valiosas indicações, para ajustes que proporcionaram a melhoria da qualidade dos trabalhos publicados. Alfim, a equipe editorial agradece também a participação das autoras e dos autores, os quais após a publicação do primeiro tomo, aguardaram pacientemente por esta publicação. Esperamos que estes trabalhos posam ser fonte de pesquisa e possam apontar horizontes para a resistência da produção científica brasileira agudizadas deste momento de crise também científica.

A todas e todos, uma excelente leitura. E o mais importante, **VACINA**, o mais breve possível!

João Pessoa, 10 de maio de 2021.

**João Batista Moreira Pinto**

Ex-professor visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

## REFERÊNCIAS

COUTINHO, Carlos Nelson. **Democracia e socialismo: questões de princípio e contexto brasileiro**. São Paulo: Cortez. 1992.

COVID: Países ricos ‘bloqueiam’ planos de produção de vacinas em nações em desenvolvimento. **BBC News**, 21 mar 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56470136>. Acesso em: 10 mai. 2021.

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

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares e PINTO, João Batista Moreira. O processo de construção e disputas em torno dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista Interdisciplinar Sulear**. Ano 3, nº 8, Dez/2020, p. 8-30.

**DOI: [https://doi.org/ 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.59355](https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.59355)**

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# Covid-19 Desnuda As Contradições Da República Federativa Brasileira: A Dificuldade De Legitimar A Tomada De Decisão E A Proposta Da Instituição Do Comum

**Gabriel Scudeller de Souza \***

Centro Universitário Eurípides de Marília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Marília-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7502-8863>

**Vivianne Rigoldi \*\***

Centro Universitário Eurípides de Marília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Marília-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7257-3460>

**Resumo:** O mundo em 2020 foi assolado por um novo coronavírus que se alastrou por diversos países e trouxe problemas de saúde e óbitos. Decretou-se a pandemia. A alta contaminação é o problema, diante do fato de colapsar os sistemas de saúde. A principal medida defendida é o isolamento social, com o intuito de achatar a curva de contágio. No Brasil, os entes federativos não defendem as mesmas propostas e contribuem para o agravamento da crise. Demonstra-se que a dificuldade do sistema pátrio em lidar com a crise desnuda o problema da tomada de decisão. Pensa-se, nesse cenário, em recorrer ao Poder Judiciário para que este aprecie acerca da defesa dos direitos humanos fundamentais frente às políticas públicas estatais. Ocorre que o processo judicial, embora uma alternativa, demanda o respeito a procedimentos processuais, o que pode não ser eficiente para uma decisão de urgência. Assim, tendo em vista os ensinamentos acerca do pluralismo jurídico, bem como à luz de um sistema mais participativo e deliberativo, postula-se por um novo centro de decisão, não centralizador e mais democrático, identificado como princípio do comum. Pelo método dedutivo, com consultas bibliográficas a artigos científicos, busca-se compreender tais questões sociais, agora desnudadas frente à Covid-19.

**Palavras-chave:** Pluralismo jurídico. Tomada de decisão. Pandemia. Covid-19. Comum.

\* Mestrando em Direito e Estado na Era Digital no Centro Universitário Eurípides de Marília (PPGD/Univem). E-mail: [gabrielscudeller2@gmail.com](mailto:gabrielscudeller2@gmail.com)

\*\* Doutora em Direito. Docente do Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília. E-mail: [rigoldi@univem.edu.br](mailto:rigoldi@univem.edu.br)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53647>

# **Covid-19 Desnuda As Contradições Da República Federativa Brasileira: A Dificuldade De Legitimar A Tomada De Decisão E A Proposta Da Instituição Do Comum**

Gabriel Scudeller de Souza

Vivianne Rigoldi

## **1 INTRODUÇÃO**

No ano de 2020 o mundo foi assomado por um novo coronavírus, chamado pela Organização Mundial da Saúde – OMS<sup>1</sup> - de “Covid-19”, que desestabilizou as estruturas dos países, sem que se soubesse contra o que se lutava. Após meses de grandes perdas, começam-se a apresentar alternativas na tentativa de controle e contenção de danos, na expectativa de que uma nova vacina<sup>2</sup> e um novo medicamento possam surgir.

A principal medida que demonstrou ser mais eficaz contra os avanços do vírus é o isolamento social, ou seja, a permanência dos indivíduos em casa, sem contato físico com outras pessoas para evitar contaminações e, conseqüentemente, a sobrecarga do sistema de saúde.

---

<sup>1</sup> Organização Mundial da Saúde – OMS. O artigo utilizará apenas a sigla OMS daqui para frente. Acesso em 08.04.2020: <https://www.who.int/es/>.

<sup>2</sup> Diversos estudos estão em desenvolvimento, inclusive em fase final de testes, para aplicação de vacinas contra a Covid-19. Neste sentido, ver Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines (who.int), acesso em 04.12.2020.

No Brasil, embora os percentuais de contaminação e recuperação da doença sejam promissores,<sup>3</sup> se não houver medida de achatamento da curva de contaminação os leitos disponíveis nos hospitais não serão suficientes para o tratamento dos casos considerados graves. Em síntese: o sistema de saúde brasileiro não suportará a demanda e deixará de prestar o atendimento necessário.

O Poder Judiciário é uma alternativa para controle das decisões dos demais poderes constituídos. Porém, será que esse é o melhor campo para apostar na salvaguarda dos direitos humanos fundamentais? Momentos agudos como o que vivemos denotam que a estrutura organizacional-administrativa do Estado encontra limites que impedem o reconhecimento de sujeitos de direitos.

Há, na prática política - encontrando repercussão no cotidiano - uma narrativa baseada na nova racionalidade do mundo, qual seja o pensamento neoliberal, que toma conta de subjetividades e depende do Estado interventor para satisfação de seus interesses, afastando-se do liberalismo clássico.

Dessa forma, questiona-se: a centralidade da decisão é, nos tempos pós-modernos de democracias complexas, a melhor opção para os ditames da sociedade plural?

Inicia-se ressaltando a importância da democracia, com sua latência de produção de novos sujeitos e novos direitos, e dos limites constitucionalmente impostos, que servem de salvaguarda das próprias minorias que merecem ser ouvidas. Passa-se à análise da postura do Poder Judiciário que, por meio da jurisdição constitucional, pode se debruçar sobre campos políticos dos demais Poderes, à luz da satisfação dos direitos humanos fundamentais. Porém, questiona-se se esse caminho é suficiente para a promulgação da liberdade e proteção dos sujeitos de direitos, especialmente à luz dos limites procedimentais e interpretativos existentes, apresentando-

---

<sup>3</sup> A informação foi retirada do site da OMS: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>, acesso em 08.04.2020.

se, por fim, proposta de formação de base decisória a partir da produção do comum.

Vale-se, para tanto, como metodologia de pesquisa, do método dedutivo, com emprego da técnica de pesquisa bibliográfica, consultando artigos científicos e dissertações sobre o tema em comento, com o fito de propiciar, ao final e sem a pretensão de esgotar o assunto, um caminho seguro na manutenção dos direitos humanos fundamentais.

## **2 PODER CONSTITUINTE E PODERES CONSTITUÍDOS. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: O INTERESSE DO POVO, E NÃO DOS GOVERNANTES, DEVE FIXAR O LIMITE DO DEMOCRÁTICO**

Um dos paradoxos que se apresenta para a teoria do direito constitucional é o entrechoque, de um lado, da democracia e, de outro, do constitucionalismo. Esse conflito pode ser melhor explicitado a partir das noções de soberania e poder constituinte, respectivamente.

[...] conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição – Law of lawmaking – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. Eis o paradoxo que marca a democracia constitucional (CHUEIRI; GODOY, 2010, p.160).

No tocante à soberania à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sua titularidade é ocupada pelo povo (art. 1º, I e parágrafo único), cabendo a este estabelecer as legislações e os referentes a serem seguidos pela República, autoimpondo-se normas e exigindo seu respeito (GARGARELLA, 1996). A Constituição é, portanto, fruto das deliberações constituintes da sociedade, devendo

ser preservada como norte dos objetivos político-jurídicos de uma nação, vez que retrata essa mesma soberania popular, pelo chamado poder constituinte. Aqui há o elo entre os temas: democracia/soberania popular e constitucionalismo/poder constituinte.

A própria ideia de soberania surgiu de forma centralizadora e estática, na figura do rei soberano, que se colocava como o formulador e executor das normas, porém, sem que a elas se submetesse. Uma soberania absoluta e perpétua, compromissada com a primazia do comando coercitivo, de formato estatista, repressor, hierárquico e unitário (BODIN, 1576). Para Foucault (1990, p.85), tratava-se de um modelo caracterizado como “antienergia”, ou seja, “um poder que somente tem a força negativa ao seu lado, um poder de dizer não; sem condições de produzir, capaz somente de impor limites”.

Ocorre que a ideia de soberania no campo democrático destoa do paradigma monárquico acima retratado, uma vez que há a presença central do povo ocupando o local do rei, invertendo-se a autoridade política.

A soberania muda de mãos, mas permanece essencialmente a mesma. Dessa maneira, o discurso do comando reduz a moderna democracia a uma instituição centralizada de poder coercitivo. A doutrina do Estado-nação é uma narrativa acerca da democratização gradual do absolutismo da soberania monárquica (KALYVAS, 2013, p.40).

Nesse ponto surge a importante história política do poder constituinte, que trata contrariamente a essa narrativa do comando e da sujeição (NEGRI, 2002). Segundo Chueri e Godoy (2010, p. 161)

[...] para a ciência do direito, o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional brota. É o poder de fazer a nova Constituição, da qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura. Desta perspectiva, o poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova

A teoria do poder constituinte surgiu, ainda com um ideal preso à nação, com a obra *A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?*, de Joseph Sieyès, trazendo a ideia de um poder anterior à Constituição, ilimitado e autônomo, incondicional e não vinculado, ou seja

[...] a Constituição pressupõe, antes de tudo, um poder constituinte, representante da soberania popular. Ou seja, os poderes resultantes da Constituição estão e são submissos a um poder constituinte anterior, a vontade soberana popular, e, portanto, tal poder não estaria vinculado a nada mais a não ser a sua própria vontade (SIEYÉS, 1997, p. 117).

Antonio Negri (2002) trata do poder constituinte como força onipotente e expansiva, produtora de normas constitucionais, e também o considera como um sujeito dessa produção, de forma que “qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo, ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, a regular a política democrática” (NEGRI, 2002, p.8)<sup>4</sup>. O autor apresenta uma questão existente na própria ideia de poder constituinte, qual seja a contradição entre sua força produtora e seu produto. Em outras palavras, o potencial produtor de fundar o direito é oposto à própria produção do direito, já que a latência do poder constituinte é de produção. Tal percepção se afigura, também, na problemática da ideia de que a democracia é resistente à constitucionalização; a potência democrática é diversa do direito posto.

[...] a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado,

---

<sup>4</sup> A proposta de Negri e Hardt aponta para problemas na aplicação do conceito de soberania clássico, diante da possibilidade de instituição de uma democracia absoluta, a partir das trocas de cooperação e comunicação atualmente permitidas a partir de uma biopolítica nunca antes proporcionada. Assim, rompe-se com o poder soberano centralizador – do Império (2002) – e permite-se a produção, em comum, do comum pela multidão. Laval e Dardot também questionarão o poder soberano, apresentando propostas para uma nova razão do mundo, também a partir do comum.

da democracia limitada. O poder constituinte, sob a ótica jurídica, é a fonte de produção das normas constitucionais. Paradoxalmente, é um poder onipotente, que surge do nada e organiza todo o direito. No entanto, deve ser temporalmente limitado, encerrado em uma factualidade (...) a Constituição, criada pelo poder constituinte e para a democracia, mostra-se como obstáculo do próprio poder constituinte e da própria democracia (da soberania popular) (NEGRI, 2002, p. 07-09).

Em síntese, o poder constituinte cria o direito e define o modelo democrático – constitucionalismo – e, a partir de então, estes acabam por limitar sua própria latência. Aquele é tido por absoluto e, quando de sua produção, passa a ser limitado pelos poderes constituídos. Aparentemente pode-se pensar que esse conflito existente entre a democracia e o constitucionalismo possa ser prejudicial ou insuperável para o Estado Democrático de Direito, mas não necessariamente.

Lefort (1981) entende a democracia como um processo que se dá em constante reinvenção de direitos, trazendo para o cenário a característica do conflito, motor propulsor de avanços sociais humanitários, razão pela qual não merece ser erradicado. No mesmo caminho, Foucault (2019) admite a força produtiva do poder, um poder positivo que produz relações e interações sociais, produz subjetividade.

[*é preciso*] explorar os recursos de liberdade e de criatividade nos quais se abebera uma experiência que acolhe os efeitos da divisão; resistir à tentação de trocar o presente pelo futuro; fazer o esforço ao contrário para ler no presente as linhas da sorte indicadas com a defesa dos direitos adquiridos e a reivindicação dos direitos novos, aprendendo a distingui-los do que é apenas satisfação de interesses (LEFORT, 1981, p.69).

Essa tensão permanente entre o poder constituinte e os poderes constituídos se dá, justamente, pela posição democrática assumida pelas sociedades modernas. Tal constatação não é prejudicial ao consenso social, permite o refrescar das ideias e a promoção da pluralidade, de modo a preservar os padrões mínimos estabelecidos pelo constitucionalismo.

Trata-se, assim, de um poder latente e permanente, que denota o valor epistêmico da democracia e requer a consideração de interesses expressados durante tempos e espaços históricos, presentes nas manifestações – constituintes – do poder popular, preservando a convenção constitucional, mantendo o impulso constituinte (NINO, 2003). São acontecimentos, dentro de um processo histórico de reconhecimento de poderes e vontades que forjam o constitucionalismo, pregando respeito aos direitos nele abarcados e preservando a democracia socialmente latente.

[...] no exemplo recente da história constitucional brasileira, o poder constituinte (como potência) remonta aos movimentos ou as ações empreendidos pela sociedade civil brasileira e iniciados em 1985 e reaparece, como força, toda vez que se pretende atingir a constituição com golpes como a convocação de uma nova assembleia nacional constituinte ou com mutações constitucionais provocadas por quem não tem competência constitucional para tanto, como, por exemplo, o poder executivo (CHUEIRI; GODOY, 2010, p.165).

Portanto, trata-se de um sistema que se equilibra de forma a, por um lado, permitir a não estagnação democrática social e, de outro, impedir o sufocamento de direitos, especialmente pelas opiniões majoritárias constituídas de forma política. Gargarella (1996) dispõe ser um dos desafios da teoria do direito constitucional a compatibilização da Constituição – estável, positivada – com a intuição de um autogoverno, promovida pelo sentimento democrático. Aquela possui, em verdade, a proteção das liberdades, mas também o limite do poder arbitrário, impedindo que grupos padronizem condutas em nome do princípio majoritário.

Apresenta-se, assim, uma carga revolucionária interna ao próprio Estado Democrático, qual seja a capacidade de refundar as bases socialmente postas. Isso, porém, pode significar a superação de conquistas de minorias. Daí a importância da aplicação da Constituição, que assegura a concretização de direitos, permitindo a atualização da potência de transformação social presente no

sentimento democrático. Fala-se, então, num Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, agregando-se democracia e constitucionalismo, denota-se que as escolhas públicas deverão ser feitas de acordo com os preceitos definidos no mandamento constitucional, objetivando resultados que busquem a satisfação dos interesses sociais e não particulares ou de parte da sociedade, como espécie de soberano absoluto que desconsidera o sentimento coletivo, silenciando sujeitos de direitos. É o que ocorre, muitas vezes, pelas atitudes das autoridades eleitas, quando não governam para o povo.

Importante, nesse contexto, pensar também no direito à liberdade, mas não em sua mecânica formal-burguesa, e sim pelo ideal de igualdade/substancialidade. A necessidade de se garantir aos atores sociais a oportunidade equânime de participação e influência é fundamental para o bom exercício da democracia.

Para Dworkin (2002), a igualdade é o fundamento último da democracia e do constitucionalismo. Tomando por base o constitucionalismo como salvaguarda dos direitos postos e a democracia como vontade política majoritária, o direito à igualdade (art. 5º, caput, CF) é de fundamental importância prática, a fim de afirmar o próprio fundamento republicano brasileiro: a dignidade humana (art. 1º, III, CF). Todo indivíduo deve ter a mesma oportunidade para intervir no sentimento democrático, de forma equânime (GARGARELLA, 2004).

Segundo Dworkin (2000), importantes liberdades morais auxiliam na concretização do direito fundamental à igualdade, e, para que assim ocorra, devem aquelas estar garantidas no texto constitucional, serem protegidas e efetivadas no seio social.

São liberdades fundamentais – expressão, religião, convicção etc. –, que decidem em favor da igualdade. Já outras liberdades, como a liberdade econômica, por exemplo, se apresentam de forma limitada pela atuação do poder público (CHUEIRI; FACHIN, 2006). Exemplos disso atualmente são as declarações do governo acerca de

medicamentos que não possuem eficácia cientificamente comprovada no tratamento da Covid-19 (UOL, 2020), bem como discursos que não se correlacionam com as medidas sanitárias necessárias para proteção social, como o combate ao isolamento (UOL, 2020) e à utilização de máscaras (UOL, 2020).

Portanto, embora os direitos constitucionais não sejam absolutos, tendo limitações, algumas liberdades – como a econômica citada – são utilizadas como argumento para a defesa de discursos falsos, que não correspondem à veracidade científica, colocando em risco a sociedade e causando fraturas nas relações interpessoais a partir do mau exemplo dos gestores públicos.

Por igualdade, lembra-se do proposto por John Rawls (1971) acerca da garantia de que para que haja uma vida – digna, acrescento – para cada indivíduo, é necessário plena capacidade de fazer escolhas.

É a partir, sobretudo, da igualdade acima discutida (e/com liberdade) e da existência e fruição de instrumentos que facilitam e permitem atuações e decisões coletivas que se pode pensar em um processo transformador da realidade. Dessa forma, concebe-se a democracia como um processo orientado à transformação (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 169).

Carlos Santiago Nino (1989) propõe a ideia de democracia deliberativa<sup>5</sup>, qual seja a disseminação do conceito democrático, pautado pelo conflito, que faz surgir novas decisões de índole coletiva. Porém, há a necessidade de garantir a participação do povo no processo político. Assim, a democracia deliberativa busca rearticular os conceitos de soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia, sem desmerecer o papel conflituoso das relações sociais,

---

<sup>5</sup> Não se ignora, aqui, a possível distinção entre democracia participativa e democracia deliberativa. Para o presente artigo, ambas articulam a ideia contrária às decisões centralizadas do poder estatal, de forma a contribuir para maior influência dos cidadãos no debate e formação das políticas públicas. Para tanto, cita-se, como aprofundamento do estudo, as ideias de Habermas – teoria do agir comunicativo – e, também, dissertação de Balestero, cujo título é *O Resgate da Democracia Participativa e Deliberativa como Mecanismo Legitimador do Exercício dos Poderes Estatais*.

que traz produção de novas ideias, a partir das tensões experimentadas pelas interações.

No presente estudo, busca-se, em conjunto com o fundamento da Constituição Federal de 1988 da dignidade humana, compreender que a postura tomada pelo governo federal não condiz com o sentimento democrático – no momento, tenso e produtivo – e acaba por negar a participação de diversos atores políticos, o que contribui não só para o afastamento da política constitucional pátria, como também atua de forma contrária ao sentimento republicano.

A postura estatista e centralizada que reflete o cenário atual motivou desavenças entre as autoridades, e a população sofre pela confusão disseminada, especialmente em momento de medo diante da ameaça invisível da Covid-19. Trata-se da incorporação de uma agenda neoliberal e privatista, presente no discurso do Executivo Federal, que remonta ao estudo de Dardot e Laval (2016), ou seja, há uma presença forte do Estado – intervencionista – nas questões econômicas, que buscam assegurar as condições de competição, auxiliando o mercado e expandindo, por toda a sociedade, a ideologia competitiva, que provoca novas subjetivações, transformando as pessoas em empresários de si mesmos, alimentando a lógica da concorrência (SILVA, 2017).

Não apenas o Estado, mas toda a sociedade se adequa à nova racionalidade neoliberal, sob as premissas do mercado, traduzindo-se no homem competitivo, imerso no empreendedorismo de si mesmo. Tem-se, portanto, o neossujeito, a partir da governamentalidade estratégica, pautada em dispositivos de poder, buscando naturalizar a nova realidade do Estado-empresa. Produz-se, assim, uma sociedade esquizofrênica e doentia. (DARDOT; LAVAL, 2016; QUEIROZ, 2018).

Essa nova razão do mundo acaba por sufocar direitos e garantias sociais importantes para a proteção da dignidade humana, caracterizando a passagem do *welfare to work* (JESUS, 2018). Essa retórica pode ser confirmada pelas reportagens trazidas, demonstrando que a preocupação do chefe do Executivo federal é

econômica, em detrimento da saúde dos brasileiros, reproduzindo o discurso neoliberal que sustenta as opções políticas em tempos de pandemia. Isso faz com que os direitos de liberdade sejam utilizados de forma arbitrária para o sustento dos interesses neoliberais e, dessa forma, a igualdade necessária para o tratamento dos cidadãos brasileiros não se concretiza no cotidiano, diante das forças homogeneizantes da racionalidade econômica (SANTOS, 2001).

Nesse sentido, recorrer ao Poder Judiciário é um caminho possível<sup>6</sup>, mas há limites procedimentais que demandam tempo, bem como limites interpretativo-decisórios que não permitem a ampliação do debate da forma como é cabível no campo estritamente político.

### **3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA DECISÃO**

Diante do quadro político que se apresenta no país nesse momento de crise, explicitado na introdução do presente artigo, abre-se caminho para a judicialização das políticas públicas tomadas – e, também, pela omissão do Poder Público na tomada de tais medidas – tendo em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais da população, desnudando problemas estruturais de representação popular.

O Ministério da Saúde<sup>7</sup> tomou as medidas consideradas necessárias pela OMS – em especial, o isolamento social já citado –

---

<sup>6</sup> Dados buscados junto ao Painel de Ações Covid-19 junto ao STF: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>, acesso em 08.04.2020.

<sup>7</sup> Recomendações pelo Ministério da Saúde encontradas na cartilha disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/Cartilha-CoronaVamosNosProteger-v10-0504-compactado-2.pdf>, acesso em 08.04.2020.

porém, o governo federal não é capaz de compreender-se internamente, nem externamente com os demais entes federativos, o que gera desconfiança e desinformação no tocante às medidas a serem tomadas no combate à pandemia. O chefe do Poder Executivo federal acabou por nomear um general das Forças Armadas para comandar a pasta da saúde para pôr fim às discussões tidas com os médicos que ocuparam anteriormente o cargo (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

A compreensão não se dava, também, com os demais poderes constituídos, antes mesmo da crise da Covid-19 se instalar<sup>8</sup>. Nesse sentido, fala-se da jurisdição constitucional como alternativa de controle e contrapeso da harmonia dos poderes constituídos. Assim sendo, reforça-se a concepção de força normativa da Constituição, como argumentação suficiente para dar efetividade aos direitos consagrados no texto constitucional.

Trata-se, portanto, do

[...] constitucionalismo democrático que, assentado na valorização da constituição não somente como um documento, mas e acima de tudo por possuir um conteúdo de limitação de poder e de garantia de direitos, custodiando o seu êxito na defesa dos seus valores e fins pela jurisdição constitucional (NOBRE JÚNIOR, 2017, p.149).

Em consonância com o nas linhas iniciais, há o conflito entre constitucionalismo e democracia, que, ao mesmo tempo que é pautado pelos nortes da Constituição, esta também acaba por fomentar as tensões, de forma a produzir consensos e soluções democráticas, balanceando o princípio democrático – soberania popular – e direitos e garantias fundamentais – constitucionalismo. Nesta senda, “o controle da política passa a ser compartilhado, por assim dizer, por organismos não integrantes diretamente do núcleo estatal ao qual

---

<sup>8</sup> A respeito dos desentendimentos entre os entes federativos, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da competência dos entes no tratamento das questões ligadas à pandemia:  
<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>, acesso em 11.05.2020.

compete adotar as decisões políticas normais, cuja investidura não advém pela escolha popular (NOBRE JÚNIOR, 2017, p. 149).

No caso da crise motivada pelo Covid-19 no Brasil, diversas foram as medidas adotadas de forma a judicializar as políticas públicas adotadas pelo Governo Federal – sem desconsiderar, também, as posturas tomadas pelo Poder Legislativo Federal como resposta ou a medidas ineficazes do Executivo, ou pela inércia do Planalto.<sup>9</sup> É certo que para propiciar unidade de comportamentos e norte das medidas a serem tomadas pelo Estado brasileiro como um todo, caberá ao Poder Judiciário a interferência constitucional nas decisões políticas dos demais poderes. Nesse caso, a medida se faz com urgência e necessidade evidentes, diante da postura contraditória do poder político central da nação, que não encontra consenso sequer entre seus pares.<sup>10</sup>

Surge, assim, ponto nodal do constitucionalismo pátrio, qual seja a participação política de um órgão não legitimado pelo voto popular para decidir sobre questões fundamentais para o enfrentamento da crise instalada no país. Dessa forma, a atuação jurisdicional do Poder Judiciário no tocante a questões que envolvem políticas públicas, ainda que do âmbito dos poderes legitimados pelo voto popular – Legislativo e Executivo – não encontra óbice, desde que para salvaguardar os fundamentos da Constituição.

Isso significa que, para a proteção de direitos humanos fundamentais, há a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário das decisões tomadas pelos demais Poderes da República.

Daí, então, é possível sustentar que, por atuar politicamente, a jurisdição constitucional visa ao bem estar geral, a ser concretizado mediante a incidência das diretrizes que a constituição delineou para a movimentação da atividade estatal e para o direcionamento do agir dos particulares. E assim o é

---

<sup>9</sup> Como exemplo, cita-se o auxílio emergencial, de iniciativa do Poder Legislativo, aprovado pelas duas Casas e sancionado pelo Presidente da República: <https://www.camara.leg.br/noticias/649910-conheca-as-regras-do-beneficio-emergencial-de-r-600/>, acesso em 08.04.2020.

<sup>10</sup> Como exemplo, recente decisão do STF acerca da competência dos Estados-membros em definir medidas para combate do Covid-19, acima citada.

porque – e desde o princípio – o direito constitucional, em sua essência, diferencia-se dos demais ramos jurídicos (...) pela singularidade de que o fenômeno político é um dos seus elementos intrínsecos (NOBRE JÚNIOR, 2017, p.153).

Neste sentido, a própria Constituição de 1988 trouxe mecanismos que permitem a aproximação do Poder Judiciário em face dos demais poderes constituídos, ensejando análise constitucional acerca de questões políticas. Faz parte da jurisdição constitucional tal postura do Poder Judiciário, e isso já se encontra em andamento no momento de crise em que se encontra a República Federativa Brasileira, diante da razão neoliberal dos discursos do Poder Executivo federal. Nesse sentido, Bachof (1986, p.843):

Considero indutible también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de certa tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas e cargo del juez que aplica la ley

Porém, há limites à atuação em comento, pois a postura judiciária não se dá de forma arbitrária, encontrando-se na atuação dos deveres constitucionais, em função típica de julgadores, conforme preceitua o art. 102 da CF. A atuação dos Poderes Políticos se dá diante da discricionariedade permitida pela democracia constitucional, norteadora dos interesses e objetivos sociais. Já a atuação do Poder Judiciário é vinculada, dando concretude aos valores previstos na Constituição, ainda que interpretando posições discricionárias dos demais poderes.

Há uma autocontenção – *self restraint* (Wolf, 1991) – que impera na força jurisdicional deste poder constituído. Como exemplo, cita-se a interpretação conforme a Constituição, modalidade de decisão judicial que busca, em último caso, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, devendo o Poder Judiciário

tomar as cautelas interpretativas necessárias para salvaguardar a norma produzida, sempre que possível (BARROSO, 2015, p.303-479). Da mesma forma, a Carta Magna previu instrumentos que buscam fornecer garantias à sociedade diante da inexistência de atitude dos poderes políticos, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF e Lei 13.330/2016) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF e Lei 9.868/99). Há, portanto, autorização constitucional para que o Poder Judiciário provoque a manifestação dos demais poderes, uma vez que sua inércia acaba por ferir direitos humanos fundamentais, violando os desígnios constitucionais.

Conforme dispõe García (1984, p.538) “todo critério de oportunidad que refleja concepciones de ‘política de Estado’ inevitablemente ‘se convierte’ en um principio jurídico”, de forma que o juiz constitucional, na aplicação do direito, dá concretude ao conteúdo, delimitando-o e extraindo padrões normativos. Daí, a importância da coerência e da integridade das decisões (DWORKIN, 2007) pautadas em valores, mediante o critério da razoabilidade.

Voltando-se para o momento atual da crise provocada pelo Covid-19, e diante do desencontro de informações, há que buscar campo pacífico para nortear a sociedade diante do caos que se consumou. A Europa apresenta novos casos, caracterizando uma segunda onda da pandemia, que começa a alcançar o Brasil aos poucos, embora o Ministério da Saúde fale em consequências da primeira onda (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020), e a economia apresenta lenta recuperação, podendo se estender pelos próximos anos (EL PAÍS, 2020).

Importante registrar que há recursos que não são utilizados pelo governo federal no combate à pandemia (CNTS, 2020), sem políticas públicas para aplicação, demonstrando mais uma vez a negação do governo federal em face das medidas necessárias para proteção social e enfrentamento da Covid-19, tendo em vista o sustento da narrativa de que a economia deve prosperar em detrimento do combate à pandemia, apoiando-se numa nova razão do mundo, qual seja a ótica neoliberal.

[...] nas constituições recentemente promulgadas, o cariz analítico de suas disposições vem fazendo constar nestas, com assiduidade, balizas (guidelines) orientadoras de futura integração legislativa, reduzindo, assim, o espaço de liberdade do Parlamento, permitindo uma fiscalização pelo órgão judicial. Tal se afigura comum quanto ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou de segunda dimensão. Entre nós, os exemplos são vários, conforme se pode vislumbrar no particular da saúde (arts. 196 a 198) (NOBRE JÚNIOR, 2017, p.155).

Desta feita, as questões pertinentes, inclusive dos direitos sociais, afetas à crise em comento, podem ser alçadas à Corte de Justiça para que esta delimite a atuação do Poder Executivo, de forma a evitar que a discricionariedade – e, até mesmo, arbitrariedade – do chefe de governo não apresente risco à população.

Ocorre que, no campo político, há sempre a possibilidade de maior participação da sociedade, de forma a garantir uma decisão que consista numa postura estatal mais condizente com os pilares do Estado brasileiro. Dessa forma, busca-se uma análise pluralística do direito e da política, de forma a propiciar campo social que amplia o debate e permite a consecução de decisões mais robustas acerca das medidas necessárias. Fala-se, aqui, do princípio e da instituição do comum, como alternativa para uma democracia absoluta (HARDT; NEGRI, 2004), de forma a proporcionar que a tomada de decisão se dê a partir das opções dos cidadãos, que cooperam entre si, a partir da cotidianidade (SANTOS, 2001).

Pelo exposto, verifica-se que recorrer ao Poder Judiciário é possível – em especial para conter arbitrariedades –, porém denota, ao menos, duas problemáticas: (i) a primeira diz respeito ao trâmites processuais, que demandam tempo necessário para formação do contraditório e ampla defesa, o que, em situações urgentes, pode significar prejuízo considerável à população, e (ii) a segunda diz respeito aos limites da interpretação e da decisão judicial, que devem corresponder a atuação jurisdicional do julgador, à luz da satisfação dos direitos humanos fundamentais, mas que, por não possuir margem ampla de escolha, acaba ficando refém dos autos, o que até

permite a solução do processo, porém nem sempre com eficácia coletiva e esperada pela população.

É certo que, no momento atual, pensar na alteração estrutural do poder decisório pode não ser alternativa a ser posta em prática. Porém, o estudo acerca da melhor opção de representatividade da sociedade merece atenção, especialmente diante da situação de crise vivenciada, o que permite desnudar com maior clareza as dificuldades de consenso e escolha no sistema monista posto, deixando a população desprotegida pela negativa de direitos.

Passa-se a pensar, como alternativa, no pluralismo jurídico-político no âmbito da estrutura da sociedade pátria, a partir da instituição do comum<sup>11</sup>.

#### **4 PLURALISMO JURÍDICO-POLÍTICO: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO. A REVITALIZAÇÃO SOCIAL A PARTIR DO COMUM**

Diante do quadro apresentado, e à luz dos conflitos decisórios que se desnudam entre os entes federativos e os poderes constituídos, fica clara a dificuldade de consenso permeada por fatores ideológico-políticos. Trata-se da razão neoliberal presente no discurso do governo brasileiro.

É papel do Estado Democrático de Direito a valorização de fundamentos sociais e institucionais, por meio de políticas públicas que, para que estejam adequadas ao *mandamus* constitucional, devem ser orientadas pela redução das desigualdades sociais e regionais (art.

---

<sup>11</sup> Neste trabalho, tanto as ideias de Antonio Negri e Michael Hardt, quanto as de Pierre Dardot e Christian Laval são citadas, pois ambas apontam para a possibilidade de instituição do comum para uma nova democracia. Não se desconsidera que tais propostas apresentam pontos colidentes entre si, mas, para a temática aqui apresentada, o que merece destaque é a oportunidade de produção e instituição do comum para a tomada de decisão, de forma que ambas caminham em consonância nesse sentido. Ao final do terceiro tópico, apresenta-se uma proposta mais voltada às ideias de Dardot e Laval.

3º, CF). O cenário atual demonstra que se faz necessário redefinir o processo decisório-normativo, com o fito de promoção do reconhecimento de novos sujeitos de direitos.

O arcabouço teórico que sustentou tanto os modelos estatais como a forma organizacional administrativa não atente mais as expectativas atuais justificando, assim, a busca por alternativas estruturais e inclusivas capazes de atender as relações sociais, mercadológicas e políticas a partir de sua complexidade e peculiaridades próprias da atualidade (ALVES, 2013, p.299).

Processo importante na reconfiguração do aspecto normativo-jurídico da sociedade é a revitalização social, ou seja, o resultado da ação estatal que busca concretizar políticas públicas para diminuição das desigualdades sociais, por meio da coprodução de necessidades sociais. Dessa forma, a necessidade de alteração do sistema normativo social é medida que busca o albergue de novos direitos, mas que, por conta do monismo jurídico, não é suficiente para a ampliação da diversidade sociocultural existente nas sociedades complexas contemporâneas, dificultando a tomada de decisão.

Destacam-se diversos grupos que, com a crise do Covid-19, sofrem consequências drásticas. Grupos marginalizados como os presos, indígenas, quilombolas, moradores de periferias e pessoas em situação de rua não possuem voz social, ou estão silenciados pela lógica neoliberal, embora deveriam ser considerados pelas autoridades como sujeitos de direitos, e merecessem medidas para salvaguardar suas vidas. Alguns grupos possuem representações autônomas, mas outros contam, muitas vezes, apenas com o auxílio de ONGs e da própria comunidade, pelo exercício da alteridade e respeito para com o próximo, ensinando que a solidariedade é fruto da necessidade do convívio com o outro.<sup>12</sup> O não auxílio do Estado acaba sufocando as populações citadas, que, diante da necessidade de alimentação, não se ausentam dos trabalhos e expõem-se cada vez mais ao risco do contágio.

---

<sup>12</sup> Ver a esse respeito: Subcidadania brasileira, de Jessé Souza.

A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um específico complexo de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação do interesse liberal-individualista e por uma estrutura estatal centralizada. Certamente que este entendimento não só compartilha da ideia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como, sobretudo, confirma a concepção de que o Direito é sempre produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes das necessidades humanas (WOLKMER, 1995, p.17).

O que ocorre é que o Estado, pelas estruturas de administração político-jurídicas, acaba por encontrar, no direito, o fundamento racional que norteia o que pode e o que não pode nas sociedades. Porém, essa estrutura – legitimada a partir do sistema de divisão de poderes – impõe uma organização social e política que concentra o monopólio normativo nas mãos do Estado. Há, nessa organização, forte presença dos ideais burgueses-capitalistas que deflagram uma igualdade formal e reproduz mecanismos de desigualdade. Ou seja, o direito positivado, abstrato e coercitivo funciona, na verdade, como dispositivo de poder (FOUCAULT, 2014), produzindo efeitos de verdade que acabam por sufocar sujeitos de direitos invisíveis aos olhos do Leviatã.

O Estado monista, centralizador e detentor do poder da produção normativa e estruturas ideológicas fundamentadas no positivismo como simbologia de uma segurança jurídica inexistente, cede lugar a um modelo organizacional que envolve a participação efetiva da sociedade, a democracia participativa quebrando o individualismo e reconhecendo os sujeitos coletivos como fomentadores de um direito comunitário e participativo (ALVES, 2013, p.302).

Trata-se, para Boaventura de Souza Santos (1998), de um novo marco caracterizado pela pós-modernidade. As transformações necessárias no campo do direito buscam a transição para um novo contexto sociocultural, importante para a salvaguarda de novos direitos. O intuito é promover a inclusão de novos seguimentos marginalizados socialmente, gerando libertação e emancipação de

sujeitos historicamente oprimidos, injustiçados, excluídos (WOLKMER, 2001).

Para tanto, tem-se que a democracia participativa busca a inclusão de esferas não estatais além do sufrágio, implantando políticas públicas e auxiliando numa construção racional da própria identidade cultural que funda a sociedade e afirma a liberdade. Porém, o discurso neoliberal funda também subjetividades, atingindo o cotidiano das relações sociais, traduzindo na imposição da lógica da concorrência e do empresariado de si mesmo, de forma que se faz necessário pensar para além da postura de uma democracia participativa dentro do modelo neoliberal.

Dardot e Laval (2016, p. 390) dispõem que não se pode propor, atualmente, a “dar novo fôlego a sistemas decadentes, amparando a combalida democracia representativa com as escoras bambas da democracia participativa”. Isso, por sua vez, representaria o reforço do próprio pensar da razão do mundo neoliberal e dos dispositivos estratégicos e, por isso, propõem contraculturas para uma nova governamentalidade, retomando a necessidade de se pensar num governo de si para reconstruir o neossujeito (DARDOT; LAVAL, 2016, p.395), a partir do enfrentamento da racionalidade imposta atualmente, de forma vertical e que pretende-se homogênea (SANTOS, 2001). A invenção dessa nova forma de vida passa, necessariamente, pela invenção coletiva, com a multiplicação e intensificação das contracondutas de cooperação. (DARDOT; LAVAL, 2016, p.401).

O governo dos homens *pode* alinhar-se a outros horizontes, além daqueles da maximização do desempenho, da produção ilimitada, do controle generalizado. Ele *pode* sustentar-se num governo de si mesmo que leva a outras relações com os outros, além daquelas da concorrência entre “atores autoempreendedores”. As práticas de “comunização” do saber, de assistência mútua, de trabalho cooperativo *podem* indicar os traços de uma *outra razão do mundo*. Não saberíamos designar melhor essa razão alternativa senão pela *razão do comum*. (DARDOT; LAVAL, 2016, p.402).

Apresenta-se a instituição do comum, o princípio político que se efetiva na esfera coletiva. Propõem-se três dimensões distintas do comum que se articulam, quais sejam o princípio político, a práxis instituinte e o governo. Portanto, exige-se a participação coletiva como fundamento para uma coobrigação política, e também a necessidade de se estabelecer o comum nas esferas social, econômica e jurídica, numa reestruturação das instituições sociais atualmente neoliberais. Cria-se, assim, a empresa comum, uma instituição democrática que busca reorganizar a economia. (DARDOT; LAVAL, 2017). Trata-se da latência dos titulares do poder constituinte tratado no início, e permite a reconstrução social com base nos anseios sociais, chamados por Hardt e Negri (2004) de multidão, alternativa ao Império atual (HARDT; NEGRI, 2002).

Tem-se uma revolução que se apresenta como um processo democrático, plural, construído coletivamente e que se efetiva a partir da práxis instituinte, mantendo-se por meio de um governo democrático do comum. O Estado não fará parte do processo de revolução, diante do fato de estar subordinado à nova razão do mundo, qual seja a ótica neoliberal, que depende da intervenção estatal para satisfação de seus interesses. (DARDOT; LAVAL, 2017; QUEIROZ, 2020).

Portanto, a proposta do comum está baseada em nove proposições políticas, que, paulatinamente, sustentarão as conquistas políticas para efetivação do comum. Uma transformação social e da norma jurídica (proposições 1 e 2), como mudanças jurídico-sociais; a emancipação do trabalho, a criação da empresa comum e a associação entre produtores do comum (proposições 3, 4 e 5), predominando na economia; a efetivação de uma democracia social e a transformação de bens e serviços públicos em instituições do comum (proposições 6 e 7) vindo na sequência, ainda num plano interno; e, por fim, a instituição global da efetivação da lógica do comum, com uma federação mundial dos comuns (proposições 8 e 9), de forma a produzir mudanças na razão neoliberal que impera atualmente. (DARDOT; LAVAL, 2017, p.479-604).

Tais propostas são apresentadas para buscar construir uma nova racionalidade – comum – que encontra ecos nas sociedades atuais por todo o mundo, inclusive no Brasil, a partir das manifestações que ocorreram na última década, servindo de sustento para uma revitalização social a partir do comum. As propostas encontram eco no pensamento de Milton Santos (2001) em sua apresentação de uma outra globalização possível. Trata-se da busca pela ética da alteridade, por meio da promoção da inclusão social e das práticas culturais.

Conforme destaca Bento (2003, p.64), existe uma “preocupação com a igualdade, a justiça social e a proteção àqueles mais vulneráveis, vale dizer, expostos às incertezas”, gerando a necessidade de ampliação do campo do debate e da formação de consensos para oitiva de diversas vozes, que formam a identidade cultural brasileira, e evitam que decisões centralizadas sejam tomadas, em detrimento das realidades ainda marginais, que merecem respeito, em face de sua dignidade humana (art. 1º, CF).

Uma alternativa é a promoção da revitalização social por uma política democrática que se preocupa com a conexão entre cidadãos e governos, oportunizando maior humanidade. O objetivo de desenvolvimento da revitalização é evitar o Estado Paralelo, com normativas próprias e que se colocam de forma tangente ao ordenamento pátrio. Portanto, descentralizar a tomada de decisão pública, permitindo a insurgência dos saberes (FOUCAULT, 2019, p.262-277) de novos espaços locais de exercício político e de cidadania, buscando-se a representação de diferentes sujeitos, a possibilidade de frutificação das diversas culturas e o bom exercício da democracia pela participação igualitária dos cidadãos.

É verdade que nos últimos anos, no Brasil, surgiram espaços que destacam uma lógica individualista, narcisista e egocêntrica e expõem características de retrocessos sociais, culturais e jurídicos a partir do substrato do discurso neoliberal que sustenta a radicalidade

de posturas e a restrição de direitos, criando bolhas e causando fraturas sociais.

Por isso é importante a aposta da instituição do comum na sociedade como alternativa para superar a narrativa neoliberal de exclusão e homogeneização presente nas autoridades do governo, de forma a fazer nascer forças cotidianas, a partir do estranhamento vivido nos espaços comuns de cooperação, permitindo uma construção de baixo, de uma cultura e de relações sociais comprometidas com a existência humana (SANTOS, 2001). A preocupação trazida a partir da consolidação da nova razão do mundo – o neoliberalismo – e a possibilidade de superação e instituição de uma outra racionalidade, condizente com o coletivo – o comum – é medida salutar e pode auxiliar na abertura de novos espaços – contracondutas – e para a instituição de uma nova práxis, repercutindo nos âmbitos social, jurídico, econômico e cultural. (DARDOT; LAVAL, 2016).

[...] devemos opor, portanto, uma *dupla* recusa não menos específica: a recusa de se conduzir em relação a si mesmo como uma empresa de si e a recusa de se conduzir em relação aos outros de acordo com a norma da concorrência. Nisso, essa dupla recusa não está ligada a uma “desobediência passiva”. Porque, se é verdade que a relação consigo da empresa de si determina imediata e diretamente certo tipo de relação com os outros (a concorrência generalizada), inversamente a recusa de funcionar como uma empresa de si, que é distanciamento de si mesmo e recusa do total autoengajamento na corrida ao bom desempenho, na prática só pode valer se forem estabelecidas, com relação aos outros, relações de cooperação, compartilhamento e comunhão. (DARDOT; LAVAL, 2016, p.400-401)

No momento atual da Covid-19, com diversidade de opiniões dos entes federativos e dos poderes constituídos, apostar na centralidade da decisão acaba por prejudicar o caminho conjunto ao norte da solução da crise ou, ainda, com a judicialização das questões políticas, que podem prejudicar a solução eficaz, uma vez que a tomada de decisão no âmbito jurídico encontra os limites apresentados anteriormente. Portanto, ainda que não altere a estrutura político-administrativa nesse momento de crise, a abertura do espaço público

à sociedade é medida salutar no combate à crise instalada, evitando-se a centralidade da razão, sob pena de correr-se o risco da produção do chamado racismo de Estado (AGAMBEN, 2002; FOUCAULT, 2019).

Nesse sentido, Dardot e Laval (2016) propõem que a subjetivação individual está intimamente ligada à subjetivação coletiva, de forma que a inovação de condutas, ensejando novas formas de subjetividade, somente poderá ocorrer a partir da invenção coletiva, devido à cooperação possível. Dessa forma, “as práticas de ‘comunicação’ do saber, de assistência mútua, de trabalho cooperativo *podem* indicar os traços de *outra razão do mundo*” (DARDOT; LAVAL, 2016, p.402), o que constituir-se-á numa razão do comum (DARDOT; LAVAL, 2017). Assim sendo, o pluralismo jurídico pode auxiliar na construção de uma nova proposta de revitalização social a partir da instituição do comum, em consonância com a proposta nº 2 apresentada por Dardot e Laval.

de cunho comunitário-participativo no âmbito da revitalização social com o objetivo de demonstrar que, mesmo sem negar a intervenção estatal, é possível reconhecer sujeitos coletivos ou não construindo novos paradigmas jurídicos e administrativos que atendam melhor e de forma mais eficiente os problemas e conflitos sociais, propondo ações capazes de alterar o estágio atual de exclusão e desigualdades (ALVES, 2013, p.307).

Segundo Wolkmer (2001, p.100), a abertura de “novos espaços institucionais periféricos passa, fundamentalmente, pela legitimidade instaurada por novos atores sociais, e pela justa satisfação de suas necessidades”. Assim, o pluralismo jurídico de cunho comunitário-participativo apresenta como objetivo – e desafio de instituição da nova razão do mundo, o comum – a construção de uma sociedade mais democrática, com o norte da coletividade, dos direitos humanos, da cidadania e da redução das desigualdades sociais, cumprindo, assim, com os mandamentos da Carta de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se que a estrutura do Estado brasileiro, fundada numa centralização política na tomada da decisão, não protege de forma suficiente os direitos dos cidadãos, de forma que estimular o centro decisório pluralista acaba por permitir maior desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

A confluência entre democracia e constitucionalismo permite a produção do consenso por meio da tensão entre a presença da soberania popular e a latência do poder constituinte. Há, assim, o desenvolvimento de novos direitos para novos sujeitos, ao mesmo tempo que o respeito e resguardo aos direitos postos, encontrando limite no norte axiológico-normativo da dignidade da pessoa humana.

O Poder Judiciário pode e deve ser chamado a atuar em momentos de crise política, em especial para conter arbitrariedades, decidindo acerca de questões amplas e que envolvem aspectos discricionários dos demais poderes constituídos. Porém, a atuação se dá pela jurisdição constitucional, que dispõe de limites procedimentais e decisórios, sob pena de se pautar o magistrado em poder arbitrário, não lhe conferido pela Constituição Federal de 1.988.

Há, no discurso do governo federal, a presença de uma nova razão do mundo, dependente do Estado, qual seja o neoliberalismo, que repercute no social e molda subjetividades. O pluralismo jurídico surge como alternativa diante da situação posta, a partir da possibilidade de instituição do comum. Ao se evidenciar a dificuldade da escolha das autoridades constituídas no sistema monista, verificou-se que as decisões tomadas muitas vezes ou se afastam da realidade de diversos sujeitos de direitos, ou acabam privilegiando interesses que não condizem com o sentimento democrático-republicano norteador do Estado de Direito.

A democracia do comum, promovendo a inclusão de setores diversos da sociedade, propicia a ampliação do debate por meio de maior discricionariedade do campo político, o que permite uma

decisão mais plural e igualitária e fomenta a eficácia de direitos humanos fundamentais.

Superar a crise da Covid-19 é o primeiro e mais importante direito que se avista, e o faremos por meio da salvaguarda das vidas e da dignidade humana, ante a todo e qualquer direito econômico pautado exclusivamente no capital e na mão invisível do mercado. Porém, que sirva a situação embaraçosa em que se encontra o governo atual para demonstrar para a sociedade em geral – e para os representantes, em particular – que apostar no sistema monista de centralidade de decisões não é um caminho salutar, pois não apresenta satisfação dos direitos plurais. A práxis do comum pode ser um caminho mais auspicioso para uma revitalização social da democracia pós-moderna.

Dessa forma, postula-se por uma nova estrutura, com ditames democrático-republicanos que satisfaçam as exigências de uma Constituição social-garantista. Temos, agora, nova oportunidade de olharmos para as decisões tomadas anteriormente, verificar o caminho de insucesso e corrigir as rotas, incentivando a alteridade e o solidarismo, características de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Data de Submissão: 29/06/2020

Data de Aprovação: 15/12/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Tâmisia Rúbia Santos Do Nascimento Silva

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**. O poder soberano e a vida nua I. [1995] Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ALVES, Elizete Lanzoni. **A Administração Pública e a Revitalização Social sob a Ótica do Pluralismo Jurídico**. Pluralismo Jurídico: Os Novos Caminhos da Contemporaneidade. Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto, Ivone M. Lixa (orgs.) – 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 299-309
- BACHOF, Otto. **Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional**. Entre derecho y política. Boletín mexicano de derecho comparado, Ciudad del México, año XIX, n. 57, set/dez. 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/ Luís Roberto Barroso – 5ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988
- BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre a eficiência e a democratização**. Barueri: Manole, 2003.
- BODIN, J. [1576] 1992. **On sovereignty**. Cambridge: CUP.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV. São Paulo. 6[1] p. 159-174. Janeiro-Junho 2010.
- CHUEIRI, Vera Karam de; FACHIN, Melina. **Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo Apaziguado**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v.2, jan/jun. 2006
- CNTS. **Governo Bolsonaro não usa dinheiro aprovado para combate à pandemia**. Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Publicado em 25 de novembro de 2020. Disponível em [Governo Bolsonaro não usa dinheiro aprovado para combate à pandemia | CNTS](#). Acesso em 30.11.2020.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal / Pierre Dardot; Christian Laval; tradução Mariana Echalar. – 1. ed. – São Paulo : Boitempo, 2016.**

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: ensaio sobre a revolução no século XXI / Pierre Dardot, Christian Laval; tradução Mariana Echalar. – 1. ed. – São Paulo : Boitempo, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**: the Theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000

EL PAÍS. **FMI melhora previsão econômica para o Brasil em 2020, mas estima recuperação mais lenta**. Internacional. EL PAÍS Brasil. Publicado em 13 de outubro de 2020, 10h16. Disponível em [FMI melhora previsão econômica para o Brasil em 2020, mas estima recuperação mais lenta | Internacional | EL PAÍS Brasil \(elpais.com\)](#). Acesso em 30.11.2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Bolsonaro decide efetivar Pazuello como ministro da Saúde**. Publicação em 14 de setembro de 2020, 20h06. Atualizado em 14 de setembro de 2020, 21h22. Disponível em [Bolsonaro decide efetivar Pazuello como ministro da Saúde - 14/09/2020 - Equilíbrio e Saúde - Folha \(uol.com.br\)](#). Acesso em 30.11.2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Pazuello nega 'segunda onda' da Covid no Brasil e fala em 'repique' no Sudeste e Sul**. Publicado em 26 de novembro de 2020, 21h24. Atualizado em 26 de novembro de 2020, 20h55. Disponível em [Pazuello nega 'segunda onda' da Covid no Brasil e fala em 'repique' no Sudeste e Sul - 26/11/2020 - Cotidiano - Folha \(uol.com.br\)](#). acesso em 30.11.2020.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 9ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo. Paz e Terra. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2010 (Coleção obras de Michel Foucault).

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1**: A vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. 9ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo. Paz e Terra. 2019 (Coleção Biblioteca de Filosofia).

- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro. Vozes, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Dits et écrits (1954-1988).** Paris: Gallimard, 2001. 2 v.
- FOUCAULT, Michel. **The history of sexuality: an introduction.** New York: Vintage Books, v. 1. 1990.
- GARCÍA, Enrique Alonso. **La interpretación de la constitución.** Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1984.
- GARGARELA, Roberto. **Constitución y democracia.** In: ALBANESE, Susana; et al. (Orgs) Derecho constitucional. Buenos Aires: Universidad, 2004.
- GARGARELA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.** Barcelona: Ariel, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social.** Tradução Paulo Astor Soethe; revisão da tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império.** Trad. Berilo Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multitude: war and democracy in the age of empire.** New York: Penguin, 2004.
- JESUS, Cristian Arão Silva de. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal [Pierre Dardot e Christian Laval].** Miolo, revista crítica marxista, p. 213-215, 2018.
- KALYVAS, Andreas. **Democracia Constituinte.** Lua Nova, São Paulo, 89. pg. 37-84. 2013.
- LEFORT, Claude. **A invenção democrática – os limites do totalitarismo.** São Paulo: Brasiliense, 1981.
- NEGRI, Antonio. **O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: um ensayo de fundamentación. Madrid: Ariel, 1989.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Jurisdição Constitucional e Política**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba. Volume 4, n. 2, p. 147-162. Maio/Agosto. 2017.

QUEIROZ, Felipe. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Resenha. Caderno CRH, Salvador, v. 31, n. 82, p.187-191, Jan./Abr. 2018.

QUEIROZ, Felipe. **A revolução do comum**. Resenha Book Review. Trabalho, educação e saúde, Rio de Janeiro, 2020.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal / Milton Santos - 6ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela Mão de Alice**: O Social e o Político na Pós-Modernidade. 3. ed. Porto: Editora Cortês, 1998.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa** – que é o Terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Luman Juris, 1997 (Clássicos do direito).

SILVA, Thiago Dias da. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre o neoliberalismo. Resenha de Pierre Dardot e Christian Laval. São Paulo: Boitempo, 2016. Cognitio Estudos. Revista Eletrônica de Filosofia. Vol. 14, nº2, julho-dezembro, 2017.

UOL. **Bolsonaro volta a defender cloroquina contra covid-19 e diz que desemprego leva à morte**. Publicação em 13.08.2020, 12h05. Disponível em [Bolsonaro volta a defender cloroquina contra covid-19 e diz que desemprego leva à morte \(uol.com.br\)](https://www.uol.com.br/brasil/ultimas-noticias/2020/08/13/bolsonaro-volta-a-defender-cloroquina-contra-covid-19-e-diz-que-desemprego-leva-a-morte/). Acesso em 30.11.2020.

UOL. **Coronavírus: Bolsonaro volta a criticar isolamento social e diz que não dá para continuar assim**. Publicação em 26.05.2020, 22h08. Disponível em [Coronavírus: Bolsonaro volta a criticar isolamento social e diz que não dá para continuar assim \(uol.com.br\)](https://www.uol.com.br/brasil/ultimas-noticias/2020/05/26/coronavirus-bolsonaro-volta-a-criticar-isolamento-social-e-diz-que-nao-da-para-continuar-assim/). Acesso em 30.11.2020

UOL. **Bolsonaro diz que máscara tem “eficácia quase nula”; ciência aponta proteção**. Publicação em 19.08.2020, 22h24.

Disponível em [Bolsonaro diz que máscara tem "eficácia quase nula"; ciência aponta proteção \(uol.com.br\)](#). Acesso em 30.11.2020.

WOLF, Christopher. **La transformación de la interpretación constitucional**. Trad. Maria Garcia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárel. Madrid: Civitas, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**/Antonio Carlos Wolkmer. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva. 2015.

## **Covid-19 Denuded The Contradictions Of The Brazilian Federative Republic: The Difficulty Of Legitimizing Decision-Making And The Proposal Of The Institution Of The Common**

Gabriel Scudeller de Souza

Vivianne Rigoldi

**Abstract:** The world, in 2020, was added by a new coronavirus that spread to several countries and brought health problems, including deaths. The pandemic was decreed. The high contamination is the problem, given the fact of collapsing health systems. The main measure defended is social isolation, in order to flatten the contagion curve. In Brazil, federal entities do not defend the same proposals, and contribute to the worsening of the crisis. It is demonstrated that the difficulty of the national system in dealing with the crisis bares the problem of decision-making. In this scenario, it is thought to turn to the judiciary to assess the defense of fundamental human rights in the face of state public policies. It happens that the judicial process, although an alternative, requires respect for procedural procedures, which may not be efficient for an urgent decision. Thus, in view of the teachings about legal pluralism, as well as in the light of a more participatory and deliberative system, a new decision-making, non-centralizing and more democratic center is postulated, identified as a principle of the common. By the deductive method, with bibliographic consultations and scientific articles, we seek to understand such social issues, now bare in front of Covid-19.

**Keywords:** Legal pluralism. Decision-making. Pandemic. Covid-19. Common.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53647>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



# Estado De Calamidade Pública Enquanto Possibilidade De Limite Circunstancial Implícito De Emenda Constitucional

**Roberto Leonardo da Silva Ramos\***

Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Faculdade de Direito, Marabá-PA, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-2316-8696>

**Resumo:** O estado de calamidade pública foi decretado pela primeira vez no Brasil em nível nacional no mês de março de 2020, decorrente da proliferação do Coronavírus, causador da Covid-19. A dinâmica social é sensivelmente afetada, dada as restrições estabelecidas pelo poder público nas esferas federal, estadual e municipal. Visando regulamentar a nova realidade, constata-se ampla produção normativa, a exemplo de leis, decretos e até mesmo de emenda constitucional, bem como a judicialização de temas pertinentes ao enfrentamento dessa emergência de saúde pública, instaurando-se uma crise institucional. Nesse contexto, indagou-se acerca da possibilidade de reconhecimento de limite circunstancial implícito ao poder de emenda da Constituição, especialmente em casos de decretação do estado de calamidade pública. O artigo utilizou-se do método de abordagem dedutivo, de procedimentos comparativo, bibliográfico e documental, realizando estudo na área constitucional a partir de atos normativos, jurisprudências e doutrinas. Partiu-se dos institutos dos poderes constituinte e constituído, evidenciando seus limites expressos e implícitos como instrumentos eficazes na manutenção da ordem constitucional que corresponda às expectativas da soberania popular, para concluir pela possibilidade da irreformabilidade circunstancial implícita da Constituição Federal na vigência do estado de calamidade pública.

**Palavras-chave:** Emenda constitucional. Calamidade pública. Limite circunstancial implícito.

\* Professor da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA). Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade. E-mail: [robertoleonardo@mouraramos.com.br](mailto:robertoleonardo@mouraramos.com.br)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54235>

# **Estado De Calamidade Pública Enquanto Possibilidade De Limite Circunstancial Implícito De Emenda Constitucional**

Roberto Leonardo da Silva Ramos

## **1 INTRODUÇÃO**

O estado de calamidade pública consiste em um conjunto de acontecimentos danosos que provocam uma anormalidade no funcionamento institucional e na dinâmica relacional da sociedade, ocasionando um estado de crise emergencial. No Brasil, a primeira experiência em nível nacional é o caso do Coronavírus, causador da Covid-19, resultando na decretação do estado de calamidade pública em março de 2020.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) reconheceu a proliferação do Coronavírus como pandemia, isso porque o vírus foi detectado na totalidade dos continentes, vindo a ocasionar um caos na saúde, atingindo níveis consideráveis de mortalidade. No Brasil há concomitantemente, a discussão sobre os melhores meios de enfrentamento, dividindo opiniões em decorrência do escasso conhecimento técnico referente ao comportamento do vírus.

No âmbito jurídico, o Poder Judiciário vem sendo provocado para se manifestar sobre inúmeras matérias, a exemplo da legalidade de medidas restritivas ao direito de locomoção, ao fechamento do comércio e, até mesmo, à competência legislativa e administrativa dos entes federativos. Nesse sentido, quantidades significativas de atos normativos são editados, a exemplo de leis, decretos, portarias e, inclusive, uma emenda constitucional.

Diante desse contexto, busca-se saber a possibilidade de reconhecimento de limite circunstancial implícito ao poder de emenda da Constituição Federal (CF) em casos de estado de calamidade pública. Trata-se de debate quase inexistente e suscitado de modo inédito pelo jurista Ingo Wolfgang Sarlet.

Delimita-se a pesquisa no campo do direito constitucional, lançando mão principalmente de textos autorais de Luís Roberto Barroso, José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Boaventura de Sousa Santos, Emmanuel Joseph Sieyès, Lenio Luiz Streck, André Ramos Tavares, além do próprio Ingo Sarlet. A hipótese defendida é pela possibilidade da referida irreformabilidade, sob a condição de poder ocorrer alteração no texto constitucional em situações excepcionais, com vistas ao enfrentamento da causa ensejadora do estado de calamidade pública, sendo defeso inibir direitos consolidados constitucionalmente.

A construção do entendimento proposto, desenvolve-se inicialmente quanto ao poder constituinte e poder constituído, objetivando demonstrar a essência de cada instituto e sua legitimidade, haja vista possuírem a função de positivizar normas estruturantes do sistema jurídico, o primeiro se fundamentando na construção valorativa no curso histórico e o segundo, nas disposições expressas e implícitas da ordem constitucional.

Em seguida, discorre-se sobre os limites ao poder de reforma, que, no atual estágio da realidade brasileira, se confunde com o próprio poder de emenda, quais sejam, os limites formal, material (expresso e implícito) e o circunstancial expresso, pondo em evidência ideias essenciais de cada instituto para a construção da tese aqui defendida. Em seguida, aborda-se diretamente a possibilidade de limite circunstancial implícito, particularmente em casos de decretação de calamidade pública.

O instituto em apreço é esmiuçado a partir dos princípios da analogia, da razoabilidade, da proporcionalidade, com a defesa do estado constitucional democrático de direito e dos valores que

suplantam as dificuldades de reconhecimento da referida irreformabilidade.

## **2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PODER CONSTITUINTE E DO PODER CONSTITUÍDO**

Pretende-se, no corrente capítulo, demonstrar a legitimidade e titularidade do poder constituinte, dados necessários ao entendimento da tese desenvolvida relativa aos limites circunstanciais implícitos às reformas constitucionais. Apesar de se reconhecer a existência de constituição, e por consequência, de poder constituinte desde a origem das primeiras organizações políticas, na presente obra, realiza-se o recorte da teoria do poder constituinte, que alude às instituições do mundo moderno em sua última fase.

As primeiras constituições do período moderno remontam à estadunidense, de 1787, e francesa, de 1791, sendo a primeira de âmbito mais regionalizada visando a desvinculação colonial com a metrópole europeia e a segunda com o escopo universalista, pretendendo ampliar seus princípios fundantes para outros Estados. O pensador e ativista francês Emmanuel Joseph Sieyès em sua obra *Qu'est-ce que Le Tiers État?*<sup>1</sup>, traduzida para o português como “A Constituinte Burguesa”, introduz o debate referente ao poder constituinte, a partir da teoria política e jurídica, tendo como base a aproximação do Terceiro Estado (burguesia) com a ideia de Nação.

Para Sieyès (2014), o poder constituinte diferencia-se do poder constituído, sendo aquele baseado no direito natural e refletindo a vontade da Nação, detentora da soberania nacional. A Nação, por sua vez, seria materializada na classe burguesa, que, até então, não gozava de prestígio político, mudança ocorrida com as revoluções liberais e a

---

<sup>1</sup> Publicado originariamente no ano de 1789. Utilizou-se a 6ª edição traduzida no ano de 2014.

percepção da teoria do poder constituinte moderno. O poder constituído tem seu fundamento e seus limites no poder constituinte, isto é, o seu exercício deve se desenvolver com base em normas previstas na Constituição.

No ordenamento jurídico brasileiro, comumente adota-se a nomenclatura de poder constituinte como poder constituinte originário, e poder constituído como poder constituinte derivado, este se dividindo em poder decorrente, poder constituinte revisional e poder de reforma. Conforme especificado mais adiante, na presente obra adota-se a nomenclatura “poder constituinte” e “poder constituído” (ou “instituído”), sendo o poder reformador, cujas subcategorias são os poderes de emenda e revisão.

O poder constituinte emana da interação volitiva entre os atores sociais, pois se baseia nas exigências e na aceitação por parte da sociedade das normas apresentadas pelos sujeitos formadores de opinião e detentores de espaços que o capacitem para a edição de normas constitucionais. A esse respeito, Luís Roberto Barroso (2018) expõe:

O poder constituinte, como qualquer poder efetivo, envolve a manifestação de vontade de quem o exerce e o consentimento ou a sujeição de quem a ele se submete. Dificilmente será possível falar na vigência de uma Constituição onde haja desobediência ampla e generalizada. Na sua essência, portanto, o poder constituinte consistente na capacidade de elaborar uma Constituição e de determinar sua observância. (BARROSO, 2018, p. 81)

Sem aceitação popular não há força para se criar uma nova constituição, muito menos sua permanência em vigor, pois a norma fundamental reflete as aspirações sociais, econômicas e políticas de uma geração. Portanto, por mais que detentores do poder político tentem normatizar seus interesses particulares, sem ampla adesão social haverá forte resistência e desobediência significativa dos integrantes da sociedade. Como modo de dificultar ingerências abusivas mascaradas em forma de normas constitucionais, existem previsões de limites aos poderes constituintes e constituídos, como

será detalhado oportunamente. Então, o poder constituinte tem sua titularidade na soberania nacional (conforme desenvolvido por Emmanuel Joseph Sieyès), baseada na adesão popular, que atribui legitimidade ao exercício da constituinte. Movimento diverso reveste-se de ilegitimidade, havendo ruptura entre o direito e a sociedade, provocando atritos sociais e a imposição da força física visando a observância das diretrizes normativas. O poder constituinte legítimo é efêmero, sendo uma vez alcançados os seus objetivos, dá lugar ao poder constituído, que atuará com base nas normas postas.

A soberania nacional não se vincula a nenhuma norma preexistente, sendo o poder constituinte pré-constitucional, como reconhece Ingo Wolfgang Sarlet (2017).

A constituição, ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, não extrai o seu fundamento de validade de uma ordem jurídica (formal) superior, mas se estabelece e alcança autoridade jurídica superior (em relação às demais esferas normativas internas do Estado) em função da “vontade” das forças determinantes e representativas da sociedade na qual surge a constituição. É neste sentido que o poder constituinte acaba assumindo a feição de uma categoria pré-constitucional, capaz de, por força de seu poder e de sua autoridade, elaborar e fazer valer uma nova constituição. (SARLET, 2017, p. 98-99)

Assim, o poder constituinte estabelece uma nova ordem constitucional, podendo a critério próprio recepcionar ou não normas constitucionais anteriores, vale dizer, seu fundamento de validade é a soberania nacional, expresso pela vontade popular, não em um momento específico que pode se apresentar ilegítima, mas em uma construção cultural no curso histórico. O exercício do poder constituinte se dá, em regra, pela assembleia constituinte, ou seja, por representantes do povo imbuídos de editar uma carta que expresse os valores da nação.

Apesar de ser comum mencionar o poder constituinte como ilimitado e autônomo, verifica-se que estas atribuições não são absolutas. Emmanuel Sieyès (2014) já reconhecia o direito natural como condicionante ao poder constituinte, ideia que evoluiu no tempo.

Hodiernamente se podem destacar alguns limites úteis ao objeto da presente análise.

Em termos materiais, localizam-se os condicionantes no campo da legitimidade, e não da legalidade. Para tanto, a assembleia constituinte deve compatibilizar sua produção normativa a preceitos axiológicos prevalentes no corpo social, refletindo uma influência à tradição constitucional. Luís Roberto Barroso (2018) posiciona-se nesse mesmo sentido, conforme exposto abaixo:

O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma autônoma em relação à realidade. (BARROSO, 2018, p. 86)

Ocorrendo descompasso entre valores sociais e as normas recém-editadas, não há de se falar em legitimidade e, por consequência, se dá o afastamento do caráter democrático. Também deve haver observância a princípios supranacionais e presentes em cartas internacionais de direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Formalmente, isto é, no âmbito do procedimento percorrido desde a convocação da assembleia constituinte até a deliberação, visualiza-se uma fase de autorregulação dos sujeitos ocupantes dos cargos políticos diretamente envolvidos. A título de exemplo, a Constituição Federal de 1988 teve seus elementos formais de edição estabelecidos por uma Emenda (Nº26/1985) à Constituição de 1967/1969. Os meios a serem percorridos visando a edição da carta constitucional são influenciados pela força transformadora da estrutura política e jurídica até então existente

Todas as ações e limites da assembleia constituinte são condicionados fundamentalmente pela força transformadora emergente dos movimentos sociopolíticos, podendo ser legítima, a exemplo de mudança na estrutura política, ou ilegítima, a exemplo de um golpe de estado. Uma vez estabelecida a nova ordem

constitucional, surge o poder constituído, comumente denominado de poder constituinte derivado. O referido poder é responsável pela adaptação normativa às novas realidades sociais, evitando-se assim o engessamento constitucional.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 1.124) “[...] a ideia de superioridade do poder constituinte não pode terminar na ideia de constituição Ideal [...]”, portanto a constituição apesar de servir como instrumento de estabilidade institucional não significa que deverá ser imutável, pelo contrário, o equilíbrio da estrutura política e jurídica é reforçado pela capacidade de mudança constitucional no curso do tempo.

A mudança das normas constitucionais pode se dar de modo informal e formal, como menciona José Afonso da Silva (2005) nos seguintes termos:

A questão terminológica nessa matéria começa pela necessidade de fazer distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional. A primeira consiste num processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado. A segunda é o processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador. (SILVA, 2005, p. 61-62)

A mutação constitucional enquadra-se como informal por não alterar o texto da constituição, sendo um exemplo a mudança de interpretação do X, art. 52 da CF pelo STF, já que, ao declarar a inconstitucionalidade em sede incidental, os efeitos da decisão são *erga omnes* e vinculantes, devendo a Suprema Corte apenas informá-la ao Senado, para que proceda a publicidade da decisão<sup>2</sup>, não mais havendo discricionariedade do legislativo em suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional.

---

<sup>2</sup> STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017.

O segundo modo de mudança é a formal, ocorrendo por meio da reforma constitucional, em que há alteração do conteúdo da Constituição. O termo “reforma” se refere a qualquer alteração do texto constitucional, sendo gênero das espécies emenda e revisão. A emenda<sup>3</sup> é adotada para mudanças específicas, ao passo que a revisão<sup>4</sup> é mais ampla. Relativamente a essa última, a Constituição Federal de 1988 determinou o prazo de cinco anos após sua promulgação para tal realização, tendo como matéria a forma e o sistema de governo. Atualmente o poder de reforma pátrio a ser desempenhado é apenas por meio de emenda.

Ao tempo em que as mudanças constitucionais são imprescindíveis ao acompanhamento da evolução social, o referido texto não deve se submeter aos oportunismos populistas, pois fragilizariam princípios fundamentais, sendo esses esteios ao estado constitucional democrático de direito. Com base nessa perspectiva, a seguir dispõe-se acerca de limites ao emendismo constitucional e indispensáveis ao entendimento do limite implícito tese da presente pesquisa.

### **3 LIMITES AO PODER DE EMENDA CONSTITUCIONAL**

O poder constituinte não possui a capacidade de elaborar uma constituição acabada e imutável ao tempo que não é salutar a edição de novas constituições com regularidade, por isso a importância do poder constituído reformador. Antônio Moreira Maués (2020) dispõe sobre essa matéria nos termos que seguem.

[...] os agentes que exercem o poder constituinte originário reconhecem que sua obra, para ter permanência, precisará

---

<sup>3</sup> Prevista no art. 60 da Constituição Federal de 1988.

<sup>4</sup> Prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

se adaptar às mudanças sociais. Assim, as normas referentes a reformas constitucionais buscam harmonizar dois objetivos distintos: garantir a estabilidade da constituição, a fim de que as instituições fundamentais do Estado continuem regidas por ela, e garantir a funcionalidade da constituição, a fim de que ela mantenha sua capacidade de regular os conflitos sociais. (MAUÉS, 2020, p. 02)

As reformas, que atualmente no Brasil se restringem ao poder de emenda, possuem essa dupla função, um a estabilidade constitucional e por consequência institucional e dois a adaptabilidade aos contextos sociais emergentes preservando sua eficácia normativa.

O poder constituído tem sua atuação restrita ao estabelecido pelo poder constituinte, sendo sua legitimidade baseada na carta constitucional, dessa maneira, fundamenta-se nos preceitos constitucionais e busca o equilíbrio entre a estabilidade e o disciplinamento das novas realidades. A Constituição, com vistas à não descaracterização dos valores constitucionais sensíveis, previu limites expressos ou tácitos ao poder de emenda, podendo ser formais, materiais e circunstanciais. A seguir, expõe-se sobre cada um, no que interessa ao objeto do texto corrente.

A Constituição brasileira, quanto ao grau de dificuldade de alteração<sup>5</sup>, caracteriza-se pela rigidez, posicionamento majoritário da doutrina, a exemplo de Luís Roberto Barroso (2018), isto é, as alterações feitas em seu texto devem se submeter a um rito mais dificultoso do que o processo legislativo ordinário, estabelecendo um limite formal. Portanto, o art. 60 da CF prevê que a emenda deve ser aprovada, em dois turnos, por 3/5 dos membros de ambas as casas do Congresso Nacional, sendo vedada a reapreciação em mesma sessão legislativa de matéria rejeitada ou prejudicada. A iniciativa de propor uma emenda constitucional é de, pelo menos, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas, cada uma se manifestando por maioria relativa de seus membros.

---

<sup>5</sup> Em relação ao critério de estabilidade, as constituições podem ser rígidas, flexíveis, semirrígidas, a quem se interessar pelo tema, indica-se leitura de Sarlet (2017, p. 64-65).

Deve-se ter atenção à formalidade inicial, ou seja, a legitimidade de propor a emenda se dá a membros de poderes majoritários das esferas estaduais e federal, que comumente precisam praticar atos visando uma afirmação junto a seu eleitorado, garantindo-se, dessa maneira, a permanência em cargos eletivos. Em tempos de instabilidade social ou até mesmo de influência de grupos sociais com ideais disruptivos, podem ocasionar alterações no texto constitucional não condizentes com os princípios sensíveis do ordenamento jurídico, o que deve ser considerado em demandas levadas ao judiciário, poder de natureza contramajoritária.

Há também a categoria de irreformabilidade constitucional dos limites materiais, sendo aquelas normas constitucionais eleitas pelas decisões da assembleia constituinte que devem ser preservadas para manter a essência da constituição e, de modo reflexo, a própria estrutura estatal, sendo denominadas de cláusulas pétreas ou de intangibilidade. Com a previsão da impossibilidade de mudança de determinadas normas constitucionais substanciais, levanta-se a questão de como os valores de um determinado período histórico podem vincular gerações futuras ao ponto do poder constituído não poder modificá-los. J. J. Canotilho dispõe o seguinte a esse respeito.

[...] nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos, nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. (CANOTILHO, 1993, p. 1.129)

Dessa maneira, não se espera um engessamento constitucional, pelo contrário, uma constituição deve corresponder às necessidades sociais apresentadas no cotidiano da sociedade, mas, de igual modo, sua função também é de resguardar o mínimo de estabilidade e previsibilidade de preceitos basilares do ordenamento jurídico. Luís Roberto Barroso (2018) desenvolve dois fundamentos em relação às

referidas cláusulas de intangibilidade, que são a identidade constitucional e a defesa do Estado democrático de direito.

A preservação da identidade da constituição é fundamental sob pena de alterá-la substancialmente ao ponto de se obter uma nova constituição por meio do exercício de poder constituído e não pelo poder constituinte, burlando a soberania popular. A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente no §4º do art. 60 um rol de institutos essenciais, a exemplo da forma de estado federativa, sendo assim nenhuma proposta de emenda poderá ser aprovada com o intuito de restabelecer o estado unitário no Brasil.

A defesa do Estado democrático é o segundo fundamento. O constitucionalismo moderno visa a limitação do poder político e a tutela dos direitos fundamentais, sendo a democracia um valor invariável do Estado de direito. Uma maioria parlamentar transitória não pode se fazer prevalecer sobre preceitos democráticos, afetando o funcionamento do Estado constitucional de direito. Barroso (2018) aponta nesta linha de pensamento.

As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional. (BARROSO, 2018, p. 108)

Logo, a limitação material é a garantia de que a vontade da soberania popular seja observada no curso do tempo, evitando a modificação do regular funcionamento do Estado democrático de direito por aventuras eleitoreiras.

Além das cláusulas pétreas elencadas no §4º do art. 60 da Constituição Federal, como já exposto, defende-se a existência de limites materiais implícitos, visto que entendimento contrário, em uma realidade de rigidez constitucional, iria fragilizar os institutos essenciais por estarem previstos em locais diversos dos limites expressos. Nesse sentido, entende Barroso (2018, p. 109) que “[...] a presença de cláusulas pétreas no texto não exclui a possibilidade de se

reconhecer a existência de limites implícitos.” sendo também esse o entendimento do STF<sup>6</sup>, aqui ratificado.

Por se tratar de limites implícitos ao poder constituído, deve-se fazer uma interpretação restritiva de quais normas se amoldam ao instituto em apreço, haja vista que o rol de cláusulas pétreas a ser considerado será determinado de modo imediato pela construção de intérpretes e aplicadores da Constituição, não sendo incomum divergência na análise de determinada matéria, daí o posicionamento cauteloso de Ingo Sarlet (2017), colacionado a seguir.

[...] a construção de uma teoria dos limites implícitos à reforma constitucional apenas pode ser efetuada à luz de determinada ordem constitucional, isto é, do direito constitucional positivo, no sentido de que as limitações implícitas deveriam ser deduzidas diretamente da constituição, considerando-se especialmente os princípios cuja abolição ou restrição poderia implicar a ruptura da própria ordem constitucional. (SARLET, 2017, p. 136)

Destarte, as normas indicadas como limitações implícitas devem estar previstas diretamente na Constituição. Portanto, defende-se o reconhecimento de limites materiais implícitos, por ser essa postura imanente ao Estado constitucional democrático de direito, resguardando seus preceitos basilares ao restringir a atuação imprópria do legislador constitucional instituído.

Ao discorrer acerca dos fundamentos do poder constituído, seus limites formais e materiais implícitos, passa-se a desenvolver o instituto dos limites circunstanciais que estão expressos na Constituição, para em seguida abordar diretamente e com base nas considerações ora construídas, a tese defendida da existência de limites circunstanciais implícitos.

#### **4 ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA COMO LIMITE CIRCUNSTANCIAL IMPLÍCITO**

---

<sup>6</sup> STF. Plenário. **MS 24.875**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11-5-2006. Data de Publicação: *DJ* 6-10-2006.

De início, cumpre mencionar que os limites circunstanciais não se confundem com os limites temporais, posicionamento defendido por Luís Roberto Barroso (2018, p. 103). Já Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 131) perfilha-se à corrente que entende pela inexistência de diferença entre ambos os institutos, diferentemente do que é seguido no presente texto. Dada a divergência doutrinária mencionada, passam-se a expor a diferença entre ambas as categorias. Quando a restrição ao poder de reforma (aqui se inclui tanto a emenda como revisão) se dá por determinado interregno temporal é o caso da limitação temporal, a exemplo da Constituição francesa de 1791 ao proibir alterações no prazo de quatro anos contados de sua aprovação, mesma previsão contida na Constituição brasileira de 1824. Esse tipo de restrição não é comum entre as constituições, sendo em regra possível serem submetidas a reformas em qualquer tempo.

No Brasil, o STF foi provocado para se manifestar em relação à possibilidade de adiantar a data da revisão constitucional (de 07 de setembro para 21 de abril de 1993) prevista originariamente pelo art. 2º da ADCT da Constituição de 1998 e modificada pela EC Nº2/1992, cujo conteúdo era a consulta por meio de plebiscito acerca da forma e do sistema de governo a serem adotados pelo País, devendo a população escolher entre república ou monarquia e presidencialismo ou parlamentarismo, respectivamente. A Corte Suprema decidiu<sup>7</sup> pela possibilidade da alteração da referida data, implicando na conclusão de que a norma constitucional questionada não se enquadrava como limitação temporal.

As limitações circunstanciais, por sua vez, segundo Luís Roberto Barroso (2018, p. 104), “[...] são aquelas que impedem a reforma da Constituição em momentos de anormalidade institucional, decorrentes de situações atípicas ou de crise.” São restrições cujas finalidades visam proteger os institutos constitucionais em tempos de

---

<sup>7</sup> STF. ADI: 830 DF, Relator: Min. Moreira Alves, data de julgamento: 14/04/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16/09/1994.

instabilidade social e política, momentos propícios para alterações desarrazoadas. Estão expressas na Constituição Federal de 1988 no art. 60, § 1º, e correspondem ao estado de sítio, ao estado de defesa e à intervenção federal. Passa-se a tecer comentários sobre cada um, o que é necessário para fundamentar a tese de existência da limitação circunstancial implícita.

As três hipóteses previstas como limites circunstanciais são instrumentos utilizáveis em momentos de crises institucionais, visando a manutenção ou restauração da normalidade sociopolítica. Os instrumentos em questão devem ser manuseados de modo que sejam necessários e temporários, sob pena de caracterizar excesso das atribuições de quem os exerce, sendo assim, passível de punições de naturezas diversas. Tais medidas, de acordo com o art. 84, IX e X da CF, são de iniciativa do chefe do Poder Executivo, submetendo-se ao controle político do Congresso Nacional, previsão do art. 49, IV da CF, sendo ambos os atos de natureza política.

A primeira hipótese é a intervenção federal, prevista nos art. 34, 35 e 36 da CF. André Ramos Tavares (2017, p. 941) afirma que “O objetivo é a manutenção do pacto federativo ou o respeito a elementos considerados, pela Constituição, como essenciais à manutenção de certa “ordem” e permanência das instituições.” Sendo assim, mesmo em momentos de crise a finalidade é a estabilidade institucional democrática, evitando abruptas mudanças nas estruturas presentes na Constituição Federal graças à previsão do limite circunstancial.

Nesse norte, o problema ora suscitado corresponde à possibilidade de controle jurisdicional ao instituto em apreço, o que não consta como proibitiva pela Constituição, conseqüentemente nada impede o Poder Judiciário de realizar controle ao exercício dos instrumentos de crise, desde que provocado, em situações de extrapolação e em consequência de violação ao texto constitucional. A estabilização sociopolítica muitas vezes busca o equilíbrio entre os poderes, não sendo razoável excluir a participação jurisdicional em casos excepcionais.

A segunda hipótese de momento de crise pontuado é o estado de defesa, que segundo a previsão do *caput*, art. 136 da CF visa “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.”. Assim a CF autoriza em casos de instabilidade institucional e calamidade com relevantes dimensões na natureza e passíveis de provocar desequilíbrio na ordem pública ou na paz social, poderes excepcionais ao chefe do executivo e por isso a blindagem ao texto constitucional, que não pode ser reformado enquanto durarem as circunstâncias ensejadoras do estado de defesa.

A terceira hipótese de momento de crise é o estado de sítio, prevista no art. 137 da CF, podendo ocorrer nas situações de ineficácia do estado de defesa, em guerras e na agressão armada. Como se vê, medidas excepcionais poderão ser realizadas pelas autoridades competentes e, dadas as circunstâncias de crise o poder constituinte inibiu o exercício do poder constituído, evitando alterações lesivas à ordem jurídica, já que, em momentos de normalidade, seriam de difícil aceitação social.

Logo, os limites circunstanciais visam a inibição do poder constituído em situações de crise, objetivando a preservação da vontade do legislador em momentos de normalidade, pressupondo que houve ampla análise das matérias sem interferências extraordinárias. Dessa maneira, os interesses da soberania nacional expressos no texto constitucional são mantidos e protegidos dos oportunismos comuns em tempos de instabilidades.

A questão que se coloca é saber a possibilidade de reconhecimento da existência de limite circunstancial em caso de decretação de estado de calamidade pública, mesmo sem haver expressa previsão na Constituição Federal. Em outras palavras, pode-se considerar a existência de limite circunstancial implícito? Para responder ao problema, parte-se dos pontos de contato entre a calamidade pública e as situações que dão azo aos limites circunstanciais explícitos, desenvolvidos a seguir.

A ideia de calamidade pública tem como referência a previsão do Decreto nº 7.257/2010, art. 2º, IV ao dispor que é a “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;”. Destarte, entende-se calamidade pública como um acontecimento natural, cujos efeitos são suportados difusamente pela sociedade; trata-se de uma realidade fática com projeções jurídicas. Seu advento se apresenta como um desafio aos governantes, pois dada a situação emergencial devem providenciar medidas profiláticas, combativas e/ou reparativas visando proteger a população. Exemplo é a proliferação do Coronavírus, causador da Covid-19, com repercussão mundial e registro oficial do primeiro caso no Brasil no início de 2020.

O modo de enfrentamento de uma calamidade pública não está prevista pela Constituição Federal nem, pela legislação infraconstitucional, sendo uma situação aberta, já que ocasionada por diversidade de circunstâncias, o que a diferencia das causas ensejadoras dos limites circunstanciais expressos. Entretanto a situação de crise é instaurada de forma semelhante, haja vista um estado de anormalidade social se apresentar, com reflexo no funcionamento das instituições.

Em sede de exemplificação, cita-se o caso da Covid-19, que por ser causada por um vírus, sua transmissão ocorre de inúmeras formas e de difícil controle<sup>8</sup>. Some-se a isso o fato de ser um vírus de nova variação e de os especialistas ainda não dominarem integralmente seu modo de transmissão, seu poder ofensivo nem seu tratamento. Logo, dados os efeitos letais e a falta de conhecimento referente à doença, medidas drásticas estão sendo defendidas pelas autoridades sanitárias e seguidas quase que pela totalidade dos governantes. Restrição à locomoção das pessoas, ao fechamento do comércio e dos órgãos públicos são exemplos de medidas realizadas que afetam

---

<sup>8</sup> A rápida proliferação do Coronavírus é reconhecida pela OMS, que no mês de agosto de 2020 contabilizou 20 milhões de casos no mundo e 750 mil mortes, conforme link a seguir: <https://news.un.org/pt/story/2020/08/1722692>

sensivelmente a dinâmica da sociedade, implicando em crise econômica e política.

No Brasil, um verdadeiro embate ocorre acerca das medidas a serem implementadas pelos governantes, havendo uma corrente seguida pela quase totalidade de governadores e prefeitos que se posicionam pelas orientações de organismos internacionais, principalmente a Organização Mundial de Saúde (OMS); outra corrente, liderada pelo governo federal, opta por negar o potencial danoso da pandemia. O resultado desse conflito é a fragilização das medidas protetivas, ampliando casos de infectados e mortes, pois parcela da população decide em não aderir voluntariamente às orientações baseadas em recomendações de especialistas.

Identifica-se, assim, em ambas as estratégias de enfrentamento a dualidade de visão a respeito da estrutura social, de um lado a coletivista e de outro a individualista. Referente a esse dualismo, Sandra Caponi (2020) expõe o seguinte:

A primeira [coletivista], é aquela que perante a ausência de vacinas e medicamentos investe maciçamente nos únicos médios [sic] de proteção existentes, propondo o isolamento social obrigatório e criando auxílios e redes de proteção para as populações vulneráveis. Mostrando a necessidade de restituir o estado de bem-estar tão fragilizado em todo o mundo. A segunda [individualista], é a adotada no Brasil, uma estratégia negacionista que continua cumprindo fielmente com as exigências do neoliberalismo, como se absolutamente nada devesse mudar com a pandemia. (CAPONI, 2020, p. 218)

Na realidade brasileira ocorre a superposição de crises sanitárias, políticas e econômicas, pois em um momento emergencial como este, o conhecimento técnico não se superpõe totalmente ao negacionismo, criando uma falsa disputa entre prestigiar vidas ou proteger a economia, quando, na verdade, ambos os fatores devem coexistir. Essa divisão culmina em maior exposição das classes populares ao vírus, pois a ausência do Estado implica na mercantilização de direitos sociais, recaindo sobre a população economicamente vulnerável as consequências mais danosas da Covid-

19<sup>9</sup>. É um contexto de instabilidade, revelando o modelo socioeconômico implementado no Brasil como um modo de possível fragilização de valores constitucionalmente tutelados, caso não haja uma tutela circunstancial excepcional ao texto da Constituição Federal.

É fundamental a presença do Estado na atuação de enfrentamento da calamidade pública, devendo-se levar em consideração critérios técnicos<sup>10</sup>. Ao tempo em que as ações estatais são primordiais, os governantes sentem-se receosos de que seus atos causem responsabilizações cíveis, administrativas, políticas e até criminais, daí a Lei nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) prever a suspensão de prazos e a dispensa de metas fiscais, agilizando o enfrentamento das causas da calamidade. A LRF, em seu art. 65, condiciona ao Poder Legislativo o reconhecimento do estado de calamidade pública, autorizando o executivo a realizar medidas com a celeridade e as despesas que a situação exigir. Facilmente percebe-se que se está diante de uma realidade de crise, com instituições atuando de modo excepcional no contexto de clamor social e com divergências no que diz respeito aos mecanismos de enfrentamentos diretos e reflexos.

No correspondente à produção legislativa, especificamente no caso da Covid-19, ressalta-se o decreto legislativo necessário à decretação da calamidade pública pioneira na esfera federal<sup>11</sup>, de uma emenda constitucional<sup>12</sup>, a aprovação de leis e atos normativos em geral nas esferas federais<sup>13</sup>, estaduais<sup>14</sup> e municipais<sup>15</sup>, objetivando

---

<sup>9</sup> Estudo realizado por pesquisadores (MACIEL; CASTRO-SILVA; FARIAS, 2020) da Universidade Federal do Ceará (UFC) apontam que a incidência da Covid-19, no estado do Ceará, se dá com maior intensidade em áreas populacionais com baixo índices de desenvolvimento humano (IDHM).

<sup>10</sup> Estudo da ONU (2020) aponta que renda básica temporária para população carente contribui para o retardo na disseminação do Coronavírus. Ação estatal que realiza essa medida prestigia o conhecimento científico, preserva vidas e fomenta a economia.

<sup>11</sup> Decreto Legislativo Nº 6 de 20 de março de 2020.

<sup>12</sup> Emenda Constitucional Nº 6 de 07 de maio de 2020.

<sup>13</sup> A título exemplificativo a Lei Complementar Nº 173, de 27/05/2020.

<sup>14</sup> A título exemplificativo o Decreto Nº 40.122, de 13/03/2020 do Poder Executivo do Estado da Paraíba.

<sup>15</sup> A título exemplificativo o Decreto Nº 9.460, de 17 de março de 2020 do Poder Executivo do Município de João Pessoa.

disciplinar ações combativas, além das condutas comissivas e omissivas do executivo comumente levadas ao crivo do Poder Judiciário<sup>16</sup>. Percebe-se que é uma realidade em que facilmente os poderes procedem a ajustes administrativos e legislativos os quais, em situação de normalidade não seriam sequer sugeridos.

Diante da instabilidade imposta pelas causas da decretação do estado de calamidade pública, torna-se temerosa a alteração do texto constitucional ao tempo que pode também ser necessária ao enfrentamento da situação. Ingo Wolfgang Sarlet e Adriano Sant'Ana Pedra (2020) suscitam o debate e reconhecem a dificuldade de reconhecer a existência de limite circunstancial implícito, haja vista que o intuito de proteger a Constituição pode levar à inibição do regular exercício democrático das casas legislativas.

A razoabilidade é medida que deve orientar o pensamento jurídico, já que posicionamentos absolutistas podem gerar dificuldades hermenêuticas e, reflexamente, levar a prejuízos no enfrentamento dos casos que são colocados à solução. Neste contexto, o reconhecimento dos limites circunstanciais implícitos nos parece viável, podendo haver sua relativização caso haja a ponderação da necessidade de alteração constitucional na busca de superação da calamidade pública, buscando sempre a proporcionalidade das medidas. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck (1999) discorre.

Assim, há violação ao princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente. (STRECK, 1999, p. 222)

Desta feita, a atuação do legislador torna-se desproporcional ao propor emenda à Constituição tendente a suprimir valores historicamente conquistados e sem relação de causalidade ao enfrentamento da calamidade pública, o que envolve a necessidade de

---

<sup>16</sup> Levantamento realizado pelo Insper aponta que 165 mil decisões relacionadas à Covid-19 foram prolatadas no Brasil no primeiro semestre de 2020. Informações no link: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/decisoes-judiciais-relacionadas-a-covid-19-ja-somam-165-mil/>

reconhecer um limite ao reformismo constitucional. O fato de não haver a previsão expressa ao instituto em apreço não é inibidor de sua existência, pois estão sendo aplicados princípios constitucionais na tutela de seus próprios institutos. Por analogia, pode-se recorrer ao raciocínio de Lenio Streck (1999) ao reconhecer que princípios constitucionais explícitos ou implícitos são suficientes para combater decisões políticas que impliquem violações constitucionais, conforme transcrito a seguir.

Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.* (STRECK, 1999, p. 223) [destaque do original]

Com isso, as conquistas sociais não devem ser objeto de perseguição, tendo em vista atuação legislativa de maiorias momentâneas, oportunismo fácil em tempos de instabilidade como o da decretação de estado de calamidade pública. Com essa construção interpretativa sistemática, evidencia-se despicienda a previsão expressa da limitação que é objeto da presente análise. Ademais, conforme já desenvolvido neste texto, o ordenamento jurídico reconhece outra categoria de limites implícitos que são as limitações materiais, o que analogamente autoriza às restrições circunstanciais.

O exercício da democracia ao pretender reformar a CF, não pode ser fundamento de violação a institutos consolidados, sendo imprescindível a aplicação de limites circunstanciais implícitos em casos de calamidade pública e a depender do caso concreto. Outro não é o entendimento de Ingor Sarlet e Adriano Pedra (2020).

Daí a importância de considerar que a ocorrência de uma pandemia – acompanhada da decretação de estado de calamidade e de importantes medidas restritivas de direitos, inclusive de algumas liberdades fundamentais, pode constituir uma *limitação circunstancial implícita* ao poder reformador, acionando os efeitos jurídicos respectivos. [...] ainda que em caráter excepcionalíssimo, é possível sustentar a existência de limites circunstanciais implícitos, como é o caso, a depender das circunstâncias

concretas, do estado de calamidade pública. (SARLET; PEDRA, 2020. n. p.)

A limitação da alteração do texto constitucional prevalece enquanto durar a dinâmica social excepcional capaz de distorcer o funcionamento legítimo das casas legislativas, podendo em tempos de normalidade haver retomada das discussões das matérias pretendidas e limitadas em momentos de crise. Deste modo, não há que se falar em pretenso tolhimento do exercício do Poder Legislativo em matérias constitucionais, pelo contrário, garante-se o seu regular funcionamento.

Outrossim, argumentos de que medidas extraordinárias em tempos de crise seriam antidemocráticas não se mostram verdadeiros, haja vista em um estado de exceção poderem ocorrer tanto condutas autocráticas como democráticas, sendo um exercício desejável o de “[...] distinguir no futuro não apenas entre Estado democrático e Estado de exceção, mas também entre Estado de exceção democrático e Estado de exceção anti-democrático.” (SANTOS, 2020. p. 14). São parâmetros para distingui-las a análise da circunstância a ser superada e a razoabilidade dos instrumentos jurídicos combativos.

Ademais, o poder constituído possui legitimidade na ordem constitucional, considerando tanto os princípios expressos quanto os implícitos, sendo ilegítimo o seu exercício fundamentado em apelos populistas efêmeros, caso contrário, haveria a manifestação do poder constituinte travestida de poder instituído, o que não é aceitável em um estado constitucional democrático de direito.

Conforme discorrido na seção 2 do presente texto, até mesmo o poder constituinte se submete a limites, que por motivos óbvios são implícitos ao se tratar de um poder pré-constitucional e sem vinculação a texto normativo interno. Não se admite do exercício da assembleia constituinte a edição de normas em desacordo com valores internacionais balizadores de direitos humanos. Analogamente, se o poder constituinte é o fundamento do poder constituído e possuem

limites implícitos, o mesmo raciocínio é aceitável ao poder de emenda que é espécie do gênero poder constituído.

A despeito de defender-se a restrição ao emendismo constitucional em tempos de calamidade pública, a referida limitação não seria de modo absoluto, como ocorre nos estados de sítio, de defesa e intervenção federal, mas que a depender da necessidade haja alguma alteração pontal e temporária ao texto constitucional, sendo este o posicionamento de Sarlet e Pedra (2020), exposto a seguir.

[...] na hipótese de se admitir limites circunstanciais implícitos, faz sentido (inclusive em homenagem ao primado da soberania popular) que, a depender do caso, pudessem ser permitidas emendas pontuais absolutamente indispensáveis para resolver problemas de largo impacto, em especial para a proteção de direitos e garantias fundamentais, mas sempre em caráter temporário, destinadas a perder a eficácia uma vez superado o período de exceção que as motivou, eventualmente passíveis de chancela posterior observados os rigores (limites) formal e materiais legitimadores de uma emenda constitucional. (SARLET; PEDRA, 2020, n. p.)

Durante a vigência do estado de calamidade pública da Covid-19 o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional Nº 106, em 07 de maio de 2020, cuja ementa “institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”. As medidas a serem adotadas visam o enfrentamento das causas da calamidade pública e enquanto ela durar.

Apesar do entendimento de aceitação de reforma em caráter excepcional, o ideal é o seu não uso, isto em decorrência da observância dos ritos procedimentais para aprovação de uma emenda, comumente morosos, podendo tornar inócuas as medidas previstas, além da possibilidade de violar normas consolidadas na Constituição, dado o momento de instabilidade, conforme já exposto. Nesta linha de raciocínio, pode-se, de imediato, entender que o limite circunstancial implícito é um entrave ao confronto da situação calamitosa, pensamento incompatível com uma interpretação sistêmica da Constituição.

Essa linha de raciocínio é construída com base no pensamento de que estabilidade jurídica é alcançada principalmente pelo direito positivo, somada à constante tensão entre normas constitucionais e efetivação de direitos sociais. A primeira, porque se transmite a ideia de lei posta enquanto garantia de estabilidade jurídica, já a segunda dada aos escassos recursos públicos para a promoção do bem-estar social da população, comumente denominado de reserva do financeiramente possível, o que se agigante frente a crises como a calamidade pública, a exemplo da Covid-19, tendente a diminuir arrecadação tributária oriunda da necessidade de fechamento ou restrição do funcionamento de consideráveis setores da atividade econômica.

Entretanto, espera-se, com a limitação implícita do poder de emenda defendida no presente texto, a compatibilização do texto constitucional com a realidade emergencial, suprimindo-se assim a necessidade de enfrentamento da situação de crise e preservando-se os direitos já consolidados no texto constitucional. Tal raciocínio supera o formalismo positivista e desconstrói o pseudo-antagonismo entre Constituição Federal e a efetivação de direitos constitucionalmente consagrados.

Esse raciocínio apresenta-se viável, visto que a Constituição Federal deve ser interpretada de modo ampliado para conformar situações presentes e não previstas expressamente em seu texto, devendo ser considerada a harmonia principiológica estruturante do ordenamento jurídico. Neste mesmo sentido, ao analisar a calamidade pública causada pela Covid-19, Gilmar Ferreira Mendes (2020) destaca.

Em meio a esse complexo quadro, parece evidente que as normas jurídicas soam, em um ponto de vista estritamente pragmático, um mero detalhe no debate sobre a aprovação de medidas essenciais ao combate a uma epidemia que se alastra em progressão geométrica e vem vitimando milhares de pessoas pelo mundo. Entretanto, mesmo nesses momentos, as normas jurídicas — em especial a Constituição — não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise. É fundamental prezar pela compatibilização de aparentes contradições e abertura à

busca por alternativas a uma leitura fria e seca da lei, distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte. (MENDES, 2020, n. p.)

O reconhecimento da possibilidade de limitação circunstancial implícita em casos de decretação de calamidade pública é um instrumento desestimulador da ânsia legislativa em transmitir a falsa noção de que a produção de novas normas inclusive a alteração do texto constitucional são respostas às demandas sociais. A irreformabilidade ora defendida, ao fim, cuida da preservação de princípios constitucionais sensíveis e do aumento da responsabilidade dos gestores em administrar a situação de crise com mais empenho e efetivas respostas à população atingida.

## **5 CONCLUSÃO**

Situações de crise trazem para a sociedade ocorrências a serem superadas que nos fazem refletir acerca do funcionamento das instituições e por consequência conhecê-las em sua real formatação. O presente texto trata de saber se há ou não a possibilidade do reconhecimento de limite circunstancial implícito ao poder de emenda da Constituição Federal aos casos que houver decretação do estado de calamidade pública, utilizando como exemplo marcante e único até a presente data a propagação do Coronavírus causador da Covid-19.

O paralelo entre poder constituinte e poder constituído é imprescindível ao tema suscitado, pois são institutos criadores e modificadores de constituições. O primeiro é uma força criadora com legitimidade na dinâmica social, expressando valores a serem materializados em uma carta que irá estruturar as relações da sociedade. Já o segundo, representa o exercício de adaptação da carta constitucional aos novos tempos, evitando o engessamento do texto da

constituição, tendo seu fundamento de validade as normas preexistentes.

Comumente, o poder constituinte é caracterizado como ilimitado e autônomo, não se demonstrando um entendimento mais atualizado, visto que a assembleia constituinte ao exercer seu múnus de editar a constituição, deve observar valores da tradição constitucional desenvolvidos no curso da história, em razão de se estar elaborando um novo texto regulamentador e não uma ruptura com a tradição cultural do Estado, sob pena de se manifestar não um movimento democrático, mas uma expressão autocrática impositiva de vertentes normativas em desacordo com as ideias pretendidas pela sociedade.

Outros limites são os princípios supranacionais norteadores de instrumentos normativos internacionais, haja vista os Estados estarem inseridos em relações de interesses mútuos, portanto não há fundamento para uma constituição garantir a degradação ambiental ou trabalho análogo ao de escravo, por serem ações combatidas no âmbito internacional e cuja defesa implicaria em consequências políticas e econômicas negativas com os demais países.

O poder constituído possui limites ao seu exercício previsto expressamente na Constituição Federal, sendo restrições que interessa ao presente artigo as de cunho formal, material e circunstancial. Para alterar a Constituição Federal é necessário seguir procedimento mais rigoroso do que a edição de leis infraconstitucionais, caso contrário a mudança será nula, são as limitações formais. Ao legislador é defeso alterar o texto constitucional tendente a abolir conteúdos específicos, sendo aqueles expressos no § 4º do art. 60 e outros implícitos e diluídos na Constituição Federal, são as limitações materiais. Essas restrições manifestam a defesa da vontade da soberania popular, prestigiando o Estado constitucional democrático de direito.

Os limites circunstanciais são situações impeditivas de reforma constitucional pela ocorrência de crises que impliquem no funcionamento anormal das instituições, sendo a decretação de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio. A intervenção

federal tem a finalidade de preservar o pacto federativo, atuando junto a anormalidade organizacional, o que, ao fim, garante o regular funcionamento do estado democrático de direito. O estado de defesa objetiva a preservação ou restabelecimento da ordem pública e a paz social. O estado de sítio pode ser decretado em situações beligerantes ou no insucesso do estado de defesa. As três hipóteses visam a irreformabilidade da CF enquanto houver a instabilidade social provocada por uma crise específica que desafia cada instrumento apresentado.

O problema suscitado é a possibilidade ou não de reconhecer a existência de limite circunstancial implícito em casos de calamidade pública. Argumentou-se que a crise instaurada pelas causas das restrições circunstanciais possui identidade com a calamidade pública, pois alteram sensivelmente o funcionamento das instituições. Discorreu-se sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como inerentes ao seu reconhecimento, implicando na preservação principiológica do texto constitucional em tempos de crise. É sabido que, em situações de anormalidade da dinâmica social, o apelo populista influencia mais facilmente a sociedade, o que pode gerar rupturas antidemocráticas sob o amparo de uma pseudolegitimidade.

A alteração no texto da constituição em momentos de instabilidade pode caracterizar o exercício do poder constituinte mascarado de poder constituído, isso por faltar reflexões adequadas acerca da realidade vivenciada, ocasionando em ações deslegitimadas e antidemocráticas. É em momentos de anormalidade que a Constituição Federal mais deve ser protegida de mudanças, pois os valores presentes no texto constitucional são a própria superação das crises apresentadas.

Considera-se o poder constituinte a maior expressão da soberania nacional e, ainda assim, possuir limites já pontuados anteriormente, sendo naturalmente implícitos. Como a própria criação do texto constitucional se submete a restrições implícitas, além do poder constituído relativa a restrições materiais, por analogia o

limite circunstancial não deve encontrar óbice ao reconhecimento de situações implícitas que impliquem em irreformabilidade.

A limitação circunstancial implícita, diferentemente da expressa, não deve ser absoluta, devendo o caso concreto ser analisado, sendo permitida alteração no texto constitucional caso esteja presente a necessidade diretamente vinculada ao enfrentamento da causa ensejadora do estado de calamidade pública, o que deve ser considerado em hipótese excepcional.

Portanto, a Constituição Federal não deve ser vista como um entrave ao enfrentamento da calamidade, pelo contrário, seus dispositivos devem ser encarados de modo amplo o suficiente para viabilizar soluções surgidas na atualidade e não previstas no passado. De modo que, a compatibilização entre texto constitucional e demandas sociais devem ser buscadas pelas autoridades competentes, não sendo empecilho para o reconhecimento da existência de limite circunstancial implícito em casos de calamidade pública.

Assim, entende-se pela possibilidade da irreformabilidade da Constituição Federal ora defendida, reforçada pelo fato de possuir dúplice função, quais sejam, a primeira a preservação dos preceitos constitucionais e a segunda a provocação do senso de responsabilidade de maior grandeza frente às autoridades, que em vez de apresentar falsas respostas com aprovação de normas inócuas irão enfrentar a crise com ações efetivas.

Data de Submissão: 30/07/2020

Data de Aprovação: 22/10/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Bruna Agra de Medeiros

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPONI, Sandra. Covid-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal. **Estudos Avançados**, p. 209 – 223. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v34n99/1806-9592-ea-34-99-209.pdf>. Acessado em: 10 de jun. de 2020.

CASTIEL, Luis David. Ensaio sobre a pandemia quando personagens e micróbios da ficção-científica saem do filme e invadem o planeta – um acompanhamento crítico de enunciados sobre a covid-19 em meios de comunicação leigos e técnicos. **Observatório da Medicina**. p.1-75, 2020. Disponível em: <http://observatoriodamedicina.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/05/ENSAIO-SOBRE-A-PANDEM%C3%80ANCIA.pdf>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

INSPER. **Decisões judiciais relacionadas à Covid-19 já somam 165 mil**. 2020. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/decisoes-judiciais-relacionadas-a-covid-19-ja-somam-165-mil/>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

MACIEL, Jacques Antônio Cavalcante; CASTRO-SILVA, Igor Luco; FARIAS, Mariana Ramalho de. Análise inicial da correlação espacial entre a incidência de COVID-19 e o desenvolvimento humano nos municípios do estado do Ceará no Brasil. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, p.1–17, 2020. Disponível em: <https://scielosp.org/pdf/rbepid/2020.v23/e200057/pt>. Acesso em: 14 de jul. de 2020.

MAUÉS, Antônio Moreira. 30 anos da Constituição, 30 anos de reforma constitucional. **Revista Direito GV**, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/ROBERT~1/AppData/Local/Temp/81673-174289-1-PB.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. p. 9-23, 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/4%c2%aa%20Edi%c3%a7%c3%a3o/Artigos/4.pdf>. Acesso em: 06 de maio de 2020.

ONU. **Mundo pode atingir 20 milhões de casos de Covid-19 ainda esta** semana, 2020. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/08/1722692>. Acesso em: 09 set. de 2020

ONU. Renda básica temporária pode retardar disseminação da COVID-19, **PNUD**. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/renda-basica-temporaria-pode-retardar-disseminacao-da-covid-19-diz-pnud/>. Acesso em: 24 jul. de 2020.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Democracia e “emendismo” constitucional em tempos de pandemia. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-26/democracia-emendismo-constitucional-tempos-pandemia>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Reformas constitucionais, limites circunstanciais ou *self restraint* legislativo? **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/reformas-constitucionais-limites-circunstanciais-ou-self-restraint>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Tradução: Norma Azevedo. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** um exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 15<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZOUEV, Alexandre. **Covid-19 e o Estado de direito.** Organização das Nações Unidas (ONU), 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-covid-19-e-o-estado-de-direito/>. Acesso em: 05 jul. de 2020.

## **The State Of Public Calamity While Possibility Of Implicit Circumstantial Limit Of Constitutional Amendment**

Roberto Leonardo da Silva Ramos

**Abstract:** The state of Public Calamity was decreed for the first time, in Brazil, at the national level, in March 2020, due to the proliferation of the virus that causes Covid-19. Social dynamics are sensibly affected, given the restrictions established by the Public Power at the federal, state and municipal levels. In order to regulate the new reality, there is ample normative production, such as laws, decrees and, even, constitutional amendment, as well as the judicialization of issues pertinent to facing this Public Health emergency, establishing an institutional crisis. In this context, it was asked about the possibility of recognizing an implicit circumstantial limit to the power to amend the Constitution, especially in cases of decree of the state of public calamity. The article used the deductive approach method, comparative, bibliographic and documentary procedures, constituting a study in the constitutional area, based on normative acts, jurisprudence and doctrines. It started with the institutes of the constituting and constituted powers, showing their expressed and implicit limits as effective instruments in the maintenance of a constitutional order that corresponds to the expectations of popular sovereignty, to conclude by the possibility of the implicit circumstantial irreformability of the Federal Constitution under the state of São Paulo. Public calamity.

**Keywords:** Constitutional amendment. Public calamity. Implicit circumstantial limit.

**DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54235>**

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# O Protagonismo Do Poder Judiciário Ante A Necessidade Recorrente Do Controle Judicial De Constitucionalidade De Novas Medidas Provisórias

**Angela Soncin\***

Universidade de Ribeirão Preto, Programa de Pós-Graduação em Direito, Ribeirão Preto-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-3994-7985>

**Juvêncio Borges Silva \*\***

Universidade de Ribeirão Preto, Programa de Pós-Graduação em Direito, Ribeirão Preto-SP, Brasil.

 <http://orcid.org/0000-0001-9403-2713>

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo destacar que a urgência por marcos regulatórios que disciplinem as situações jamais vivenciadas, como as atualmente geradas pelo estado de calamidade decretado em decorrência do coronavírus (COVID-19), fez com que o Poder Judiciário fosse exaustivamente provocado a se manifestar, o que acabou por gerar discussão acerca do avanço do protagonismo deste Poder ante as medidas adotadas pelo Poder Executivo e Legislativo. A presente pesquisa se justifica uma vez que o Poder Judiciário tem exercido considerável protagonismo na arena social e política, com decisões que têm repercutido sobre estas esferas. Trata-se de uma pesquisa exploratória, qualitativa, que se vale do método analítico-dedutivo, e que se utiliza de livros, artigos científicos e textos doutrinários. Da pesquisa resulta que, apesar do protagonismo do Poder Judiciário, ele não atua de modo a criar um embate entre os Poderes, mas sim que, por meio da existência de diálogos institucionais é possível garantir a prevalência da Constituição Federal sob os interesses políticos, sem interferir na competência dos demais Poderes.

**Palavras chave:** Marcos regulatórios. Protagonismo. Diálogos Institucionais. Poder Judiciário.

\* Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. E-mail: [bkpacs@hotmail.com](mailto:bkpacs@hotmail.com)

\*\* Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor pela Unesp, Mestre pela Unicamp, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, Graduado em Ciências Sociais pela UEMG, Prof. do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. E-mail: [juvencioborges@gmail.com](mailto:juvencioborges@gmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54244>

# **O Protagonismo Do Poder Judiciário Ante A Necessidade Recorrente Do Controle Judicial De Constitucionalidade De Novas Medidas Provisórias**

Angela Soncin<sup>1</sup>

Juvêncio Borges Silva

## **1 INTRODUÇÃO**

Antes de adentrarmos propriamente ao tema do presente trabalho, necessário se faz destacar os impactos resultantes da propagação do novo coronavírus (COVID-19), ensejando inúmeras mudanças de hábitos e trazendo instabilidades tanto na área da saúde, como na esfera econômica e jurídica.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, tendo em vista o avanço do novo Coronavírus; sendo em 11 de março de 2020 declarada a existência de uma pandemia (OPAS, 2020).

Diante da situação caótica que o Brasil passava a experimentar, foi por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, que o direito positivo reconheceu o estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública de importância internacional existente no país.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior -Brasil (CAPES).

Assim, no intuito de reduzir o número crescente de mortes<sup>2</sup>, medidas restritivas de circulação foram impostas pelo governo. O distanciamento social foi recomendado, assim como houve a exigência do fechamento de aeroportos, estabelecimentos comerciais, escolas, clubes, academias, ficando apenas os serviços essenciais em funcionamento.

Mas não foram apenas os hábitos sociais que sofreram alterações, a comunidade jurídica também sentiu os efeitos das mudanças, seja pela ausência de elementos normativos, seja pela urgência na criação de novos marcos regulatórios, ou ainda pela necessidade de adaptação perante os Tribunais, com audiências e plantões virtuais, suspensão de prazos, dentre outras medidas necessárias para manter o distanciamento e ao mesmo tempo o andamento processual.

Foram produzidos por meio do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inúmeros e relevantes atos normativos, que variaram desde a regulamentação da relação de trabalho até as relações civis, sendo ainda criadas políticas públicas na tentativa de proteger os sujeitos da economia e trazer, ainda que minimamente, segurança jurídica.

Apesar das medidas emergenciais inicialmente adotadas, o número de mortes ainda é crescente no país e as normas criadas para regulamentar as situações atualmente vivenciadas, apesar de importantes e necessárias, ainda não são suficientes para regular todas as novas necessidades criadas pelo estado de calamidade instaurado.

Além disso, a ausência de precedentes capazes de criar diretrizes lineares para as tomadas de decisões por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário fez aumentar as controvérsias e, por consequência, a judicialização, sendo, inclusive, discutida a

---

<sup>2</sup>“Foram confirmados no mundo 13.616.593 casos de COVID-19 (237.743 novos em relação ao dia anterior) e 585.727 mortes (5.682 novas em relação ao dia anterior) até 17 de julho de 2020” (OPAS, 2020, p. 1). No Brasil, até 18 de julho de 2020 foram registrados 2.046.328 casos (34.177 novos casos em relação ao dia anterior), com um total de 77,851 mortes (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

constitucionalidade de leis e medidas provisórias criadas neste momento para trazer maior segurança jurídica.

Assim, no que tange diretamente às atividades do Poder Judiciário, ao lado do aumento da judicialização de questões em decorrência do novo cenário experimentado - o que o obriga a realizar a análise das mais variadas matérias - está a necessidade da sociedade por respostas rápidas e eficientes para atender à urgência que o momento requer, sem que, para tanto, o Poder Judiciário tenha parâmetros claros e precedentes concretos para nortear suas decisões.

Dado ao momento vivido, as decisões, seja pela ausência de precedentes, seja pela ausência de parâmetros claros, ou ainda pela necessidade de respostas urgentes, são complexas e podem, por muitas vezes, ser também divergentes, o que não garante o Estado Democrático de Direito e a entrega dos direitos fundamentais.

Neste sentido Veiga e Sivoletta (2020, p. 53) trazem que é exatamente sob a ótica das decisões complexas que

[...] reside a preocupação acerca de um elemento norteador a aplanar a ansiedade social e a instabilidade jurídico-normativa que envolvem o peculiar cenário atual. Com efeito, um panorama jurídico de decisões diversas, com soluções dispares e sem um mínimo de critério uniforme, eleva a já crescente insegurança e o temor advindo da falta de isonomia generalizada.

O Poder Judiciário, como mencionado anteriormente, acaba por ser, de forma recorrente, chamado para decidir. Instala-se, portanto, uma instabilidade jurídico-normativa e a insegurança jurídica acaba por tomar conta deste cenário, ante a falta de precedentes e de normas capazes de regular as situações singulares vivenciadas neste momento de caos.

Deste modo, atrelado ao aumento da judicialização está o protagonismo do Poder Judiciário, o qual é constantemente provocado, ante a ausência de marcos regulatórios suficientes para garantir a devida e necessária segurança jurídica, para proferir decisões sobre temas ainda não amplamente discutidos e dotados de controvérsias.

Assim, não há como se negar a necessidade urgente da criação de novos marcos regulatórios capazes de trazer esta segurança e dar a correta aplicabilidade da norma ao caso concreto, sem que para tanto haja a necessidade do protagonismo do Poder Judiciário, seja declarando a constitucionalidade de normas, ou trazendo interpretações para que seja possível realizar a aplicação destas.

Para tanto, o presente trabalho levantará a urgência de marcos regulatórios com destaque ao protagonismo apresentado pelo Poder Judiciário neste momento, assim como tratará acerca da MP 926/2020, da ADI 6341/2020, e ainda sobre o controle de constitucionalidade e a necessidade da realização de diálogos institucionais, que consistem no fato de, ao deliberar, cada poder sopesar as posições e argumentos dos outros Poderes sobre a matéria em análise, e no caso do Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, ter o cuidado de ouvir de forma compreensiva todas as partes e autoridades envolvidas, tendo em vista a complexidade das questões públicas envolvidas, de forma a intervir quando realmente tal se fizer necessário, nos limites da Constituição Federal.

## **2 DA URGÊNCIA DE MARCOS REGULATÓRIOS E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO**

Conforme delineado em linhas precedentes, a falta de marcos regulatórios capazes de atender às novas demandas criadas pelo estado de calamidade existente em decorrência do COVID-19 e a ausência de precedentes capazes de criar diretrizes lineares para as tomadas de decisões por parte dos Poderes, acabou por sobrecarregar o Poder Judiciário com o aumento da judicialização, a causar insegurança jurídica com decisões controvertidas sobre matérias semelhantes, assim como passou a exigir do Supremo Tribunal

Federal manifestações acerca da constitucionalidade de algumas Medidas Provisórias apresentadas pelo Poder Executivo.

Vale aqui destacar, que a judicialização é um fenômeno político, gerado pelas democracias contemporâneas, que é contingencial e tende a se ampliar ou reduzir na medida em que cresce ou diminui a conflituosidade social. É um fenômeno decorrente da ampliação do rol dos direitos sociais, como ocorreu com a Constituição Federal de 1988, da ampliação do acesso à justiça, que acabou por levar ao aumento do número de ações judiciais com vistas à efetivação de direitos sociais, e que também conferiu enorme protagonismo ao Poder Judiciário, na medida em que delegou ao Supremo Tribunal Federal (C.F. art. 102, caput) o *status* de guardião da Constituição Federal. E considerando o princípio da não denegação da justiça – *non liquet* -, que obriga o Poder Judiciário a decidir todas as demandas que a ele são submetidas, tal deflagrou o fenômeno que acabou por ser nominado de Judicialização.

Foram muitas as mudanças no sistema jurídico e político, com destaque para o aumento da participação do Estado na sociedade e, diante da inércia dos demais Poderes, abriu-se espaço para a jurisdição dirimir as lacunas deixadas pelos demais “braços” do Estado, sendo o momento pós Segunda Guerra Mundial determinante para a concretização do fenômeno da judicialização da política<sup>3</sup> (Mandarino e Freitas, 2015).

Deste modo, a judicialização, por vezes, pode ser evidenciada como uma técnica compensatória da deficiência dos demais Poderes, o que nos força destacar que a judicialização de questões que deveriam ser solucionadas pelos demais Poderes sobrecarregam o Poder Judiciário, aumentam a litigiosidade e causam insegurança jurídica para a sociedade.

Streck (2011, p. 589) traz que a judicialização é um “fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado”, do mesmo

---

<sup>3</sup> Neste período, foi possível observar a constitucionalização de direitos, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu.

modo que Barroso (2012, p. 10) destaca que a judicialização “é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro”, estando, portanto, diretamente ligada a questões políticas e sociais, não dependendo da vontade do Poder Judiciário.

Como exemplo, podemos citar as Medidas Provisórias nº 926, de 20 de março de 2020 (convertida na Lei 14.035, de 11 de agosto de 2020), nº 927, de 22 de março de 2020 (atualmente sem validade) e nº 936, de 1º de abril de 2020 (convertida na Lei 14.020, de 6 de julho de 2020), as quais, dentre outras, foram objeto de Ações Direitas de Inconstitucionalidade. Do mesmo modo, podemos citar a tardia publicação da Lei 14.010, de 10 de junho de 2020, resultando em decisões conflitantes sobre o mesmo tema, gerando, por consequência, insegurança jurídica.

A Medida Provisória nº 926 propôs alteração na “Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”(2020), com isso, grande discussão foi travada acerca da competência dos entes federativos para adoção de medidas que envolvam isolamento, quarentena, interdição de locomoção, circulação, além de atividades e serviços essenciais, sendo referida medida objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, cujo julgamento se deu em 15 de abril de 2020 e será melhor analisado no tópico subsequente.

Já as Medidas Provisórias nº 927 e nº 936/2020 foram editadas sob o fundamento de garantir o emprego e a renda do trabalhador e assim evitar demissões em massa e o fechamento de empresas. A Medida Provisória nº 927 tratou de medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, enquanto a Medida Provisória 936 instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.

Apesar disso, muitas foram as críticas a estas Medidas Provisórias. A Medida Provisória nº 927 foi objeto das Ações Direitas

de Inconstitucionalidade 6342 e 6343 e a Medida Provisória nº 936 deu ensejo à Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363/2020, todas levantando pontos de inconstitucionalidade trazidos pelas Medidas.

Na decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6342<sup>4</sup>, de 26 de março de 2020, fixou-se entendimento de que a Medida Provisória nº 927 não ultrapassou os limites constitucionais, indeferindo a cautelar pleiteada. Já em decisão proferida em 29 de abril de 2020, negou-se referendo ao indeferimento da medida cautelar tão somente em relação aos artigos 29 e 31 da Medida Provisória nº 927/2020<sup>5</sup>.

E na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343 foi discutido acerca da alteração trazida ao artigo 3º da Lei 13.979/2020, reforçando as exigências para restrição de transporte intermunicipal de passageiros, além de estabelecer a necessidade de um ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura para dispor sobre a medida, a qual caberia apenas aos

---

<sup>4</sup>O artigo 2º da Medida Provisória no 927, de 22 de março de 2020 – e todos os demais preceitos que se diz conflitantes com a Constituição estão nela previstos – contém alusão ao estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus e versa que empregado e empregador poderão, buscando a manutenção do vínculo empregatício, estabelecer parâmetros. O preceito sobrepõe o acordo individual a possíveis instrumentos normativos e remete aos limites revelados na Constituição Federal. A liberdade do prestador dos serviços, especialmente em época de crise, quando a fonte do próprio sustento sofre risco, há de ser preservada, desde que não implique, como consta na cláusula final do artigo, a colocação em segundo plano de garantia constitucional. É certo que o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal, pedagogicamente, versa o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, quando então se tem, relativamente a convenções, ajuste formalizado por sindicato profissional e econômico e, no tocante a acordo coletivo, participação de sindicato profissional e empresa. O preceito não coloca em segundo plano a vontade do trabalhador. Sugere, isso sim, que o instrumento coletivo há de respeitar, há de ser formalizado em sentido harmônico com os respectivos interesses. Descabe, no que ficou prevista a preponderância do acordo individual escrito, voltado à preservação do liame empregatício – repita-se – ante instrumentos normativos legais e negociais, assentar, no campo da generalidade, a pecha de inconstitucionalidade.” (Sessão realizada por videoconferência)

<sup>5</sup>“O Tribunal, por maioria, negou referendo ao indeferimento da medida cautelar tão somente em relação aos artigos 29 e 31 da Medida Provisória nº927/2020 e, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, suspendeu a eficácia desses artigos, vencidos, em maior extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, nos termos de seus votos, e os Ministros Marco Aurélio (Relator), Dias Toffoli (Presidente) e Gilmar Mendes, que referendavam integralmente o indeferimento da medida cautelar. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 29.04.2020” (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Estados. Tendo o Ministro Marco Aurélio de Mello indeferido o pedido cautelar<sup>6</sup>.

Apesar de toda a discussão envolvendo a Medida Provisória 927, esta vigorou apenas até 19 de julho de 2020, data em que teve sua vigência encerrada, não sendo, portanto, convertida em lei. Com isso, as matérias disciplinadas pela Medida tiveram validade apenas no período de sua vigência, não sendo atualmente aplicadas.

No que tange à Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363, houve também pedido cautelar, levantando-se contra a possibilidade trazida pela Medida Provisória nº 936 de realização de acordos individuais seja para a redução de salário e jornada do trabalhador, seja para a suspensão dos contratos de trabalho, sendo a primeira decisão a tratar do tema proferida em 6 de abril de 2020, pelo Ministro Ricardo Lewandowski<sup>7</sup>.

Referida decisão gerou grande insegurança jurídica, uma vez que inovava, o Ministro, com a exigência de que os sindicatos das categorias deveriam ratificar os acordos individuais, até então autorizados pela Medida Provisória, sem a necessidade de qualquer aval por parte dos sindicatos.

Debaixo de muitas críticas, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento realizado em 17 de abril de 2020, decidiu, por 7 votos a 3<sup>8</sup>, por não referendar a medida cautelar proferida pelo

---

<sup>6</sup>“As Medidas Provisórias nº 926 e 927, no que alteraram preceitos da Lei no 13.979/2020, hão de ser examinadas a partir de cautela maior, abandonando-se o vezo da crítica pela crítica. União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dirigentes em geral, devem implementar medidas que se façam necessárias à mitigação das consequências da pandemia verificada, de contornos severos e abrangentes” (2020).  
<sup>7</sup>“(…) Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes. Solicitem-se informações à Presidência da República. Requistem-se a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República. Comunique-se, com urgência. Publique-se. (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363, 2020)”

<sup>8</sup> “O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos

Ministro Lewandowisk e manter a possibilidade de acordos individuais para a realização de redução de jornada e salário dos empregados, assim como para suspensão dos contratos de trabalho, sem a exigência de ratificação pelos sindicatos.

A Medida Provisória 936 foi, em 6 de julho de 2020, convertida na Lei 14.020, mantendo o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e outras medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979/2020, trazendo ainda alterações nas Leis nº 8.213/91, nº 10.101/00, nº 12.546/11, nº 10.865/04, e 8.177/91.

Quando da conversão em Lei, foram realizados alguns ajustes no texto até então da Medida Provisória, em especial nos artigos 7º<sup>9</sup> e 8º<sup>10</sup>, os quais tratam, respectivamente, da redução proporcional da jornada de trabalho e salário dos empregados e da suspensão temporária do contrato de trabalho dos empregados, firmados por convenção ou acordos individual e coletivo.

Marcante também se mostrou a ausência de marcos regulatórios para disciplinar as relações de Direito Privado. Merece destaque, aqui, a Lei 14.010, a qual dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus, mas, apesar disso, foi publicada apenas quatro meses depois da decretação do estado de calamidade

---

o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)".

<sup>9</sup> "(...) II - pactuação, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado". (...) (Lei 14.020/2020).

<sup>10</sup> "§ 1º A suspensão temporária do contrato de trabalho será pactuada, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado, hipótese em que a proposta de acordo deverá ser encaminhada ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos". (Lei 14.020/2020).

pública, ou seja, em 10 de junho de 2020, o que, certamente, refletiu de forma negativa para a sociedade.

Como se não bastasse a tardia publicação, muitas das questões importantes constantes no Projeto de Lei 1.179/2020 apresentado pelo Senado foram vetadas pelo Presidente da República, dentre as quais, as que regulavam questões atinentes à rescisão, resolução e revisão de contratos e também acerca da desocupação de imóveis.

Com isso houve um aumento das demandas levadas ao Poder Judiciário que, decidindo de forma urgente para atender aos anseios da sociedade, acabou por proferir decisões com desfechos diversos para mesmas situações, haja vista a ausência de regulação sobre o tema. A exemplo disso, podemos citar decisões proferidas pelos Tribunais tratando da redução ou isenção do pagamento de aluguéis de imóveis comerciais<sup>11</sup>, as quais não mantêm um padrão decisório, além de não possuir qualquer embasamento legal específico.

Não há como se negar que foram muitas as medidas adotadas pelo Poder Público, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito legislativo. Apesar disso, muitas delas foram tardias, quando não, insuficientes para, de fato, trazer solução aos problemas enfrentados, mantendo-se a insegurança jurídica e deixando clara a necessidade de políticas públicas mais efetivas.

### **3 DA MEDIDA PROVISÓRIA nº 926/2020 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6341/2020**

Como destacado anteriormente, diversas medidas restritivas foram implementadas no intuito de conter a disseminação da Covid-19, assim como a instabilidade social e econômica, sendo também

---

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1026645-41.2020.8.26.0100. 22ª Vara Cível. São Paulo. 2020; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1027402-35.2020.8.26.0100. 28ª Vara Cível. São Paulo. 2020; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 2069928-09.2020.8.26.0000. 34ª Câmara de Direito Privado. São Paulo. 2020.

apresentadas Medidas Provisórias, Leis, Decretos, Portarias, os quais criaram alguns marcos regulatórios para o cenário apresentado.

Apesar disso, a insegurança jurídica é latente neste momento e inúmeras controvérsias e discussões surgiram em torno das normas editadas, sendo o Supremo Tribunal Federal chamado para se manifestar a fim de solucionar as crises formadas e se manifestar acerca da constitucionalidade das medidas tomadas.

Neste sentido, vale aqui ressaltar o entrave criado em torno da então Medida Provisória nº 926, publicada em 20 de março de 2020, que alterou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 - que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus - disciplinando acerca dos procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (2020), no que tange a competência dos entes federativos.

Referida Medida Provisória trouxe em seu artigo 1º a seguinte redação:

A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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:

- 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. (grifo nosso)

Com isso, é possível notar que a Medida Provisória nº 926 não apenas trouxe procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, como também acabou por restringir a competência de Estados, Distrito Federal e Municípios para dispor acerca dos serviços públicos e atividades essenciais, uma vez que atribui competência, para tanto, apenas ao Presidente da República, quando traz que este “disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o §8º” (BRASIL, 2020).

A limitação trazida pela Medida Provisória fez nascer discussão acerca da violação ao princípio federativo e, por consequência, ao artigo 23 da Constituição Federal, uma vez que há restrição à competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para tratar sobre medidas relativas à saúde, isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos, aeroportos e interdição de atividades e serviços essenciais.

Assim, com a finalidade de ver declarada a incompatibilidade parcial com a Constituição Federal da Medida Provisória nº 926, relativamente às alterações promovidas no artigo 3º da Lei 13.979/2020 e deste modo sanar controvérsia sobre o tema com declaração expressa do Supremo Tribunal Federal, o Partido Democrático Trabalhista propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341/2020.

O Partido Democrático Trabalhista argumenta em sua inicial que o artigo 1º da Medida Provisória acaba por inovar na Lei Federal nº 13.979/2020 “quanto a providências de polícia sanitária e aos respectivos legitimados para adotá-las no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente

do novo coronavírus” (2020, p. 2), havendo importante inconstitucionalidade formal e material na Medida Provisória apresentada.

Continua argumentando que a saúde é matéria reservada pela Constituição à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme disciplina o inciso II do artigo 23 da Constituição Federal de 1988, devendo as normas de cooperação serem fixadas por meio de lei complementar (parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal), descabendo a edição de medida provisória tendo em conta o previsto no artigo 62, § 1º, da Carta Magna, afirmando que tanto

A medida provisória em tela se imiscuiu no campo reservado à lei complementar – no caso, a cooperação em saúde – que abertamente condicionou a atuação dos demais entes federativos quanto à execução de serviços públicos e atividades essenciais, para que o façam “desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador” (art. 3º, § 10) (2020, p. 7).

Houve, portanto, discussão acerca da competência administrativa comum dos entes da federação para tratar da adoção de medidas relativas a saúde, isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos e, ainda, interdição de atividades e serviços essenciais tendo em vista a nova redação trazida pela Medida Provisória.

Diante disso, o Partido Democrático Trabalhista requereu, de forma liminar, a declaração de nulidade, por vício formal e material, das alterações trazidas pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 926/2020 e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade parcial da MP nº 926/2020, abarcando, por arrastamento, o Decreto 10.282/2020 (2020), versando, portanto, a discussão constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 a respeito de providências de polícia sanitária e acerca de quais são os legitimados para adotá-las neste presente momento de emergência de saúde pública.

Assim, levou-se ao Poder Judiciário o encargo de interpretar as diretrizes trazidas pela Medida Provisória n.º 926, de modo a

declarar se ela está alinhada com os ditames constitucionais e, deste modo, decidir acerca de sua constitucionalidade para que os entes federativos façam jus à competência a eles atribuída por meio da Constituição Federal de 1988 e decidam acerca das medidas constantes da Lei 13.979/2020.

Destarte, tendo em vista a relevância e urgência envolvendo o tema, o Ministro Marco Aurélio apreciou, de forma monocrática, os pedidos constantes na medida cautelar, tendo deferido parte da demanda pleiteada, entendendo pela existência de competência concorrente dos entes federativos para a adoção de medidas sanitárias de combate à crise decorrente do coronavírus:

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior (2020, p. 6).

Com isso, firmou o Ministro Marco Aurélio entendimento de que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei 13.979/2020, não afastou a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, deferindo, “em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente” (2020, p. 6).

Nota-se que o Ministro Marco Aurélio reconheceu a competência concorrente dos entes da federação para cuidar de assuntos relacionados à saúde, de forma diversa da expressa no artigo 23 da Constituição Federal.

Como se sabe, o modelo constitucional atualmente existente encampou modelo federalista baseado num complexo sistema de repartição de competências, reunindo critérios de ótica horizontal e

vertical para a partilha de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Contemplou ainda competências comuns e hipóteses de delegação de competências da União para os Estados membros, com fundamento ideológico no federalismo de equilíbrio (GONZALES, 2011).

Como destaca Gonzales, a competência concorrente constitui apurada técnica do federalismo de equilíbrio,

Diante da parceria de ação e responsabilidade que se estabelece entre os entes federados para a consecução de objetivos comuns e do regramento conjunto dos assuntos que extravasam o interesse de um único ente político. Cuida-se, pois, de mecanismo de descentralização política e de encargos administrativos, dada a peculiaridade de cada ente federado disciplinar determinado assunto fiel às suas peculiaridades, rumo a um progresso conjunto e planejado de toda a nação. (2011, p. 43)

Ocorre que no presente caso, a matéria a ser discutida refere-se à saúde e, como se observa com a leitura do artigo 23 da Constituição, está expressamente disciplinada em seu inciso II a competência comum aos entes da federação para tratar sobre o tema:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
[...]  
II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;  
[...] (grifo nosso)

E ainda, completou o ministro sua decisão manifestando-se que não há reserva para lei complementar disciplinar sobre a matéria em discussão, afirmando que

Descabe a ótica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. (2020, p. 5)

Ao contrário disso, o parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal dita que as “leis complementares fixarão normas

para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (1988).

Neste sentido, Gonzales traz que a cooperação, assim como o regime de atuação dos entes federativos no que diz respeito a competência comum

Será ´ orquestrada por meio de leis complementares federais de eficácia nacional (EC no 52), tendo em vista o equilíbrio de desenvolvimento e o bem-estar nacional, consoante dispõe o artigo 23 em seu parágrafo único. Logo, caberá ´ ao ente central ditar o regime de execução das áreas de competência comum. Enquanto ausente tal normativa, cada ente federativo é autônomo para expressar-se ao seu alvedrio e conveniência, mas sempre visando o bem-estar nacional, objetivo maior de nossa República Federal (art. 30, II, da CF). (GONZALES, 2011, p. 45)

Assim, a cooperação é elemento central “que gravita todas as engrenagens de competências e atribuições dos entes federados” (GONZALES, 2011, p. 73). Valendo ressaltar que a “coordenação está para as competências legislativas concorrentes; assim como a cooperação está para as competências comuns” (GONZALES, 2011, p. 73).

Levada a Plenário a decisão proferida pelo relator em cautelar, entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, em 15 de abril de 2020, por referendar

A medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), 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 vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. (...) (Sessão realizada inteiramente por videoconferência, em 15.04.2020 - Resolução 672/2020/STF).

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter mantido a redação original proposta na Medida Provisória, a decisão é parcialmente procedente no que tange à interpretação dada à norma, não

reconhecendo a possibilidade de se atribuir competência exclusiva ao Presidente da República para tratar da matéria.

Nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes (2020, p. 12), quando da apresentação de seu voto, ele ressalta a existência de um conflito aparente de normas constitucionais, uma vez que

O art. 21, XVIII, da Constituição estabelece ser competência da União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; ao passo que o art. 23, II, dispõe ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência públicas. Ademais, o art. 22, X e XI, determina ser competência privativa da União legislar sobre trânsito e transporte, bem como sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; enquanto o art. 24, XII, estatui a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para editar normas sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. O art. 30, I, ainda dispõe ser competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

Assim dada a complexidade no que tange à matéria aqui discutida, sendo facilmente identificável um conflito aparente de normas, acaba a União por se apegar a dispositivos constitucionais relativos à sua competência exclusiva e os demais entes federativos invocam a existência da competência comum entre eles (MENDES, 2020).

Apesar disso, o ministro defende que “independentemente do direcionamento da política pública de saúde que se pretenda adotar, é inviável que ela seja executada sem uma articulação mínima com os Estados e Municípios” (MENDES, 2020, p. 13), devendo se atentar para a necessidade de cooperação entre os entes federativos.

Conforme traz Gonzales, a ideia de divisão vertical de competências legislativas

Só surge efetivamente com a eclosão do fenômeno político, histórico e jurídico do federalismo, pois antes se trabalhava ora com meras divisões administrativas, ora com a ideia de alianças e de pactos, onde não se estabelecia vínculos duradouros ou seguros o suficiente para assegurar a autonomia dos entes partes. (GONZALES, 2011, p. 4).

É apenas com o surgimento do Federalismo que se passa a visualizar a divisão jurídica “da repartição de competências administrativas e legiferantes ao longo do território do Estado, fundada na mais complexa estrutura governamental então conhecida. Cuida-se, pois, de fenômeno histórico, político e jurídico a criação do Estado Federal” (GONZALES, 2011, p. 5).

Cabe aqui também citar que Lowenstein (1986, p. 353) trata o Federalismo como sendo o enfrentamento entre duas soberanias estatais diferentes, separadas territorialmente e que se equilibram mutuamente. A existência de fronteiras federais limita o poder do Estado central e sobre o Estado membro e vice-versa” (tradução nossa)<sup>12</sup>. É para ele, portanto, o Federalismo, uma forma de divisão espacial, existindo, porém, um controle vertical do Poder Público.

O federalismo cooperativo tem por fundamento a cooperação mútua entre os entes federados para que assim as tarefas de interesse comum sejam melhores desempenhadas “através de um entrelaçamento e interdependência entre os níveis de governo em prol do interesse do cidadão e do equilíbrio de forças da Federação” (GONZALES, 2011, p. 72).

Neste sentido, em seu voto, o Ministro Fachin, traz que “a delegação de competência a um dos poderes do Estado não pode implicar, sob o ângulo material, a hierarquização dos poderes ou das esferas de Governo” (FACHIN, 2020, p. 20), e assim, decidiu por conceder parcialmente a cautelar dando interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, ressaltando que, “preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais” (FACHIN, 2020, p. 20).

---

<sup>12</sup> Texto original: “El federalismo: el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y la inversa.”

Assim, a resposta proferida pelo Supremo Tribunal Federal teve o condão, não de interferir na atividade do Poder Executivo fomentando o embate político, mas sim de viabilizar as decisões do governo, dando efetividade e o correto direcionamento a estas, respeitando a competência atribuída pela Constituição a cada um dos Poderes.

Evidencia-se, assim, uma iniciativa por parte do Poder Judiciário de realizar um diálogo institucional, com respeito à separação dos poderes e aos ditames constitucionais, o que demonstra ser a melhor forma para a resolução das discussões trazidas a juízo, como será melhor discutido adiante em tópico próprio.

Como traz Fachin em seu voto:

O papel do Supremo Tribunal Federal nos conflitos federativos deve ser o de abster-se de declarar a inconstitucionalidade formal à míngua de legislação federal editada de forma nítida e precisa. O *locus* da atuação concentrada da Corte muda, conseqüentemente, de foco, para minuciosamente examinar as ofensas materiais à Constituição. Afinal, mais relevante do que saber quem é o ente competente para lidar com a emergência sanitária é saber como União, Estados e Municípios devem agir (FACHIN, 2020, p. 11).

O Supremo, portanto, ao decidir sobre a constitucionalidade da Medida Provisória nº 926/2020, optou pela decisão menos gravosa, dando interpretação conforme a Constituição, reconhecendo a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para tratar dos pontos objeto da presente discussão.

Ocorre que a Medida Provisória 926 foi convertida na Lei 14.035, de 11 de agosto de 2020, sendo aprovadas alterações na redação originalmente trazida pela Medida, em especial ao §9º, o qual passou a disciplinar que “a adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa”, não mais fazendo menção à competência exclusiva do Presidente para dispor acerca dos serviços públicos e atividades essenciais.

#### 4 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA NECESSIDADE DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O recorrente acesso ao Poder Judiciário, seja no âmbito de primeiro grau com o aumento da judicialização de questões cotidianas, ou então no âmbito dos tribunais com a necessidade recorrente de declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de (in)constitucionalidade das leis e medidas criadas pelos Poderes Legislativo e Judiciário, fez aumentar a atividade judicial e, por consequência, exaltar o protagonismo do Poder Judiciário.

Especificamente no que tange ao controle judicial de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, cumpre mencionar que este nasceu em um ambiente jurídico de tradição do *common law*, “na qual os juízes têm por dever dizer o que é o direito, por intermédio de uma razão artificial que adquirem mediante horas de estudo disciplinado, somadas à observância e à experiência prática na lide jurídica” (VICTOR, 2015, p. 96).

Assim, o sistema acaba por admitir, portanto, que juízes (não eleitos pelo povo) invalidem leis criadas pelos demais Poderes (formados por membros eleitos pelo povo), quando as declaram inconstitucionais.

Discute-se, portanto, na doutrina, o caráter contramajoritário das decisões proferidas por meio do controle de constitucionalidade (*judicial review*). Nos dizeres de Bickel (1986, p. 16), quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei ela acaba por “exercer um controle, não em favor da maioria predominante, mas contra ela” (tradução nossa)<sup>13</sup>.

Apesar disso, não se admite que o controle judicial de constitucionalidade seja realizado de forma discricionária ou para atender anseios pessoais e políticos. O Judiciário deve fazer a

---

<sup>13</sup>Texto original: “exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it” (BICKEL, 1986, p. 16).

interpretação da norma, de modo a verificar se esta atende aos preceitos constitucionais postos.

Como mencionado anteriormente, as medidas provisórias analisadas no presente trabalho foram submetidas ao controle de constitucionalidade por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6341, 6342, 6343 e 6363/2020. Mereceu destaque, portanto, sem qualquer demérito às demais decisões, a forma com que o Supremo Tribunal Federal se manifestou quando da análise da constitucionalidade da Medida Provisória nº 926, uma vez que referida Medida apresentou alteração no artigo 3º da Lei 13.979/2020, limitando a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Supremo Tribunal Federal deu parcial provimento à ação proposta, decidindo pela interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, declarando 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”.

Assim, o Tribunal manteve a redação dada pela Medida Provisória ao artigo 3º da Lei 13.979/2020, mas atribuiu aos demais entes da federação a competência que lhes é cabível, retirando, portanto, a limitação trazida pela Medida Provisória ao artigo 3º da Lei.

Como mencionado anteriormente, o Tribunal poderia, haja vista atribuição que lhe é conferida, declarar a inconstitucionalidade da medida em discussão, mas, ao contrário disso, decidiu por manter a redação posta, mas aplicar interpretação adequada aos ditames constitucionais, de modo que qualquer interpretação que seja dada à norma no sentido de garantir exclusividade ao Presidente da República para tratar sobre o tema, será declarada inconstitucional.

Evitou assim, o Supremo Tribunal Federal, que as discussões acerca do tema se acirrassem e preferiu, ao invés do embate, o diálogo

institucional como medida de maior eficiência, com a prática das “virtudes passivas” de Bickel.

Victor (2015, p. 105) explicando a prática das “virtudes passivas de Bickel traz que

Os juízes devem ser bastante deferentes às razões elaboradas por membros dos outros Poderes e, assim, serão mais pacientes, cuidadosos e tolerantes no exercício do controle judicial de constitucionalidade. Significa dizer que os juízes da Suprema Corte, em especial, devem considerar, com respeito e compreensão, os pontos de vista das demais partes e autoridades, de forma que possam perceber a profunda complexidade dos assuntos públicos que lhes são submetidos e, portanto, ser relutantes e cuidadosos no que diz respeito à sua própria intervenção.

Com a aplicação das “virtudes passivas” de Bickel, as decisões passariam a ser mais prudentes e minimizariam as discussões entre os Poderes, tornando os diálogos entre as instituições mais sólidos e despidos de interesses pessoais, políticos ou midiáticos. As decisões passam a ser mais contidas e focadas na matéria objeto da divergência.

As decisões das Cortes, por meio da prática das “virtudes passivas”, perdem seu caráter autoritário e são capazes de atingir de forma mais igualitária a todos. Passam a ser decisões mais seguras, uma vez que favorecem o diálogo institucional estimulando o debate público.

Nos dizeres de Cléve e Lorenzetto a prática dos diálogos institucionais

Procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. (CLÉVE e LORENZETTO, 2015, 189).

Vale também citar que o Ministro Gilmar Mendes, quando da redação de seu voto, cita que o SUS (Sistema único de Saúde) “é a materialização mais clara do regime de federalismo cooperativo” (2020, p. 23). Sendo a previsão normativa da Comissão Intergestores

Tripartite (CIT) relevante inovação gerencial na política pública de saúde no Brasil, pois

Trata-se de foros permanentes de negociação, articulação e decisão entre os gestores nos aspectos operacionais e na construção de pactos nacionais, estaduais e regionais no Sistema Único de Saúde (SUS), para que haja o fortalecimento da governança nesses espaços. Além disso, a Comissão prioriza a responsabilização dos entes, de modo que a tomada de decisão na gestão tenha transparência (2020, p. 23).

Medidas de cooperação como estas faz com que as necessidades de Municípios e Estados sejam atendidas de forma particular. O Brasil é um país de dimensão continental, o que torna as necessidades de municípios e Estados das mais variadas.

Deste modo, o diálogo entre os entes relacionados à matéria em discussão se fortalece e a regionalização das medidas, com a atribuição de competência a Estados e Municípios, também faz com que as medidas adotadas em prol da sociedade sejam ainda mais concretas, uma vez que as necessidades de cada região, dada a grande dimensão do Brasil, são muito diferentes.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Atualmente, estamos vivendo em um momento atípico, em que o caos foi instalado devido ao Covid-19 que, a cada dia, faz com que o número de mortes aumente. Com isso, a necessidade de disciplinar as novas situações e trazer, ainda que minimamente, segurança jurídica para as relações, fez com que inúmeras medidas fossem criadas.

Os Poderes Legislativos e Executivos criaram medidas restritivas de circulação e também medidas para regular as relações de trabalho, econômicas e civis. A urgência requerida para a criação destas normas, assim como a ausência de precedentes concretos para servir de paradigma ao que se propôs, fez com que muitas destas medidas fossem envolvidas em vícios formais e materiais, quando não,

insuficientes para regular o atual cenário, sendo alvo de muitas críticas.

Observou-se um aumento da judicialização, assim como do protagonismo do Poder Judiciário, sendo o Supremo Tribunal Federal, por inúmeras vezes, chamado por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade para se manifestar.

Foram muitas as ações propostas, sendo no presente trabalho, de forma breve, destacada as decorrentes da Lei 14.010/2020, assim como as que vieram questionar as Medidas Provisórias nº 927 e nº 936/2020 e, de forma um pouco mais detalhada a Medida Provisória nº 926.

Nota-se, portanto, a necessidade de diálogo entre as instituições para que a norma possa ser revestida de constitucionalidade e, também, para que direitos e deveres possam ser entregues para a sociedade de forma mais efetiva, de modo a gerar maior segurança jurídica.

O Poder Judiciário, ao contrário do que por muitas vezes se propala, acaba por viabilizar as medidas tomadas pelos demais Poderes, à medida que profere decisões concretas, em conformidade com os ditames constitucionais; tais decisões, a nosso ver, não tem como objetivo fomentar a discussão entre os Poderes, mas sim, cumprir as prescrições da Constituição Federal.

Assim, os Poderes devem, de forma harmônica, dialogar acerca da correta aplicabilidade da norma, de modo a garantir que a sociedade tenha seus anseios atendidos e as regras constantes na Constituição Federal sejam respeitadas, evitando-se, deste modo, a disputa pelo poder da última palavra.

Data de Submissão: 30/07/2020

Data de Aprovação: 17/19/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Thaynná Batista de Almeida

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 12, n. 21, jan. /jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 16-17.

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 14 jul 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**. Brasília, DF. 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: 14 jul 2020.

BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, DF. 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 14 jul 2020.

BRASIL. **Lei 14.010, de 10 de junho de 2020**. Brasília, DF. Disponível em [https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha?/legisla/legislacao.nsf/Viww\\_Identificacao/lei%2014.010-2020&OpenDocument](https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha?/legisla/legislacao.nsf/Viww_Identificacao/lei%2014.010-2020&OpenDocument). Acesso em 14 jul 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm). Acesso em: 20 jul 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de mar de 2020**. Brasília, DF. 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: 20 jul 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Brasília, DF. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm). Acesso em: 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 15 de abril de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gm-competencia-concorrente.pdf>. Acesso em 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 15 de abril de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-edson-fachin-aco-es-competencia.pdf>. Acesso em 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6342**. Relator: MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 26 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6342liminar.pdf>. Acesso em 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343**. Relator: MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 26 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão em Medida Cautelar nº 6363**. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 6 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752428536&prcID=5886604&ad=s#>. Acesso em: 20 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão em Medida Cautelar nº 6363**. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 17 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5886604>. Acesso em: 20 jul 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n.3, p. 183-206, set. /dez.2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300183&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300183&script=sci_arttext). Acesso em: 20 ago. 2020.

Germany. Março, 2020. Disponível em <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>. Acesso em 17 jul 2020.

GONZALES, Douglas Camarinha. **Competência Legislativa dos Entes Federados: conflitos e interpretação constitucional**. 2011. Disponível em [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16082012-150740/publico/DOUGLAS\\_CAMARINHA\\_GONZALES\\_COMPLETA\\_CONFERIDA.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16082012-150740/publico/DOUGLAS_CAMARINHA_GONZALES_COMPLETA_CONFERIDA.pdf). Acesso em 17 jul 2020.

KLAFKI, Anika; KIEßLING, Andrea. **Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks:**

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona.Ed. Ariel S/A, 1986, p. 353.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D´Arbo Alves de. Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 5, n. especial, 2015 p. 347-360.

OPAS-Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em 18 jul 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

VEIGA, Aloysio Corrêa da; SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Dejà-vu Histórico, Normatividade e Sociedade em Mutação: o direito em quarentena nas medidas de prevenção contra o covid-19*. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19/** coordenadores Alexandre Angra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease(COVID-19) Pandemic**. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 19 jul 2020.

## The Protagonism Of The Judicial Branchin Front Off The Recurrent Need For The Judicial Control Of Constitutionality Of The New Provisional Measures

Angela Soncin

Juvêncio Borges Silva

**Abstract:** This present article aims to highlight that the urgency for regulatory frameworks that discipline situations that have never been experienced, such as those currently generated by the state of calamity decreed as a result of the coronavirus (COVID-19), caused the Judiciary to be exhaustively provoked to manifest, which ended up generating discussion about the advance of the protagonism of this Power in view of the measures adopted by the Executive and Legislative Powers. The present research is justified since the Judicial Branch has exercised considerable leadership in the social and political arena, with decisions that have had repercussions on these spheres. It is an exploratory, qualitative research, which uses the analytical-deductive method, and which uses books, scientific articles and doctrinal texts. The research shows that, despite the protagonism of the Judiciary, it does not act in a way to create a clash between the Powers, but that, through the existence of institutional dialogues, it is possible to guarantee the prevalence of the Federal Constitution over political interests, without interfere in the competence of the other Powers.

**Keywords:** Regulatory Frameworks. Protagonism. Institutional Dialogues. Judicial Branch.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54244>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



# Teoria Da Imprevisão E Desenvolvimento Econômico: Aspectos Constitucionais E Consumeristas Em Tempos De Pandemia

**Pedro Adolfo Moreno da Costa Moreira\***

Centro Universitário de João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Direito, João Pessoa-PB, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-5293-2454>

**Raissa Brindeiro de Araújo Torres \*\***

Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Direito, João Pessoa-PB, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-5114-8422>

**Resumo:** O presente trabalho traz um estudo científico acerca da constitucionalidade e da legalidade das medidas econômico-financeiras adotadas pelas instituições financeiras no período de exceção experimentado pela pandemia causada pelo COVID-19. Através do diálogo com princípios de ordem constitucional, busca-se compreender o instituto do anatocismo frente a redução de desigualdades, da promoção da igualdade material e na promoção do princípio constitucional da solidariedade. Assim, o problema consiste em verificar como as instituições financeiras têm se comportado frente aos desafios de ordem econômica e social advindos do cenário atual de pandemia causado pelo COVID-19. E levanta-se a hipótese de que muitas instituições financeiras sequer estão promovendo qualquer alteração em suas condições contratuais e outras, quando assim o fazem, não promovem qualquer suspensão das cláusulas penais destes respectivos contratos, ou quando muito, se isentam da cobrança das atualizações monetárias. Ademais, a natureza da vertente metodológica é qualitativa, tendo em vista que o tema requer um conhecimento ampliado e atento ao novo panorama econômico e social decorrente da pandemia causada pela COVID-19. Emprega-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento histórico e monográfico, assim como as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, o trabalho busca enfatizar que o se almeja não é propriamente a ruptura de um modelo econômico imposto pelo capitalismo, mas sim promover a defesa do consumidor na forma do art. 5º, XXXII da CF, e efetivar a solidarização de prejuízos, não se podendo conceber que segmentos determinados possam se beneficiar de modo desproporcional à medida que continuam a imprimir taxas bancárias e juros abusivos como se estivessem em um cenário de normalidade.

**Palavras-Chave:** Teoria da imprevisão. COVID-19. Princípio da solidariedade.

\* Mestre em Direito e Desenvolvimento. Mestrando em Direito e sustentabilidade. Email:

[pedro.pedroadolfo@gmail.com](mailto:pedro.pedroadolfo@gmail.com)

\*\* Doutora em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. E-mail:

[raissabrindeiro@hotmail.com](mailto:raissabrindeiro@hotmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53205>

# **Teoria Da Imprevisão E Desenvolvimento Econômico: Aspectos Constitucionais E Consumeristas Em Tempos De Pandemia**

Pedro Adolfo Moreno da Costa Moreira

Raissa Brindeiro de Araújo Torres

## **1 INTRODUÇÃO**

Sequer se atravessou o primeiro trimestre do ano e a única certeza que se tem é que todos os valores sociais foram sacudidos após o advento da pandemia provocada pelo Coronavírus, o COVID-19. Por assim dizer, relevantíssimos aspectos de ordem econômica, financeira, social, médica, científica, securitária, civil foram afetados por uma balbúrdia patológica que descamba por afetar os mais diversos campos do direito, em especial o direito contratual.

O isolamento social e o lockdown, eleitos como uma das medidas mais eficazes para a contenção do alastramento da referida patologia, conduz o que é chamado para uma "segunda onda", a ser marcada com profunda recessão mundial, desemprego, pobreza, incapacidade de cumprimento de avenças contratuais e, sem sobressaltos, superendividamento.

Neste aspecto, importa destacar que os reflexos jurídicos deste cenário nunca antes vividos após o advento da sociedade de massificação de contratos, causam profundas inquietudes no meio jurídico principalmente após se observar a conduta capitaneada pelas instituições financeiras no Brasil, que após a relutância em ceder condições em meio ao infortúnio hoje vivenciado, não abrem os

flancos de modo proporcional ao mal social amargado e se distancia de forma a solidarizar com os profundos e irreversíveis efeitos econômicos guiados pelas medidas de isolamento social e lockdown que entuba a vitalidade financeira da grande parte das pessoas e promove o agonizar final de maciça fatia das empresas e de nichos empresariais por completo.

A vista disto é notório e evidente que toda a teoria geral dos contratos, concebida para conduzir segurança jurídica em tempos de naturalidade social, não tem a propriedade de estender seus efeitos em momentos únicos como os atuais em que a capacidade econômica foi arrebatada pelo efeito do isolamento social e do lockdown imposto pelos entes públicos como forma de arrefecer o contágio do COVID-19 e conter o flagelo humano provocado por esta patologia que deixou em estado de choque todo o mundo.

Ainda que hoje seja robusto o entendimento do direito de indenização a ser cobrado do Estado, a título de lucros cessantes, em razão do fechamento de segmentos econômicos, tema a ser estudado em pesquisa própria, verifica-se que a doutrina civilista encontra cada vez mais amparo para democratizar as perdas advindas pelos efeitos da pandemia e integrar princípios de ordem constitucional e dos Direitos Civil e do Consumidor, para diminuir os impactos financeiros da parte mais fragilizada das relações negociais.

Nesse sentido, o problema consiste em verificar como as instituições financeiras têm se comportado frente aos desafios de ordem econômica e social advindos do cenário atual de pandemia causado pelo COVID-19.

A partir de então, levanta-se a hipótese de que muitas instituições financeiras sequer estão promovendo qualquer alteração em suas condições contratuais e outras, quando assim o fazem, não promovem qualquer suspensão das cláusulas penais destes respectivos contratos, ou quando muito, se isentam da cobrança das atualizações monetárias.

Ademais, a natureza da vertente metodológica é qualitativa, tendo em vista que o tema requer um conhecimento ampliado e atento ao novo panorama econômico e social decorrente da pandemia causada pela COVID-19. Assim, através da análise de teorias e documentos normativos nacionais e internacionais, busca-se tratar a temática de maneira elucidativa, contribuindo para a construção de um alicerce de ideias e fundamentos amparados nas fontes de pesquisa coletadas. Quanto ao método de abordagem utilizado no presente trabalho, emprega-se o dedutivo, partindo-se da análise dos princípios de ordem constitucional para equalizar o objeto instituto do anatocismo frente a redução de desigualdades, da promoção da igualdade material e a promoção do princípio constitucional da solidariedade, em um cenário de grandes desafios de ordem econômica e social advindos do cenário atual de pandemia causado pela COVID-19.

Dito isto, concentra-se o esforço no sentido de promover uma leitura do princípio do desenvolvimento nacional, princípio da solidariedade e da robusta teoria da imprevisão contratual, com o fim último de alertar, por meio da ciência jurídica, a abusividade de tais práticas que levam ao superendividamento de grande faixa de pessoas em idade produtiva, promovendo consequências sociais ainda mais gravosas, em especial, após a passagem de toda a tempestade vivida pela pandemia, eis que necessitar-se-á, como nunca, de todos os esforços humanos para seguir a difícil missão de reativação da economia que se encontrará em profunda recessão.

Note-se antes de mais nada que o trabalho não ousa, sob qualquer hipótese, discutir o mérito das medidas de restrição social determinadas pelas autoridades competentes, nem mesmo tergiversar acerca do binômio desenvolvimento econômico versus vidas humanas, mas se concentra em permitir uma análise jurídica acerca da teoria da imprevisão no presente momento, de forma a levantar aspectos constitucionais e legais que verificam a incorreção das medidas das instituições financeiras, que ao cabo de seu natural propósito de lucro, utilizam-se do atual cenário crítico para ampliar seus spreads em total

afronta ao dirigismo contratual, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e, principalmente, à teoria da imprevisão.

## **2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS, DIRIGISMO CONTRATUAL E TEORIA DA IMPREVISÃO**

Ao iniciar efetivamente o estudo, não se pode sonegar a necessidade de realizar uma análise geral e introdutória acerca da teoria geral dos contratos, do dirigismo contratual, para só após ser possível situar a discussão na teoria da imprevisão, em especial conduzido por uma crise social provocada pela pandemia COVID-19, trazendo a seu turno um substrato relevante para se seguir na análise do superendividamento ocasionado, quando muito pela mera suspensão dos vencimentos dos compromissos contratuais.

Ora, tão impactante se revelam as consequências econômico-financeiras dos males trazidos pelo COVID-19 que relações trabalhistas estão sendo desfeitas às centenas de milhares, avenças contratuais de todo gênero estão sendo reavaliadas, pouco se percebendo as alterações contratuais dos contratos bancários, o que soa totalmente descabido, uma vez que não há hierarquia de qualquer espécie de contrato.

Por assim dizer, verifica-se que o art. 421 do Código Civil, o Título dos Contratos em geral condiciona a higidez contratual à sua função social que é alcançada quando o contrato – em suas fases pré, contratual e pós contratual – é subordinado não apenas às normas gerais do direito e aos regramentos éticos e morais estabelecidos, mas conduzido para um benefício *ultrapars*.

A este teor o exemplo de humanidade, Gagliano e Pamplona Filho (2020) destacam que a função social do contrato se apresenta como um princípio jurídico revestido de conteúdo indeterminado,

materializando-se de forma a promover balizas à liberdade de contratar, tendo como norte o alcance do bem comum.

Em lição de vanguarda que agrega relevantíssimo valor, comunga-se do entendimento de Pontes de Miranda (1984, p. 39) que destaca de maneira singular a função social do contrato:

Nos negócios jurídicos bilaterais e nos negócios jurídicos plurilaterais, o acordo ou a concordância pode atender a conveniência dos figurantes, mas ferir interesses gerais. O direito tinha de considerar vinculadas as pessoas que se inseriram, como figurantes, em negócio jurídico bilateral ou plurilateral, tendo, porém, de investigar se houve, ou não, ofensa a interesses gerais ou a interesse de outrem.

Este aspecto avolumou o pensar de que, ainda que houvessem direitos públicos a serem respeitados no cenário constitucional, no âmbito privado, as relações deveriam ser regidas por diretrizes gerais dispostas pelo Estado em contrariedade à liberdade contratual irrestrita. A este mecanismo, que foi concebido como Dirigismo contratual, houve o afã de arrefecer a vontade individual dos contratos por meio da intervenção do Estado, endossando o pergaminho constitucional que vaticina a inexistência de direitos absolutos.

Esta intervenção do Estado se mostra como adequada e proporcional para estabelecer uma igualdade dos atores contratuais e de seus respectivos direitos de forma a promover a manutenção dos dispositivos contratuais ou ainda eventuais revisões e resoluções dos instrumentos contratuais.

Sobre o dirigismo contratual, não se trata de um poder ilimitado, mas um poder dever do Estado que se insurge tão somente para reestabelecer o equilíbrio em relações cediçamente descompensadas. Dessa maneira, o dirigismo contratual mostra-se necessário nas situações em que é preciso haver o controle estatal nas relações jurídicas, buscando promover o equilíbrio entre os contratantes.

Neste aspecto, verifica-se que a tradicional máxima do *Pacta Sunt Servanda* deu espaço, de forma gradual, à função social dos

contratos, ao dirigismo contratual, à teoria da onerosidade excessiva e, quando do advento de profundas alterações contratuais gerais e alheias a qualquer previsão, à teoria da imprevisão.

Em especial, debruçados a este instituto, verifica-se que a mudança de norte surgiu pelo pergaminho constitucional que previu o princípio da solidariedade como um dos princípios pujantes do Texto Constitucional, o que fez refletir no vigente Código Civil uma atenção muito maior à coletividade e à sociedade, em uma ruptura evidente ao Código Civil de 1916 que se caracterizava por um instrumento de proteção notadamente individualista e liberal. Destacando este cunho social do vigente pergaminho civil, Bollmann (2003, p. 19-20) destaca com maestria:

Fugindo do individualismo acentuado, o novel diploma se guia por princípios como: a) sociabilidade, de forma que prevalecem os valores coletivos sobre os individuais; b) eticidade, que impõe a observância de critérios ético-jurídicos fundados no valor da pessoa humana como fonte do Direito; c) operabilidade, ou seja, o Código não é uma norma teórica elaborada para contemplação científica, mas um conjunto de preceitos que devem ser construídos de forma clara e de fácil utilização; d) concretude, considerando o ser humano não como ser abstrato, mas um indivíduo concretamente situado na sociedade.

Sob este mote, antenado com o caráter social dos contratos, a teoria da imprevisão, que trouxe como máxima o *Rebus Sic Stantibus*, caminhou para a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais inseridas em contratos de execução continuada quando a prestação se mostra demasiadamente desvantajosa para um dos polos contratuais em razão de circunstâncias não previsíveis e extraordinários (art. 478, CC). Solução esta que se dava para promover a função social do contrato sem a necessidade de se resolver as avenças firmadas.

Nesta linha de pensar, o próprio Código Civil estabeleceu em seu art. 393 um elemento normativo para que os efeitos deletérios do contrato fossem amargados pelos devedores contratuais – parte mais vulnerável do contrato – quando do advento de eventos imprevisíveis e eivados por caso fortuito ou força maior. Conserva-se aqui a intenção

legal de se promover um excludente de ilicitude que fomenta a solidarização de ônus contratuais, sendo patente tal demonstração no comando do art. 5 da LINDB que pugna pela sujeição da aplicação à função social e à promoção do bem comum.

Mais à frente, do ponto de vista cronológico, os arts. 421 e 421-A, revigorados pelo advento da vigência da Lei n.º 13.874/19 estabelecem que a liberdade contratual se curva à função social do contrato e que celebra a possibilidade de revisão contratual em casos excepcionais e limitados. A este teor, verifica-se que a teoria geral do contrato se rende, descortinadamente à teoria imprevisibilidade e, ainda, à teoria da função social do contrato que por sua vez se atrela à mensagem de circulação de riquezas, à de nivelamento das partes contratuais, ou ainda, consoante Carlos Roberto Gonçalves (2020), a ideia de uma justiça comutativa, de forma a combater as desigualdades substanciais que permeiam os contraentes, promovendo um nivelamento entre as partes.

Se o *caput* do art. 170 da CF fixa na ordem econômica o direito da livre iniciativa, em mesma escala de hierarquia, o mesmo comando constitucional advoga a promoção da justiça social. Contudo, é importante destacar que a justiça social não se efetiva quando o desequilíbrio dos polos contrários pesa em detrimento da parte devedora, mormente em condições de total imprevisibilidade e excepcionalidade.

Nessa perspectiva, como bem assevera Araújo e Cecato (2014, p. 10):

Em grande parte, o que ocorre é que a voracidade do mercado acaba por aniquilar completamente os valores minimamente voltados para a pessoa, reduzindo-os a ideais meramente formais, em que os fins são reduzidos a meios, passando-se a negar a existência dos valores intrínsecos que consideram o ser humano como portador de dignidade. Seria possível, então, construir uma passagem entre a ideologia de mercado, prevalecente, que separa os valores da realidade fática, de modo a restabelecer os valores como imbricados à realidade do mundo? [...]

Outrossim, sob a escusa da Lei da Liberdade Econômica não se pode promover, sob qualquer hipótese, a libertinagem econômica, fazendo com o que os *spreads* bancários, as metas de lucros e sucessão de balanços superavitários possam ampliar seus espaços em detrimento de vidas e em detrimento da dignidade da pessoa humana, que se encontra particularmente devassada em época de pandemia COVID-19.

Ponto digno de nota, é que o pano de fundo da possibilidade de se alterar os rumos contratuais por meio da revisão contratual se dá de sobremodo em razão da necessidade de se garantir o desenvolvimento econômico, que teve e tem como vetor essencial a expansão do comércio e foi consolidado hodiernamente por meio das relações empresariais e consumo, que merecem meios de superação de seus impasses.

### **3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E O SUPERENDIVIDAMENTO**

Inicialmente há de se levar em consideração que o superendividamento é um fenômeno social relativamente novo provocado pelo excesso de crédito disponível ao mercado, fazendo com o que, aliado à incessante publicidade e condições de pagamento que não aparentam ofensividade, haja a insolvência dos devedores. Adicionado ao cenário nacional, verifica-se que este superendividamento é potencializado pela prática de taxas bancárias que ostentam as mais elevadas do mundo.

Em tez doutrinária, Brunno Pandori Giancoli (2008, p.122), liga a situação de superendividamento a oferta de crédito e eleva esta vinculação a um direito fundamental nas relações privadas, posto que “a natureza do superendividamento também está ligada à eficácia dos

direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, a vinculação dos particulares, ou das entidades privadas, ao direito fundamental de acesso ao crédito pelo consumidor”.

Ademais, Daura (2020, p. 19) pontua que:

O agravamento do superendividamento no Brasil resultante da crise econômica ocasionada pela pandemia poderá ser responsável por elevar os indicativos de pobreza no país, caso medidas urgentes não sejam tomadas. Importante, portanto, é reafirmar o valor da boa-fé objetiva enquanto norma de conduta que determina um padrão ético de comportamento entre os sujeitos de uma relação obrigacional.

Exsurge, portanto, que o superendividamento reserva ao seu detentor a restrição do direito ao crédito, o que é agravado em tempos de grave comoção social provocados por eventos excepcionais e imprevisíveis como o atual (SCHMIDT; OLIVEIRA, 2020, p. 17). Em breve adendo, a continuidade da imposição de taxas e juros bancários em patamar pré COVID-19, se verifica como no mínimo, vantagem desproporcional.

Por sua vez, superados os contornos civis acerca da teoria geral dos contratos e suas peculiaridades, é de se notar que, ao mesmo tempo em que foi desenvolvida na teoria geral dos contratos, a teoria da imprevisão, no cenário do constitucionalismo foi abordado, em tônica ainda mais profunda, o princípio da solidariedade.

Em outro aspecto, como forma de amoldar parte substancial do presente estudo, entende-se por solidariedade, de acordo com o Ferreira (2003, p. 1886):

[...] 1. Qualidade de solidário. 2. Laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes. 3. Adesão ou apoio a causa, empresa, princípio, etc., de outrem. 4. Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, dum país, ou da própria humanidade. 5. Relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s). 6. Sentimento de quem é solidário. 7. Dependência recíproca. 8. Jur. Vínculo jurídico entre os credores (ou entre os devedores) dum mesma obrigação, cada um deles com direito (ou compromisso) ao total da dívida, de sorte que cada credor pode exigir (ou cada

devedor é obrigado a pagar) integralmente a prestação objeto daquela obrigação.

Note-se, adiante, que no enfoque humano, o princípio da solidariedade se consagra como um elo natural humano inerente ao ser humano e é difundido pelo cristianismo como um dos elementos a ser cultivado: "Amarás o teu próximo como a ti mesmo" (Marcos 12:31). Na seara antropológica, pode ser explicada a solidariedade como o vínculo de afinidade nutrido entre pessoas que se põem no lugar alheio e agem para suavizar a sofreguidão do próximo.

Aprofundando o pensar, Frans de Waal (2016, p. 131) explora a noção da solidariedade e a distingue da empatia, de modo que esta mostra-se proativa, sendo considerada um processo "[...] pelo qual nos damos conta da situação de outra pessoa. A solidariedade, em contraste, reflete nossa preocupação com o outro e um desejo de fazer com que a situação melhore".

Volvidos ao entendimento constitucional, diante do inciso I do art. 3º da CF, emerge-se a solidariedade como um dos elementos que conduzem coesão ao texto constitucional e se estabelece como um dos objetivos, ou seja, um norte a ser perseguido pela República Federativa do Brasil na consecução do progresso da nação. Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, o *caput* do art. 5º bem como o seu inciso XXXII, sinalizam além do princípio da igualdade, a defesa do consumidor como vetores nucleares salvaguardados pelo manto das imutabilidades pétreas.

Ocorre que com o advento do Estado social, em contraposição à ideia de Estado Liberal, a conformação do Estado passou a intervir no mercado de forma a limitar a autonomia privada em benefício do interesse comum dando azo à igualdade material em face da igualdade meramente formal, fazendo com o que as injustiças protagonizadas em virtude do poder econômico dessem vez ao implemento da igualdade em sua plena essência. É neste estado do bem-estar social que se defende a paridade de armas entre direitos e garantias civis e perpetuação de desigualdades promovidas por fatores econômicos.

Ao enfoque do narrado, Sundfeld (2017) conduz o pensar de que o Estado Social age de maneira incisiva na busca pelo desenvolvimento, e aqui não se deve confundir com o simples crescimento, mas sim pensar em mudanças que promovam o enriquecimento cultural e uma transformação social positiva a fim de promover a justiça social.

Não se pode olvidar que é por meio do princípio da solidariedade que se pavimenta o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e que se alicerça a promoção do bem de todos. Por direta conclusão, o bem de todos não se promove em um cenário de concentração de riquezas, de enriquecimento sem causa e de disparidades contratuais extremas, o que é potencializado no cotidiano, ao momento em que a COVID-19 força o isolamento social, bloqueando o normal desenvolvimento das relações sociais e exaurindo a capacidade de trabalho das pessoas, ocasionando pobreza e fome.

Ainda no enfoque constitucional, é de se dar razão ao entendimento de que os objetivos da República Federativa do Brasil são normas constitucionais de eficácia plena e de aplicabilidade imediata de forma que tal imposição constitucional deve prevalecer não apenas nas relações entre o particular e o Estado, mas, igualmente, nas interações entre indivíduos, por dicção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Sob este mesmo panorama de solidariedade dentro do seio social, a lição de Eros Grau (2009, p. 218) é por deveras acertada, destacando que a sociedade solidária é aquela que não desagrega cidadãos, destacando ainda:

Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza justiça social, sobre cujo significado adiante me deterei. Solidária a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

De mais a mais, considerados o princípio da solidariedade e as relações privadas, note-se que descabe aqui reduzir a solidariedade ao campo público e de aplicabilidade intergeracional, devendo como medida de lúdima justiça conduzir o princípio da solidariedade para o campo privatístico, com ênfase ainda maior em momentos de excepcionalidade extrema.

Ao desdobrar deste pensar, de posse deste entender, entende-se que o princípio constitucional da solidariedade, por meio do efeito horizontal dos direitos fundamentais, aplica-se às relações privadas, convida-se para se analisar as relações civis e comerciais mantidas entre as instituições financeiras e particulares na conjuntura pós COVID-19.

A patologia decorrente do novo corona vírus forçou as autoridades públicas dos países recorrerem ao isolamento social de toda a população, de forma que a circulação de pessoas ficou restrita à casos excepcionalíssimos, fazendo com o que a maciça parte das relações comerciais fossem cessadas, o que impede, por óbvio, a concretização de novas avenças e o giro de riquezas, abrindo largo flanco para o desaceleração econômica, aumento da inadimplência, recessão econômica e aumento da pobreza que já alcançava índices alarmantes no país.

Em razão da intensa relação mantida entre estes atores sociais o que se percebe é o desespero coletivo provocado pelo definhamento do comércio, na diminuição de receitas tributáveis, redução de jornadas de trabalho – que redundam em diminuição de salário –, e possibilidade de corte de subsídios e salários de servidores públicos, o que promove uma efetiva insolvência social, e com isto, a necessidade de arrolamento de dívidas, muitas das quais que tem instituições financeiras como credores.

Ainda que seja patente que algumas instituições financeiras promovam a suspensão de alguns contratos bancários, a ampla maioria das casas bancárias continuam a cobrar elevadas taxas bancárias em patamares bem superiores à media mundial, e na

contramão da própria política econômica nacional que estabelece, em caráter meramente exemplificativo, a taxa básica de juros SELIC em 3,75% (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2020) anuais, desgarrando totalmente da prática bancária que não raro ultrapassa a taxa de juros de 15% mensais.

Sob o pálio da eficácia horizontal de direitos constitucionais, especialmente no quadro atual de extrema singularidade promovido pela COVID-19, deve-se valer o Poder Público do comando do inciso XXXII do art. 5º, CF, para promover o interesse do consumidor, mormente quando os arts. 4º, VI; 6º, V; 39, V; 51, IV, do CDC direcionam para uma equalização das partes contratuais e suas respectivas avenças.

Neste mesmo filão, a conduta do sistema financeiro, que não abre chances para uma eventual revisão contratual, incorre sem margem para incorreção nos comandos dos art. 36, IV da Lei n.º 12.520/2011 e levam às raias penais o exercício abusivo de condição dominante. Ao ponto, considerado o evidente cenário de caos social, com a total desmoronamento econômico de toda a sociedade, não há como considerar de modo distinto a insistência do setor bancário em imprimir a regra do *pacta sunt servanda* mesmo diante de uma tragédia socioeconômica já anunciada.

Entrementes, o que pode ser vislumbrado é que, sequer a trajetória da pandemia COVID-19 tenha chegado à sua apoteose, toda a sociedade já amarga inúmeros estudos que dão conta da instalação de uma eminente recessão econômica infiltrando-se em todo o território nacional deixando para trás um rastro homogêneo de inadimplência, insolvência, falência e empobrecimento massivo da sociedade.

Destarte, considerar que apenas as instituições financeiras não venham a padecer por um infortúnio distribuído de forma isonômica à toda a sociedade é laborar contra a ideia de que todos devem ser tratados de forma igual e que justamente por ser a coletividade um corpo indiviso, o princípio constitucional da solidariedade celebra o compartilhamento não apenas das benesses, mas igualmente de todos

as agruras de um cenário excepcional e imprevisível como o vivido atualmente.

Se toda a cadeia produtiva padece em virtude de um descortinado desaquecimento econômico, sob uma óptica de equidade que deve nortear todo o ordenamento jurídico, não se encara com justeza qualquer conduta das instituições financeiras que não revê seus termos contratuais, tão somente arrolando dívidas sem a diminuição de seus spreads que são superados ano após ano.

O princípio da solidariedade, reza que para se consolidar uma sociedade mais justa e que busca a erradicação da desigualdade social e do desenvolvimento nacional, deve ser solidarizado também os déficits e o prejuízo da economia nacional que hoje se prenuncia.

Não se trata aqui de querer subverter o modelo capitalista ou não legitimar o princípio da livre concorrência, mas é, antes de mais nada, promover o exato cumprimento dos imperativos constitucionais ainda mais no momento em que uma pandemia extrema subtrai riquezas dos que já se encontram em condições subumanas e capilariza todo o lucro para as instituições bancárias como se estas seguissem em um ambiente hermeticamente fechado, lucrando em dias de normalidade e lucrando exponencialmente mais em momentos de intensa instabilidade, como o vivido atualmente.

A situação de penúria é facilmente comprovada por meio dos inúmeros decretos expedidos pelos Municípios e pelos Estados que restringem a circulação de pessoas e impõem ou a restrição do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais ou ainda o cerramento de suas portas. Não carece de qualquer esforço argumentativo para restar claro e ululante que as restrições estabelecidas pelos órgãos do executivo limitaram de modo circunstancial a capacidade de cumprimento das obrigações cumpridas pela população em geral.

Por assim dizer, as casas bancárias em situações excepcionais como a dos dias correntes, deve obedecer a inteligência dos arts. 479 e 480 do Código Civil e revisar o contrato para alcançar patamares

mais humanizados. Ora se é o princípio da solidariedade um dos nortes do Estado Democrático de Direito brasileiro, não se pode chancelar qualquer tipo de casta que se privilegia financeiramente em detrimento de todos os demais.

Promover a continuidade de juros compostos em grau bem acima das taxas mundiais – como é uma permanente realidade no Brasil –, ainda que haja firme entendimento jurisprudencial que entende que para se considerar a abusividade de juros há que ser praticado juros acima da média de mercado, não se harmoniza com uma situação tão inusitada como a vivida em razão da COVID-19, que traz contornos econômicos e jurídicos impensados em fábulas apocalípticas. Dessa maneira, “[...] o superendividamento em razão da má concessão de crédito pelas instituições financeiras é situação prejudicial à própria ordem econômica e social, valor consagrado constitucionalmente” (LEITE, 2020, p. 153).

Em relação aos reflexos da Covid-19 na saúde financeira dos indivíduos, estudos apontam a incidência de muitos casos de falência e recuperação judicial, como bem alertam Daleffi, Trecenti e Nunes (2020):

Tudo indica que precisamos nos preparar para os casos de falências e recuperações judiciais que surgirão no futuro. Além de alterações legislativas, o aumento requer uma preparação estrutural dos tribunais em todo país para recepção e julgamento em tempo hábil desses processos. A administração judiciária é tão ou mais importante que as alterações legislativas. Sobre esses tópicos, voltaremos a falar em um próximo informativo.

Nesse sentido, viabilizar uma revisão contratual de forma a promover efetivamente o princípio da solidariedade é, sem margem de erro, fazer com o que grande parte da população, que terá seu crédito restrito, tenha os efeitos do caos social minorado. Ao momento, a única certeza é que a pandemia COVID-19 promoverá evento imprevisível e suficiente para a revisão contratual, o que infere diretamente em uma solidariedade das perdas, não podendo ser imputados os prejuízos tão

somente à população em si como se as instituições financeiras fossem totalmente infensas do cenário social hoje imensamente abalado.

Não há que falar que a atividade bancária não contribuiu em nada para o surgimento desta pandemia, o que de fato é verossímil. Ocorre que, muito embora não se possa atribuir a ninguém a figura de vilão e de responsável pela situação de absoluta crise econômico-financeira que hoje se vive, é certo que a imensa maioria da população vem a sofrer profundas implicações econômicas, não sendo razoável que os bancos não possam ao menos revisar contratos para apequenar taxas e juros que só contribuem para a concentração de capital e oferecimento por iguais juros e taxas deveras oneradas.

Não se trata em difundir qualquer tese que vem a derrocar o sistema capitalista, mas é elevar o tom para raciocinar que em uma república democrática, a existência de gravames coletivos deve acarretar uma distribuição isonômica e proporcional das perdas sociais, econômicas e financeiras, ainda que cedidos da importância do setor bancário no mecanismo produtivo.

Da forma como propõe Marques, Bertonecello e Lima (2020, p. 62), é necessário que seja estimulada “[...] a conciliação, com tempo e ordem: mais tempo para pagar os créditos maiores e ordem no pagamento. Assim, um plano deve ser estabelecido, melhorando a educação financeira e a cultura do pagamento!”.

Ainda certo de que a Constituição garante a livre iniciativa dentro do contexto da ordem econômica e financeira, o que labora em favor das casas bancárias, em uma análise da topografia constitucional, deve-se buscar em ênfase muito maior o objetivo da solidariedade em um horizonte de eficácia horizontal dos direitos constitucionais do que promover a obediência à regra do *pacta sunt servanda* e a natural, de forma que toda as perdas econômicas devem ser igualmente solidarizadas.

Não se trata aqui de utopia marxista ou impor a expropriação do lucro do sistema financeiro, mas diminuir seus dividendos na mesma razão das perdas sociais experimentadas na situação

excepcional da pandemia COVID-19, haja vista que não se pode pensar em solidariedade e redução das desigualdades sociais sem que haja a efetiva repactuação dos contratos financeiros na forma dos arts. 479 e 480 do CC.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo todo aduzido no presente trabalho, ao tempo em que trouxe à cabo conceitos de teoria geral dos contratos, dirigismo contratual, teoria da imprevisão, proporcionou elementos para se buscar uma melhor análise da situação social, econômico e financeira conduzida pela pandemia COVID-19 que exaure as riquezas de maciça parcela da sociedade, conduzindo para uma insólita insolvência que proporciona um superendividamento promovido pela pandemia, eis que a população é obrigadas a suspender suas atividades laborais em virtude de instrumentos normativos que obrigam o isolamento social e com isto o esfriamento – quase paralisia – da roda econômica.

A este contexto, o que se verifica é que considerável parte da população que vinha mantendo uma relação contratual continuada com as instituições financeiras hoje, em cenário de pandemia COVID-19, não gozam de qualquer fôlego financeiro para manter as avenças dos enlances contratuais celebrados com casas bancárias. Estas últimas, não obstante, viverem neste mesmo cenário, se valem de juros compostos e das taxas mais altas do mundo para aumentar seus *spreads* e romper, ano após ano, recorde de lucros.

É de acordo com a teoria da imprevisão e do princípio da solidariedade estampado com veemência nos momentos iniciais da Constituição estabelece-se um espírito de mutualidade democrática que faz com o que não apenas os direitos sejam oferecidos de modo igualitário, mas, igualmente os deveres sociais sejam rateados em igual forma, como meio de se efetivamente alcançar o desenvolvimento nacional. Ao pensar em desenvolvimento nacional, o que se opõe ao termo crescimento, por este conceito abranger além fatores

financeiros, fatores sociais, não pode ser flamulado diante da concentração de riquezas que não promove oportunidades coletivas, ainda que em nome do princípio livre iniciativa e do modelo capitalista.

Se um momento excepcional como a pandemia COVID-19 se verifica uma vertiginosa insolvência de considerável fatia social, é de se invocar o princípio da solidariedade, aliado aos comandos dos art. 479 e 480 do CC para que seja distribuído de maneira proporcional a todas a sociedade os custos de um evento social que promove desastrosa chaga na economia.

Mais que se justificar o superendividamento, o que se busca não é propriamente a ruptura de um modelo econômico imposto pelo capitalismo, mas sim promover a defesa do consumidor na forma do art. 5º, XXXII da CF, e efetivar a solidarização de prejuízos, não se podendo conceber que em um cenário de Estado republicano e democrático, segmentos determinados possam se beneficiar de modo desproporcional à medida que continuam a imprimir taxas bancárias e juros abusivos como se estivessem em cenário de normalidade.

Ao que se verifica de outras oportunidades da história recente brasileira, não se pode sustentar um panorama econômico totalmente benéfico ao setor financeiro que é herdeiro pródigo de condição que apenas se beneficia com ciclos econômicos e nunca solidariza prejuízos, como faz todos os demais atores econômicos.

A exemplo da crise de 2008, quando se verificou que as instituições financeiras não poderiam quebrar, –especificamente nos Estados Unidos – estas empresas foram acudidas com maciço auxílio financeiro do Estado, que por sua vez dilui os prejuízos dentre todos os cidadãos que contribuem do pagamento dos impostos. Em assim sendo, é igualmente injusto que em momentos de caos financeiro que assola majoritariamente a sociedade, os bancos monopolizem, mais uma vez, todas as benesses financeiras de sua atividade fim, para reforçar seus superávits. Ao ponto, a revisão contratual se impõe.

Data de Submissão: 08/06/2020

Data de Aprovação: 18/03/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Matheus Victor Sousa Soares

## REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Taxa Selic**. 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>. Acesso em: 06 abr. 2020.

BOLLMANN, Vilian. **Novo código civil**: princípios, inovações na parte geral e direito intertemporal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 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: 10 jan. 2021.

CECATO, Maria Áurea Baroni; ARAÚJO, Jailton Macena de. Trabalho e solidariedade: perspectivas de realização do desenvolvimento e da dignidade humana nos rumos da cidadania. **Prima Facie**, v. 13, n. 25, p. 01-35. 2014.

DALEFFI, Bruno; TRECENTI, Julio; NUNES, Marcelo Guedes. **Como o coronavírus afetará as falências?** O Consumerista. 2020. Disponível em: <https://www.oconsumerista.com.br/2020/03/como-coronavirus-afetara-falencias/>. Acesso em: 7 jun. 2020.

DAURA, Samir Alves. O agravamento das consequências do superendividamento dos consumidores durante as crises geradas pela pandemia da covid-19: a boa-fé objetiva como norte para as

dívidas de consumo. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 14, n. 2, Edição Especial “Covid-19”. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEITE, Marcello Alvarenga. O Superendividamento do consumidor de crédito. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11. Curso de Constitucional. Normatividade Jurídica. **Revista Eletrônica da OAB Joinville**, ano 6, v. 2, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de COVID-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129, p. 1-23, maio – jun/2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SCHMIDT, Albano Francisco. OLIVEIRA, Robson. A cessão de crédito e o superendividamento empresarial e social no Brasil durante a pandemia do covid19. **Revista Eletrônica da OAB Joinville**, ano 6, v. 2, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. 7. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

WAAL, Frans de. **A era da empatia: lições da natureza para uma sociedade mais gentil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

## Theory Of Imprevisión And Economic Development: Constitucional And Consumeristics In Pandemic Times

Pedro Adolfo Moreno da Costa Moreira

Raissa Brindeiro de Araújo Torres

**Abstract:** The present work brings a scientific study about the constitutionality and legality of the economic-financial measures adopted by financial institutions in the period of exception experienced by the pandemic caused by COVID-19. Through dialogue with principles of a constitutional order, we seek to understand the institute of anatocism in the face of the reduction of inequalities, the promotion of material equality and the promotion of the constitutional principle of solidarity. Thus, the problem is to verify how financial institutions have behaved in the face of economic and social challenges arising from the current pandemic scenario caused by COVID-19. And the hypothesis arises that many financial institutions are not even promoting any change in their contractual conditions and others, when they do, do not promote any suspension of the penal clauses of these respective contracts, or at most, exempt themselves from charging for monetary updates. Furthermore, the nature of the methodological aspect is qualitative, considering that the theme requires an expanded knowledge and attentive to the new economic and social panorama resulting from the pandemic caused by COVID-19. The deductive approach method, the historical and monographic procedure method, as well as bibliographic and documentary research techniques are used. Finally, the work seeks to emphasize that what is sought is not exactly the rupture of an economic model imposed by capitalism, but rather to promote consumer protection in the form of art. 5, XXXII of the CF, and effecting the solidarity of losses, it is not possible to conceive that certain segments may benefit disproportionately as they continue to print abusive bank fees and interest as if they were in a normal scenario.

**Keywords:** Theory of unpredictability. COVID-19. Principle of solidarity.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53205>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



# Mecanismos De Combate À Desinformação: Uma Análise À Luz Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos

**Beatriz Pereira Junqueira\***

Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Jacarezinho-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-6788-6991>

**Paulo Henrique de Souza Freitas \*\***

Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Jacarezinho-PR, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-0014-9887>

**Resumo:** Valendo-se da pesquisa de natureza qualitativa, do método de abordagem dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o artigo objetiva analisar os mecanismos de combate à desinformação à luz das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e do *test tripartite* desenvolvido pela jurisprudência interamericana. Concluiu-se que a informação falsa está incluída no âmbito de proteção jurídica conferido à liberdade de expressão, uma vez que a exigência de veracidade na informação tende a se degenerar em censura ao direito de expressar livremente opiniões, ideias e informações; e uma eventual criminalização das *fake news*, assim como a responsabilização dos provedores, constituem restrições extremamente perigosas à liberdade de expressão e ilegítimas, posto que não cumprem os requisitos básicos fixados pelo *test tripartite*. Depreendeu-se, por fim, que as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana aos Estados nacionais são no sentido de promoção de medidas positivas como a alfabetização midiática, a conscientização da população e o incentivo às plataformas de checagem de fatos, uma vez que representam alternativas promissoras no combate à desinformação ao passo que não acarretam restrições ou supressões à liberdade de expressão.

**Palavras-chave:** Notícia falsa. Liberdade de expressão. Alfabetização midiática. Conscientização. Checagem de fatos.

\* Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - Jacarezinho/PR. E-mail: [beatriz-p-j@hotmail.com](mailto:beatriz-p-j@hotmail.com)

\*\* Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor da Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - (FUNDINOPI). E-mail: [henrique@mpse.mp.br](mailto:henrique@mpse.mp.br)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54652>

# Mecanismos De Combate À Desinformação: Uma Análise À Luz Da Comissão Interamericana De Direitos Humanos

Beatriz Pereira Junqueira

Paulo Henrique de Souza Freitas

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito humano e fundamental, essencial à garantia e exercício dos demais direitos humanos, e da própria democracia. Destarte, por consequência lógica e necessária, sempre que houver risco de restrição ou supressão ao livre fluxo de ideias e informações, todos os outros direitos humanos, assim como a tão cara democracia, estarão em perigo.

Se assim o é, merece atenção todo fato jurídico tendente a esvaziar a esfera de proteção jurídica conferida à liberdade de expressão, como é o caso das leis de combate às *fake news* que, sob o pretexto de manutenção da ordem, da democracia e da saúde pública, ameaçam o pleno exercício da liberdade de expressão, informação e imprensa.

O hodierno potencial de disseminação das *fake news*, bem como sua onerosa repercussão social, tornaram-se ainda mais evidentes com a avalanche de desinformação que acompanhou a pandemia de COVID-19, reacendendo os debates acerca da regulamentação das notícias falsas no Direito brasileiro. O fenômeno da desinformação é preocupante e exige resposta, mas ainda não há

um consenso sobre quais medidas devem ser adotadas para o para o enfrentamento do problema.

São diversos os mecanismos que vêm sendo propostos pelas autoridades e comunidades acadêmica e científica com a finalidade de combater a desinformação. Muitos deles, inclusive, com enorme potencial de esvaziamento da proteção jurídica conferida à liberdade de expressão, como é o caso da responsabilização civil ou penal de quem de publica, divulga ou compartilha notícias falsas, e da responsabilização objetiva dos provedores de aplicação pelos conteúdos publicados por terceiros.

Diante de tal cenário, objetiva-se, à luz das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e do *test tripartite* desenvolvido pela Jurisprudência Interamericana, avaliar os mecanismos de combate à desinformação, buscando identificar quais deles apresentam riscos à liberdade de expressão e quais se mostram aptos a combater a pandemia de desinformação sem acarretar na restrição ou supressão da liberdade de expressão.

Para tanto, apresentar-se-á, num primeiro momento, a conceituação dos termos essenciais à compreensão do tema, como *fake news*, desinformação, desinfodemia e pós-verdade. Em seguida, abordar-se-á o direito à liberdade de expressão, com a finalidade de investigar se seria a verdade o seu limite imanente, ou seja, se estaria a informação errônea fora do âmbito de proteção jurídica conferida a esse direito fundamental e humano de expressar livremente opiniões, pensamentos e informações, valendo-se da interpretação conferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao artigo 13 do Pacto da San José da Costa Rica. Por fim, ocupar-se-á de analisar a linha tênue que se estabelece entre combate às *fake news* e censura, com a finalidade de averiguar, conforme o entendimento da CIDH, quais mecanismos constituem restrições ilegítimas à liberdade de expressão, e quais representam alternativas viáveis para reduzir a desinformação na mesma medida em que se eleva a proteção conferida à liberdade de expressão.

## **2 ERA DA PÓS-VERDADE E DESINFORMAÇÃO**

A era digital trouxe, inegavelmente, grandes avanços em diversos aspectos da vida humana. Esta nova era colou nas mãos dos cidadãos, de modo mais democrático e facilitado, uma das ferramentas mais relevantes para o exercício da cidadania, aquela que lhes permite expressar livremente a sua opinião, protesto ou inconformidade em relação a qualquer parecer, preponderantemente social e político: a liberdade de expressão (MORALES, 2018, p. 17).

Como destaca André de Godoy Fernandes (2009, p. 316), a internet, por ser uma mídia convergente, de livre acesso e uso geral do público, tem a capacidade de promover a difusão de informações, que antes eram transmitidos exclusivamente por veículos de comunicação tradicionais (como televisão, rádio, jornal, etc.), de forma mais fácil, barata e democrática. A internet, segundo o autor, “permite uma distribuição mais igualitária das oportunidades de participação na esfera pública”.

Não foi outra a conclusão a que chegou Carlos F. B. Bentivegna (2020, p. 93) ao afirmar que “após o advento da internet, principalmente, pôde-se notar significativo incremento no exercício da liberdade de expressão, visto que o acesso à difusão de ideias quedou-se facilitado e democratizado”.

Ao converter milhões de pessoas que eram receptoras passivas de informação em participantes ativos do debate público, a internet representa uma das tecnologias que mais tem potencializado o exercício da liberdade de expressão (CIDH, 2019, p. 13).

Não apenas a expressão de pensamentos e opiniões ganhou espaço na internet, mas também as notícias. As redes sociais representam hoje o maior veículo de comunicação de notícias existente, assumindo o lugar no pódio que por muitas décadas pertenceu à imprensa tradicional, como rádio, jornal e televisão.

Entretanto, a era digital também tem seu lado negativo: a desinformação, assim como as ofensas aos direitos de personalidade, como honra, imagem e privacidade, se dissemina facilmente na internet, e com uma velocidade impressionante, para não dizer assustadora.

Cabe ressaltar, entretanto, que a grande responsável pela pandemia de desinformação não é a tecnologia, mas o uso que se faz dela. Até porque, a tecnologia não determina a sociedade, muito pelo contrário, é a “sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias” (CASTELLS, 2005).

Mas, afinal, o que é desinformação, notícia falsa e pós-verdade, e de que forma tais conceitos estão relacionados?

Pós-verdade e *fake news* são dois termos que ganharam ampla notoriedade no final de 2016, especialmente em decorrência no contexto político mundial marcado pela intensa divulgação de notícias falsas relacionadas sobretudo ao Brexit (como foi apelidada a resolução que determinou a saída do Reino Unido da União Europeia) e à eleição de Donald Trump para presidente dos Estados Unidos (GENESINI, 2018).

Logo em seguida, “pós-verdade” foi eleita pelo Dicionário Oxford como a palavra do ano, em razão do crescimento elevado do seu uso durante 2016. Segundo o próprio dicionário britânico, o termo está “relacionado ou denota circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos a emoções ou crenças pessoais” (2019, s/p<sup>1</sup>).

Já conforme Carlos Eduardo Lins da Silva (2018), “o termo pós-verdade, carregado de grande carga simbólica, talvez não seja o mais adequado para explicar o fenômeno que enfrentamos”. Isto porque a

---

<sup>1</sup> Tradução do autor. No original: “Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief”.

verdade é uma palavra grandiosa demais, e com elevado poder ideológico e metafísico que há séculos desafia a compreensão humana.

Dessa forma, para ele, a expressão pós-fato, criada em 2008 pelo sociólogo e jornalista Farhad Manjoo, é mais adequada ao problema, uma vez que é menos pretensioso e mais simples tentar distinguir o fato da ficção do que diferenciar a verdade da mentira. “É mais possível constatar e comprovar fatos do que verdades” (SILVA, 2018).

Tal concepção, no entendimento de Silvio Genesini (2018, p. 05), se aproxima da verdade factual de Hannah Arendt, a qual foi definida, no ensaio “Verdade e Política” publicado na revista *New Yorker* em 1967, como a parcela da verdade que é baseada em fatos e pode ser comprovada e certificada experimentalmente. Para o autor, fora do estrito âmbito dos fatos, “a verdade, quase sempre, é subjetiva e não conhecível”. Nunca houve um mundo no qual a verdade existia e era objetiva.

Como se percebe, pois, não se trata de verdade versus mentira, mas de fatos versus não fatos. De todo modo, talvez a severa diferenciação conceitual não seja assim tão relevante para a compreensão do tema em voga, já que, inegavelmente, tudo aquilo que foge da realidade dos fatos costuma ser taxado como “mentira”. Mas, fica aqui essa ressalva.

Veja, o que mudou com o advento da era digital não foi o surgimento das notícias falsas ou dos não fatos, enfim, da mentira. A mentira sempre existiu. O que mudou, segundo Vinicius B. Fortes e Wellington A. Baldissera (2019, p. 378), com o acesso massivo da população às tecnologias, redes sociais, aplicativos de mensagens, entre outros, foi a velocidade com que as informações se propagam, tanto as verídicas quanto as enganosas e manipuladoras.

Tal velocidade de disseminação é ainda mais potencializada quando da atuação de bots (softwares que atuam como verdadeiros robôs concebidos para simular ações humana de forma automatizada e repetitiva) ou ciborgues (pessoas que atuam com auxílio de softwares).

Percebe-se, assim, que na era da pós-verdade, marcada por uma sociedade que prefere a ficção aos fatos, e nega tudo aquilo que não lhe convém<sup>2</sup>, o potencial destrutivo das *fake news* ganha especial relevo.

O termo *fake news*, conforme Paul Levinson (2017, p. 11), pode ser definido como notícias falsas, em que as falsidades aparecem por intenção deliberada, e não por acidente ou erro. Semelhante é a definição realizada por Hunt Allcott e Matthew Gentzkow (2017, p. 213), segundo a qual *fake news* são notícias intencional e verificavelmente falsas, capazes de enganar os leitores.

Por outro lado, de acordo com Diogo Rais (2018), a expressão *fake news* é um paradoxo em si mesma, posto que se algo é notícia, por sua própria natureza, não pode ser falso; e se é falso, não pode ser notícia. Nesse sentido, ele propõe que uma boa tradução para o termo não seria “notícia falsa”, mas “notícia fraudulenta”, porque a denominada *fake news* nem sempre é falsa, podendo abranger tanto o conteúdo falso no contexto verdadeiro, como o conteúdo verdadeiro no contexto falso; e nem sempre é pejorativa, podendo ser, inclusive, elogiosa.

Um exemplo de conteúdo verdadeiro em um contexto falso foi a foto de um vagão lotado no transporte público de São Paulo, cuja legenda afirmava que a aglomeração era resultado do rodízio ampliado de veículos na capital paulista, determinado pelo Prefeito Bruno Covas como uma forma de aumentar o isolamento social durante a Pandemia. A foto era verdadeira, porém antiga, e não tinha qualquer relação com a situação narrada na legenda, conforme demonstrado no site da Agência Lupa (2020), primeira agência de fact-checking do Brasil, vinculada à Folha de São Paulo.

De forma semelhante, Ulrich Richter Morales (2018, p. 28) escreve que notícia falsa é aquela que não é (notícia), ao passo que

---

<sup>2</sup> Conforme Renê Moraes da Costa Braga (2018, p. 210-211), essa tendência humana de buscar e dar maior atenção às informações que ratificam as suas convicções pessoais é denominada pela psicologia de “viés de confirmação” (ou *confirmation bias*, na expressão em inglês).

carece de verdade e é contrária à realidade dos fatos. Em simples palavras, uma mentira, uma narrativa falsa travestida de notícia.

Ressalte-se, outrossim, que embora os termos “notícia falsa” e “desinformação” sejam comumente empregados como sinônimos, conforme o Relatório do Grupo Independente de Alto Nível da Comissão Europeia sobre Notícias Falsas e Desinformação Online (HLEG, 2018), eles não possuem o mesmo significado.

De acordo com o referido Relatório, desinformação “inclui todas as formas de informações falsas, imprecisas ou enganosas, projetadas, apresentadas e promovidas para causar intencionalmente danos públicos ou obter fins lucrativos”. Não abrange, por sua vez, as formas de expressão já ilegais - como difamação, calúnia, injúria, incitação ao ódio, violência, entre outros - nem as distorções deliberadas, mas não enganosas, que se caracterizam como sátira ou paródia.

Ainda, consoante o HLEG (2018), o termo “*fake news*”, além de inadequado (insuficiente) para descrever o fenômeno, cuja definição é melhor proporcionada pelo termo “desinformação”, é enganoso, uma vez que foi apropriado por alguns políticos que usam o termo para desacreditar notícias que lhe são desagradáveis, transformando-o em uma arma com a qual interferem na circulação de informações, atacando e prejudicando a mídia séria e independente.

Essa distorção do significado das *fake news* também foi apontada por Ricardo Gutiérrez, no Seminário Internacional sobre *Fake News* e Eleições (2019, p. 28). Segundo ele, é preferível a utilização de expressões mais neutras, como desinformação, informação equivocada ou transtorno de informação, pois o “diabo está nos detalhes”, e a expressão *fake news* tem sido majoritariamente utilizada por alguns políticos para culpar a mídia e os jornalistas, de modo a enfraquecê-los como um poder contrário.

Quanto aos fins lucrativos da desinformação, Carlos Eduardo Lins da Silva (2018) salienta que a falsidade se tornou uma fonte de renda consideravelmente lucrativa. E adverte que, atualmente, há uma “industrialização da notícia falsa com o objetivo de fazer dinheiro com

anúncios que são alocados por instrumentos regidos por algoritmos que premiam sites com maior visibilidade, acesso, compartilhamento”. Nesses casos, a notícia falsa é forjada com o simples objetivo de lucro.

Nesse contexto de desinformação, insere-se, ainda, a denominada “*deepfake*” ou falsificação profunda, em tradução literal. Essa nova tecnologia de falsificação – cujo nome decorre da junção dos termos “*deep learning*”, de aprendizado profundo (baseado no acúmulo de conhecimentos por determinado banco de dados) e “*fake*”, de falso (RAIS; SALES, 2020, p. 28) – compreende vídeos e áudios falsos, extremamente verossímeis e que, por tal razão, são especialmente perigosos, com potencial de “minar a verdade, confundir os espectadores e falsificar com precisão a realidade” (HASAN; SALAH, 2019, p. 41596<sup>3</sup>).

As *deepfakes* são desenvolvidas por inteligência artificial com base na técnica de aprendizado profundo, no processamento de imagens e em softwares de montagem. Utilizando-se de amostras de voz e imagens de uma certa pessoa, um algoritmo é capaz de fabricar um vídeo ou áudio com discurso falso, mas com entonação e timbre voz praticamente idênticos aos reais, o que torna cada vez mais árdua a tarefa de distinguir a realidade da manipulação (RAIS; SALES, 2020, p. 29).

Essa versão inovadora de desinformação consegue, pois, alterar a realidade dos fatos, atribuindo inigualável feição de veracidade até à mais absurda mentira, criando uma realidade na qual não se pode mais acreditar naquilo que os olhos e ouvidos testemunham.

Um outro termo que merece destaque é “Desinfodemia”, cunhado pela Unesco (2020, p. 02) para designar a disseminação massiva de desinformação que acompanhou a pandemia de COVID-19. Segundo o relatório elaborado pela Organização, “a desinformação do COVID-19 cria confusão sobre a ciência médica com impacto

---

<sup>3</sup> Tradução do autor. No original: “Deepfake vídeos are dangerous, and can have the potential to undermine truth, confuse viewers and accurately fake reality”.

imediatamente em todas as pessoas do planeta e em todas as sociedades. É mais tóxico e mais mortal do que a desinformação sobre outros assuntos”.

Conforme matéria publicada por Plínio Lopes, em 11/06/2020, na Revista Piauí, as publicações falsas ou enganosas sobre remédios sem efeito comprovado contra Covid-19 representam um terço das verificações realizadas pelo Comprova em maio de 2020<sup>4</sup> (LOPES, 2020).

Extraí-se, portanto, que *fake news* não representa o termo mais adequado para descrever o fenômeno da desinformação que, por sua vez, é mais amplo e engloba o primeiro. A desinformação abarca tanto as informações falsas, mentirosas e pejorativas em um contexto verdadeiro, quanto as informações verdadeiras e elogiosas em um contexto falso.

Contudo, dada a ampla notoriedade do termo *fake news*, considerando que diversos atores da sociedade acadêmica e científica a definem nos exatos termos da desinformação, e considerando, ainda mais, que em toda *fake news* faz-se presente o elemento do engano e da fraude, utilizar-se-á, nesta pesquisa, o termo notícia falsa como se sinônimo fosse de notícia fraudulenta e desinformação.

Fato é que a desinformação “é um fenômeno tóxico para a informação de qualidade<sup>5</sup> com consequências cada vez mais imprevisíveis” (DUCH, 2018), e cujo impacto se estende a todos os âmbitos da sociedade, razão pela qual autoridades e estudiosos de todo o mundo estão em busca de mecanismos aptos a combatê-la, sem gerar, contudo, supressão ou restrição à liberdade de expressão.

---

<sup>4</sup> O Projeto Comprova é uma coalisão que reúne 28 veículos de comunicação, dentre eles Revista Piauí, Folha de São Paulo, Estadão, Uol, Nexo, O Povo, Exame e A Gazeta (COMPROVA, 2020).

<sup>5</sup> Relevante destacar que há quem acredite, como Silvio Genesini (2018), que a “pós-verdade” é uma notícia falsa, e que as fake news não possuem tanto potencial de manipular a realidade, tampouco de enganar as pessoas, uma vez que elas apenas reforçariam convicções e preconceitos já interiorizados pelos indivíduos.

### **3 A VERDADE COMO LIMITE INERENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?**

A liberdade de expressão é um direito humano fundamental de suma importância para o exercício dos demais direitos humanos e da própria democracia. Como destaca Toby Mendel e Eve Salomon (2011, p. 10), “sempre que o livre fluxo de informações e ideias não for permitido, outros direitos humanos, assim como a própria democracia, estarão em perigo”. Tão grande é a relevância da liberdade de expressão que sua proteção jurídica encontra amparo nos principais documentos internacionais sobre direitos humanos, assim como nas Constituições dos Estados Nacionais.

Conforme sustenta Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2018, p. 5-6), este lugar privilegiado que a liberdade de expressão ocupa na ordem jurídica nacional e internacional decorre dos próprios fundamentos filosóficos da sua proteção, dos quais se destacam cinco principais:

(i) a função essencial que desempenha para a democracia, ao assegurar um livre fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito, condições essenciais para a tomada de decisões da coletividade e para o autogoverno democrático; (ii) a dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial; (iii) a busca da verdade, ao contribuir para que ideias só possam ser consideradas ruins ou incorretas após o confronto com outras ideias; (iv) a função instrumental ao gozo de outros direitos fundamentais, como o de participar do debate público, o de reunir-se, de associar-se, e o de exercer direitos políticos, dentre outros; e, conforme destacado anteriormente (v) a preservação da cultura e da história da sociedade, por se tratar de condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Pois bem. No âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, a liberdade de expressão encontra-se resguardada no artigo

19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, e considerada a declaração internacional mais importante em matéria de direitos humanos; bem como no artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado também pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e que entrou em vigor no Brasil em julho de 1992.

Ainda assim, o direito à liberdade de expressão encontra amparo nos três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, mediante previsão no artigo 9 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos; no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; e no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto da San Jose da Costa Rica - ratificado pelo Brasil em setembro de 1992). Este último, dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. **O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (grifo nosso).

Ademais, referido direito tem expressa previsão constitucional nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220 da Carta Magna de 1988, cuja redação está oportunamente transcrita abaixo:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Da análise literal da gama de dispositivos acima mencionados, pode-se inferir que a liberdade de pensamento e expressão implica, portanto, na liberdade de procurar, receber e difundir informações, opiniões e ideias de qualquer natureza, por qualquer meio, e independentemente de considerações de fronteiras, sendo vedada qualquer tipo de censura prévia, bem como a restrição da expressão por vias ou meios indiretos, sendo certo que a responsabilização ulterior será admitida desde que haja expressa previsão legal.

Nas palavras de Carlos F. B. Bentivegna (2020, p. 93), o direito à liberdade de expressão, em seu sentido lato, abrange a (1) exteriorização de pensamentos, (2) a exposição do produto da atividade artística, intelectual, científica ou de comunicação, e também (3) o direito de informar e de ser informado sobre os fatos não abrangidos por uma causa legítima de sigilo.

São, assim, três os direitos abarcados pela “liberdade de expressão”: a liberdade de expressão propriamente dita, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Conforme a conceituação realizada por Luis Roberto Barroso (2004, p. 18-19), tem-se que a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões e juízos de valor, isto é, qualquer manifestação do pensamento humano. A liberdade de informação, por seu turno,

abarca o direito individual de comunicar livremente fatos, e o direito difuso de ser deles informado. Por fim, a liberdade de imprensa consiste no direito reconhecido, ou melhor, conquistado pelos meios de comunicação em geral de comunicarem fatos e ideias, o que envolve tanto a liberdade de informação como a de expressão.

Ademais, como salientam Toby Mendel, Ángel G. Castillejo e Gustavo Gómez (2017, p. 16), o direito à liberdade de expressão é multidimensional, porque não inclui apenas o direito de quem se expressa, mas também de quem escuta, de buscar e receber informações e ideias. Semelhante é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito à natureza dual da liberdade de expressão, conforme Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Veja:

30. (...). Quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não é apenas o direito desse indivíduo que está sendo violado, mas também o direito de todos a receber informações e ideias, de onde resulta que o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especial. Essas são as duas dimensões da liberdade de expressão. Em efeito, esta requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente restringido ou impedido de manifestar seu pensamento e representa, portanto, um direito de cada indivíduo; mas também implica, por outro lado, um direito coletivo de receber qualquer informação e conhecer a expressão do pensamento alheio<sup>6</sup>.

Consequentemente, o direito à liberdade de expressão implica, para os Estados, obrigações negativas e positivas. As obrigações negativas têm por condão impedir que o pleno exercício da expressão por parte de toda e qualquer pessoa sofra ingerências ou restrições estatais. As obrigações positivas, por sua vez, visam obrigar o Estado a adotar medidas para promover um ambiente aberto ao livre fluxo de

---

<sup>6</sup> Tradução do autor. No Original: “Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

informações e ideias na sociedade (MENDEL; CASTILLEJO; GÓMEZ, 2017, p. 15).

Nessa perspectiva, garantir a liberdade de expressão significa um compromisso efetivo com a democracia, com a promoção do debate público e com a garantia do igual acesso aos meios de comunicação. É assegurar, portanto, que todos possam não apenas a possibilidade de se expressar livremente, mas proporcionar meios para que as barreiras ao ambiente comunicativo sejam verdadeiramente superadas (PINTO, 2015, p. 167).

A princípio, conforme expresso no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão, todas as formas de discurso são protegidas pelo direito à liberdade de expressão, independentemente do seu conteúdo. Significa que a liberdade de expressão deve ser garantida inclusive para a difusão de ideias e informações que ofendem, chocam, inquietam, ou perturbam, pois “assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais uma sociedade democrática não existe” (CIDH, 2014, p. 09-10).

Alguns discursos, contudo, estão excluídos do âmbito de cobertura dessa liberdade, em virtude das proibições previstas no direito internacional dos direitos humanos, quais sejam: a propaganda de guerra e a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência; a incitação direta e pública ao genocídio; e a pornografia infantil (CIDH, 2014, p. 19-20).

Quanto aos discursos albergados pela liberdade de expressão, considerando que tal direito não é absoluto, o Marco jurídico admite, excepcionalmente, a possibilidade de restrições, desde que cumpridos três requisitos cumulativos, que compõe o denominado *test tripartite*. O teste foi desenvolvido pela jurisprudência interamericana para controlar a legitimidade das restrições e determina que:

(1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos

autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar (CIDH, 2014, p. 23).

O Marco jurídico reforça a necessidade de as normas restritivas serem redigidas nos termos mais claros e preciso possíveis, uma vez que “as normas vagas, ambíguas, amplas ou abertas, por sua simples existência, dissuadem a expressão de informações e opiniões pelo medo de sanções e podem levar a interpretações judiciais que restringem indevidamente a liberdade de expressão” (CIDH, 2014, p. 24).

Quando se trata de restrição imposta por norma penal, há ainda, conforme a Corte Interamericana, em sentença proferida no Caso Usón Ramírez Vs Venezuela (2009, p. 16), o dever de satisfazer o princípio da estrita legalidade, que se concretiza mediante a utilização de termos estritos e unívocos, que delimitem claramente as condutas puníveis e seus elementos, além de explicitar os comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais.

De todo modo, as restrições, para serem compatíveis com a Convenção Americana, devem ser excepcionais; não podem equivaler à censura (devendo ser estabelecidas mediante responsabilidades ulteriores à própria expressão); não podem ser discriminatórias nem produzir efeitos discriminatórios; e não podem ser impostas por meio de mecanismos indiretos (CIDH, 2014, p. 29).

Uma coisa é certa: a farta proteção jurídica conferida à liberdade de expressão não implica na “imunidade de seu titular em relação às consequências geradas por um eventual agravo a terceiros que o abuso deste direito venha a causar (BENTIVEGNA, 2020, p. 93). Mas, deve-se frisar que qualquer restrição à manifestação do pensamento só é aceitável se posterior à própria expressão. Ou seja, não se restringe a expressão antes de sua manifestação, que pode ser exercida livremente, resguardada a possibilidade de posterior sanção ao abuso desse direito.

No dizer de Taís Gasparian, no Seminário Internacional sobre *Fake News* e Eleições (2019, p. 79), “O Supremo Tribunal Federal tem sido o órgão catalisador dessa premissa de que qualquer controle que se faça à liberdade de expressão é posterior à própria expressão”. Assim, não haveria de fato um controle à liberdade de expressão, mas, em verdade, um controle posterior daquilo que gerou determinada ofensa.

Como exemplo de restrições impostas à liberdade de expressão no Direito brasileiro, tem-se: a vedação do anonimato (artigo 5º, IV, CF/88); o direito de resposta (artigo 5º, V, CF/88); o dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sob pena de indenização por dano moral, material e à imagem (artigo 5º, X, CF/88); a classificação indicativa de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (artigo 21, XVI, CF/88); e as restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (artigo 220, § 4º, CF/88); e as restrições da divulgação relativa à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional (artigos 143 e 247, ECA).

Citam-se, ainda, os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) e o crime de denunciação caluniosa (artigos 138, 139, 140 e 339, CP); os crimes contra a honra e de denunciação caluniosa eleitoral, além do crime que pune a divulgação de fatos inverídicos sobre partidos políticos ou candidatos para influenciar o eleitorado (artigo 323 e seguintes, CE); crimes de difamação, calúnia e propaganda discriminatória ou de guerra, entre outros, previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), bem como o disposto na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989 – que impõe sanções para a incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional).

Uma vez que a expressão configurar ato ilícito, poderá ser determinada, mediante ordem judicial, a sua exclusão da rede, sendo certo que somente haverá possibilidade de responsabilização civil dos provedores de aplicação por danos decorrentes de conteúdo gerado

por terceiros se, após ordem judicial específica, não forem tomadas as providências para indisponibilizar o conteúdo apontado como infringente, conforme dispõe o artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)<sup>7</sup>.

Há uma exceção prevista no artigo 21 do Marco Civil da Internet que “trata da possibilidade de um conteúdo ofensivo ser removido mediante a simples notificação por parte da vítima, não havendo, portanto, a necessidade de se recorrer ao poder judiciário para alcançar esta finalidade”. E em casos como esses, de violação da intimidade sexual de alguém, a possibilidade de remoção do conteúdo independentemente de ordem judicial é extremamente positiva, visto que minimiza consideravelmente o impacto da conduta lesiva (NEVES; WALDMAN, 2020, p. 22-23).

De todo modo, apenas a responsabilização ulterior por eventual abuso do direito pode ser admitida, desde que expressamente prevista em lei, sendo certo que nenhuma forma de censura prévia ou de restrição indireta ao pleno exercício da liberdade de expressão será tolerada, por expressa previsão no artigo 13 do Pacto de San José da Costa e Rica e no artigo 220 da Constituição Federal de 1988.

A proteção quase obsessiva das liberdades de imprensa, informação e expressão pela Constituição de 1988, e essa repulsa escancarada à censura visam nitidamente evitar a repetição dos erros de um passado sombrio e ainda muito recente na história brasileira: o regime militar. Como afirmou Luis Roberto Barroso, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 22328/RJ (BRASIL, 2018, p. 09), a liberdade de expressão no Brasil viveu uma história acidentada:

---

<sup>7</sup>Ressalta-se haver pendência na discussão acerca da constitucionalidade ou não do referido artigo 19 (RG nº 987/STF) e sobre o dever dos provedores de tornar indisponível o conteúdo ofensivo, sem determinação judicial, ante a ausência de disposição legal na época anterior ao Marco Civil da Internet (RG nº 553/STF). A audiência pública designada para 23 de março de 2020, na qual pretendia-se discutir sobre “i) o regime de responsabilidade de provedores de aplicativos ou de ferramentas de internet por conteúdo gerado pelos usuários, e ii) a possibilidade de remoção de conteúdos que possam ofender direitos de personalidade, incitar o ódio ou difundir notícias fraudulentas a partir de notificação extrajudicial”, foi suspensa ante a Pandemia de COVID-19.

Apesar de prevista expressamente em todas as Constituições, desde 1824, ela é marcada pelo desencontro entre o discurso oficial e o comportamento do Poder Público, pela distância entre intenção e gesto. Em nome da religião, da segurança pública, do anticomunismo, da moral, da família, dos bons costumes e outros pretextos, a história brasileira na matéria tem sido assinalada pela intolerância, pela perseguição e pelo cerceamento da liberdade.

Por tal razão, busca-se, agora, a proteção efetiva da liberdade de expressão e a conseqüente vedação à censura prévia. Entende-se por censura prévia “o controle e veto da informação antes que esta seja difundida, impedindo tanto ao indivíduo, cuja expressão é censurada, quanto à totalidade da sociedade, exercer o seu direito à liberdade de expressão e informação” (CIDH, 2000).

É exatamente nesse ponto que envolve a censura prévia da liberdade de expressão que está a problemática deste capítulo. Não seria a imposição da “verdade” uma forma de censurar a liberdade de expressão? Em outras palavras, ao retirar a “informação falsa” do âmbito de proteção conferido à liberdade de expressão não se estaria restringindo o pleno exercício desse direito fundamental por meio de censura indireta?

A resposta para tal questionamento foi construída pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>8</sup> na Interpretação da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, cujo raciocínio será demonstrado nos parágrafos que seguem.

Nos termos do Princípio 7 da referida Declaração, quaisquer condicionamentos prévios impostos à expressão de ideias e informações, tais como a veracidade, a oportunidade ou a imparcialidade, são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão reconhecido nos instrumentos internacionais (CIDH, 2000).

---

<sup>8</sup>A CIDH, conforme informações obtidas no sítio oficial da OEA (2020), é o principal órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. Foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), compõe o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH).

Isso pois, segundo entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2000), “ao exigir a verdade, a oportunidade ou a imparcialidade na informação, parte-se da premissa de que existe uma verdade única e inquestionável”.

E prossegue afirmando que a exigência de veracidade nas informações pode implicar na sua censura quase automática, por duas razões: 1) primeiro, porque as informações carregadas de juízo de valor, como opiniões e ideias, não podem ser submetidas a comprovação e, portanto, não há como aferir a veracidade ou não da informação; 2) segundo, porque mesmo as informações que se referem a fatos concretos e de provável comprovação factual admitem distintas interpretações, de forma que a exigência de sua veracidade seria um tanto quanto questionável e arbitrária (CIDH, 2000).

Afinal, o que é a verdade senão uma resposta provisória e consensualmente aceita como verdadeira num determinado espaço, em determinada época e por um determinado número de pessoas?

Mas, pressupondo ainda que seja possível encontrar a “verdade sobre todas as coisas, é indubitável que o debate e o intercâmbio de ideias são os métodos indicados para a busca da mesma e o fortalecimento de sistemas democráticos baseados na pluralidade de ideias, opiniões e informações”. E mais: ao impor a necessidade de informar unicamente a verdade, nega-se exatamente a possibilidade de efetuar o debate necessário para alcançá-la. A possibilidade de sofrer sanções por informar sobre um tema que, ulteriormente e graças ao debate livre, possa ser considerado como incorreto, conduz à provável autocensura dos informantes para evitar as referidas sanções, e ao conseqüente prejuízo de todos os cidadãos que não poderão se beneficiar do intercâmbio de ideias (CIDH, 2000).

Depreende-se, portanto, que ao impor a necessidade de informar apenas e tão somente a verdade, impede-se, conseqüentemente, a realização do debate necessário para alcançá-la. A imposição de sanções às informações falsas, errôneas ou incorretas conduz à autocensura dos informantes para evitar as penalidades. Significa que as pessoas muito provavelmente deixarão de se

manifestar por medo da punição. Sem conseguir determinar com certeza se a informação é falsa ou verdadeira, certa ou errada, até porque a verdade é um conceito extremamente relativo e aberto, os indivíduos e meios de comunicação preferirão se abster a sofrer possíveis sanções.

Consoante Marcio Schusterschitz da Silva Araujo (2017, p. 34-35), “o controle da expressão a partir da verdade, apresenta limites consideráveis”, ao passo que impõe uma certa contradição com o próprio fundamento da liberdade de expressão, que é o debate. Se a liberdade de expressão tem como principal razão de ser o esclarecimento da sociedade e dos indivíduos, como instrumento para se atingir a verdade, “seria inverter a equação impedir a expressão, de imediato, por ela não ser verdadeira”. Até porque, segundo o autor:

Se a verdade é um caminho que se quer chegar a partir do debate e da expressão, seria infundado exigir a verdade de imediato de toda expressão. Existe um limite na adoção da verdade como critério legitimador do discurso. O reconhecimento do que seja verdadeiro é muitas vezes difícil, e determinar à pessoa a confirmação prévia sobre a verdade do que diz é negar a dinâmica da expressão no meio social. Em grande medida, o problema da verdade se transforma em problema de comprovação ou da fonte. [...]. **Se um dos principais fundamentos para a liberdade de expressão é a descoberta da verdade, a expressão antecede a verdade e não a sucede** (grifo nosso).

Como ressalta Laurentiis e Thomazini (2020, p. 28), é necessária e importante a proteção até mesmo dos discursos falsos, sem os quais não seria necessário sequer garantir a liberdade de expressão, posto que se todos soubessem o que é certo e verdadeiro, ninguém precisaria dizer absolutamente nada.

Assim sendo, não resta dúvidas de que a imposição da verdade leva à censura prévia da informação, restringe o exercício livre do direito à manifestação de pensamentos, ideias, opiniões e informações, podendo culminar, ainda, no completo esvaziamento do núcleo essencial do direito à liberdade de expressão.

Por tais razões, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos defende que a interpretação correta das normas internacionais e, especialmente do artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, revela que o direito à informação abarca todas as informações, até mesmo aquelas consideradas errôneas, inoportunas ou incompletas.

Por fim, a CIDH (2000) conclui asseverando que a doutrina da informação verdadeira representa um retrocesso para o direito à liberdade de expressão e informação, uma vez que restringe o livre fluxo de informação à sua qualificação prévia como “veraz” ou “errônea”, o que representa uma contradição frontal com a concepção outorgada a este direito dentro do Sistema Interamericano.

A esse respeito também já se manifestou a Corte Interamericana, na opinião consultiva OC-5/85, parágrafo 33, advertindo que “não seria lícito invocar o direito da sociedade a estar informada de forma veraz para justificar um regime de censura prévia supostamente destinado a eliminar as informações que fossem falsas a critério do censor”.

Depreende-se, da interpretação dada pela Corte e Comissão Interamericanas de Direitos Humanos à liberdade de expressão, bem como do entendimento firmado no Marco Jurídico Interamericano sobre o direito à liberdade de expressão (2014, p. 09-21), que a desinformação, quando não configurar discurso não protegido pela liberdade de expressão (propaganda de guerra e a apologia ao ódio que constitua incitação à violência; incitação direta e pública ao genocídio; ou pornografia infantil), nem se enquadrar nas restrições à liberdade de expressão (crimes contra a honra, contra a segurança nacional, entres outros previstos no ordenamento jurídico brasileiro), estará protegida pelo manto da liberdade de expressão. E nesse caso, a caracterização da desinformação como ato ilícito não poderia sequer ser cogitada.

Até porque, tal restrição à liberdade de expressão, assim como a imposição de multa a quem divulga uma informação fraudulenta e a responsabilização objetiva dos provedores pelo conteúdo publicado

por terceiros, não cumpre as condições básicas de admissibilidade estabelecidas pelo *test tripartite*, como se demonstrará no capítulo seguinte.

Ressalta-se, por fim, que tal restrição torna-se ainda mais problemática no que concerne à liberdade de expressão na internet. Isso, porque o direito à liberdade de expressão encontra na Internet um forte aliado, representando um amplo espaço para manifestação de ideias, de opiniões e acesso a informações” (SILVA; BOLZAN; CIGANA, 2019, p. 234). A internet é um instrumento essencial à da liberdade de expressão, uma vez que democratizou, ampliou e fortaleceu seu exercício.

Por tal razão, a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet de 2011, em seus princípios gerais, estabeleceu que, para uma restrição à liberdade de expressão online ser admissível, ela também deve cumprir as condições do *test tripartite*. Quanto à análise da proporcionalidade, destaca, ainda, que se deve ponderar o impacto que ela poderia ter na “capacidade da internet para garantir e promover a liberdade de expressão em relação aos benefícios que a restrição geraria para a proteção de outros interesses” (CIDH, 2011).

#### **4 OS MECANISMOS DE COMBATE À DESINFORMAÇÃO À LUZ DO *TEST TRIPARTITE***

O fenômeno da desinformação gerou uma preocupação a nível global, mais ainda não há um consenso sobre o que deve ser feito para o enfrentamento do problema. A ânsia por uma solução ensejou, nos últimos anos, a adoção, por diversos países, a exemplo da Alemanha, Peru, Egito, Malásia e Tailândia, de leis que regulamentam a liberdade de expressão na internet, ora por meio da responsabilização civil (imposição de multas) ou penal (criminalização) da conduta de publicar, divulgar ou compartilhar notícias falsas, ora mediante a

responsabilização dos provedores de aplicação (plataformas de redes sociais) pelos conteúdos publicados por terceiros.

Nesta última hipótese, dois modelos se apresentam: o primeiro deles, que vigia atualmente no Brasil pelo Marco Civil da Internet (e cuja constitucionalidade está sendo discutida – RG nº 987 e 553 STF), reserva ao judiciário a prerrogativa de determinar a exclusão dos conteúdos ilícitos (salvo a exceção prevista no artigo 21, do MCI), de forma que a responsabilização civil das plataformas depende do descumprimento da ordem judicial; o segundo modelo, por sua vez, baseia-se numa espécie de autorregulação, de modo que, aos provedores, caberia a atribuição de verificar a veracidade das informações postadas, tirando-as do ar ou mesmo tarjando-as como “falsas”, numa espécie de censura por delegação (FONSECA; RODRIGUES, 2019, p. 18).

Nesta autorregulação, também podem ser incluídas alterações na própria arquitetura do provedor de aplicação mediante a limitação do tamanho dos grupos e do número de compartilhamentos no WhatsApp, por exemplo, a exigência de apresentação de documentos de identidade pelo usuário, suspensão de usuários que tiverem suas contas telefônicas desabilitadas pelas operadoras de telefonia, armazenamento de registros de mensagens por certo lapso temporal, dentre outros mecanismos que podem representar mais ameaças à privacidade, proteção de dados e liberdade de expressão do que avanços no combate às *fake news*.

No Brasil, embora ainda não haja nenhuma lei federal vigente sobre *fake news* (talvez por pouco tempo), desde 2015 foram mais de 20 projetos de lei propostos com o intuito de regulamentar a matéria no ordenamento jurídico pátrio. E em decorrência da onda de desinformação que acompanhou a Pandemia de COVID-19, a preocupação com o combate às *fake news* se intensificou ainda mais. Recentes legislações de alguns Estados brasileiros, como Acre, Ceará, Paraíba, Roraima e Rio Grande do Norte, passaram a fixar multas que variam de mil a cinquenta mil reais, a depender do Estado, para quem dolosamente divulgar, por meio eletrônico ou similar, informações

falsas sobre pandemias, epidemias e endemias. Dispõem, ainda, que ocorrendo inadimplência no pagamento da multa, o cidadão ficará proibido de prestar concurso público, bem como de assumir qualquer cargo público.

O debate reaqueceu também no Senado, especialmente com a propositura, pelo Senador Alessandro Vieira, do projeto de lei nº 2630 de 2020, que visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, e cuja tramitação vem ensejando severas críticas. O texto base do PL foi aprovado pelo Senado Federal em 30 de junho de 2020, e engloba várias das medidas que atribuem responsabilidade aos provedores no combate à desinformação acima mencionadas, como armazenamento de registros de mensagens, limitação de compartilhamento de mensagens, limitação de usuários por grupo, o poder de verificar e excluir postagens sem necessidade de autorização judicial, imposição de advertência, multas às plataformas, etc.

A problemática de se estabelecer uma regulação sobre *fake news* começa com a dificuldade de atingir uma compreensão unívoca quanto à conceituação e conteúdo da desinformação. Em outras palavras, o primeiro grande problema está essencialmente na dificuldade de se determinar se a notícia é ou não falsa. Ainda mais difícil é garantir que esse “julgamento” seja isento das convicções pessoais do julgador.

Como enfatizou Flávio Garcia, no Seminário Internacional sobre *Fake News* e Eleições (2019, p. 82-83), é claro que, nos extremos, é fácil identificar uma notícia falsa, mas “existe uma zona cinzenta que sequer temos a possibilidade de dizer se se trata efetivamente de *fake news* ou não”. E segue com os seguintes questionamentos: ora, como criminalizar uma conduta que nem se sabe ao certo qual é? Como iniciar uma investigação no âmbito da polícia judiciária para coibir esse tipo de ação se não há sequer alguma objetividade nesse contexto?

A este respeito, a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Notícias falsas, Desinformação e Propaganda de 2017 adverte que “as proibições gerais à disseminação de informações com base em conceitos imprecisos e ambíguos, incluindo “notícias falsas ou “informações não objetivas”, são incompatíveis com os padrões internacionais sobre restrições à liberdade de expressão, e devem ser revogadas” (CIDH, 2017).

De forma semelhante, a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Eleições na Era Dígita de 2020 recomenda aos Estados que não adotem leis gerais ou ambíguas sobre desinformação, com a utilização de termos como “falsidades ou “informações não objetivas” (CIDH, 2020).

Ora, se o próprio termo objeto da regulação (desinformação) não possui conceituação e definição unívocas, como seria possível estabelecer uma regulação clara e precisa, capaz de cumprir a primeira condição básica do *test tripartite*? A imprecisão técnica acerca do conteúdo e definição da desinformação, e também da “verdade” (posto que até os fatos admitem distintas interpretações) não permite afirmar que tal restrição seja legítima frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ainda mais se levada em consideração a dificuldade de se identificar, na prática, qual notícia se caracteriza como desinformação.

Vislumbrando justamente essa imprecisão que é intrínseca ao fenômeno da desinformação, o Guia para garantir a liberdade de expressão frente à desinformação deliberada em contextos eleitorais (2019, p. 23) elaborado pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH, recomenda que os Estados não estabeleçam novos tipos criminais para sancionar a desinformação:

Este guia recomenda que os estados da região, em conformidade com os padrões do sistema interamericano de direitos humanos, **não devem estabelecer novos tipos criminais para sancionar a disseminação de desinformação ou de notícias falsas**. Introduzir tipos criminosos que, pela natureza do fenômeno, seriam vagos ou ambíguos, poderia trazer de volta [...] uma ferramenta com forte efeito inibitório sobre a disseminação de ideias,

críticas e informações, devido ao medo de sofrer um processo criminal [...]”<sup>9</sup> (grifo nosso).

Quanto à ineficácia de tais medidas no combate às *fake news*, Cristina Tardáguila adverte que não há nenhum dado capaz de comprovar que a elaboração de leis acarrete na diminuição de notícias falsas (BENEVIDES, 2020).

Na mesma linha é tecida a crítica de Lenio Luiz Streck (2020) aos projetos de lei que visam regulamentar a liberdade de expressão na internet: eles não se baseiam em dados ou elementos científicos, mas em resultados imaginários, em “jogos morais”, sobre os quais não têm nenhuma certeza, ou melhor, sobre os quais não podem dar nenhuma convicção de que melhorará o sistema.

A descrença na tipificação penal e na fixação de multa como forma de solucionar o problema se deve, inicialmente, ao volume de notícias falsas que circulam nas redes todos os dias, de forma que seria pouco provável, ou mesmo impossível investigar e punir todos os casos de desinformação. O que resultaria em mais um diploma legal meramente decorativo, sem apresentar, contudo, relevante eficácia prática.

No ímpeto de oferecer uma resposta imediata ao que aparenta ser hoje o grande mal da intitulada “sociedade da informação”, os parlamentares buscam, numa “carrera” insensata, aprovar projetos de leis falhos, desproporcionais e perigosos acerca da regulação da liberdade de expressão na internet. E, assim, tende-se à irracional perpetuação do direito penal simbólico, que muito diz, mas nada faz.

Nesse sentido, o Professor Paulo Rená enfatiza, ainda, que acreditar que a criação de um tipo penal poderá impedir a existência de notícias falsas é uma infeliz “miopia”. Segundo ele, a proposta penal

---

<sup>9</sup> Tradução do autor. No original: “Esta guía recomienda que los Estados de la región, en línea con los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, no deberían establecer nuevos tipos penales para sancionar la difusión de desinformación o de noticias falsas. Introducir tipos penales, que por la naturaleza del fenómeno serían vagos o ambiguos, podría retrotraer a la región a una lógica de criminalizar expresiones sobre funcionarios o personas involucradas en asuntos de interés público y establecer una herramienta con un fuerte efecto inhibitorio de la difusión de ideas, críticas e información por miedo a sufrir un proceso penal [...]”.

é inadequada, especialmente, porque diante de uma quantidade imensurável de posts, não é possível prender ou processar todo mundo que compartilhar algo. Consequentemente, apenas alguns casos serão levados à Justiça que, por sua vez, corre o risco de tornar-se ainda mais seletiva, empunhando sua espada apenas a determinado grupo, classe social ou candidato, por exemplo (GRIGORI, 2018).

Ademais, conforme asseverou Ricardo Gutiérrez, no Seminário Internacional sobre *Fake News* e Eleições (2019, p. 30), a referida criminalização seria disparatadamente contraprodutiva, posto que uma vez banido o conteúdo falso, ele poderia ser imediatamente republicado em outro servidor. Afinal, a produção e divulgação de notícias falsas, ainda mais quando promovidas por bots ou ciborgues, é imensa, incessante e incontrolável. Como bem destaca Claire Wardle, “desinformação é um fenômeno social que pode ser comparado à poluição. E combatê-lo é como varrer as ruas” (PIMENTA, 2017). Não importa o quanto se tente limpar, a rua sempre estará repleta de folhas e sujeira.

A este respeito, segundo Reynaldo S. da Fonseca e Matheus V. A. Rodrigues (2019, p. 17), “o Judiciário, em sua função típica, parece ser uma ferramenta pouco eficiente para se combater a fabricação e a disseminação de notícias fraudulentas”. E a razão para tal ineficiência é evidente: o controle judicial apresenta uma limitação natural diante da hipervelocidade da difusão das *fake news* que o impede, ainda que por medidas de urgência, de combater tais notícias antes de sua “viralização” na rede.

Por fim, adverte Zachery Lampell que não está claro o quanto essas leis sobre *fake news* conseguem limitar a disseminação de desinformação sobre a covid-19, sendo provável que, em vez de impedir a propagação de notícias falsas, elas acabem sufocando a mídia independente, intimidando o debate público e enfraquecendo a democracia (BENEVIDES, 2020).

Vislumbra-se, portanto, que a criminalização da desinformação, seja relacionada à saúde pública ou não, tende a ser ineficaz, contraproducente e apto a fazer surgir uma justiça seletiva e

tendenciosa. Não aparenta ser, portanto, idônea a atingir o fim a que se destina. Descumpre, desse modo, mais uma condição básica do *test tripartite*, o que a caracteriza como restrição ilegítima e inadmissível à liberdade de expressão.

O perigo fulcral da responsabilização civil e penal dos cidadãos está na censura. A imposição de sanções a quem divulgar uma informação falsa tende a gerar a imediata autocensura do informante, que se absterá de divulgar a informação para evitar uma futura penalidade, como já demonstrado no capítulo anterior. Haverá, assim, um estado de censura prévia e de restrição indireta à liberdade de expressão, numa afronta direta ao texto constitucional e convencional (da convenção americana de direitos humanos). A autocensura implicará na restrição da liberdade de imprensa e de informação, tanto em seu aspecto individual (o direito de informar), quanto coletivo (o direito das outras pessoas de serem informadas).

A longo prazo (se comparado à autocensura), a previsão de multas ou penas privativas de liberdade para quem divulgar uma notícia fraudulenta terá como consequência o controle posterior das informações que forem publicadas por um órgão censor (seja ele um juiz ou uma corte especializada), que, a seu critério, dirá o que é mentira e o que é verdade, o que deve ser mantido na rede ou o que deve ser calado, o que é fato e o que não é. Com a censura sempre vem um censor que, sendo dono da verdade, a impõe sobre todos.

O espaço para arbitrariedades é imenso, ainda mais se considerada a imprecisão técnica acerca do conteúdo e definição da desinformação, e também da “verdade”. Surge, então, o seguinte questionamento: há proporcionalidade em tais mecanismos de combate à desinformação, isto é, os benefícios gerados por tais restrições serão maiores do que os prejuízos gerados à livre manifestação de ideias, opiniões e informações? Tudo indica que a tentativa de combate à desinformação por meio da responsabilização civil e penal daqueles que divulgam notícias falsas, além de incapaz de atingir sua finalidade, acabará suprimindo o direito de todos os

cidadãos de transmitir e receber informações, tornando-se um obstáculo a própria liberdade de expressão.

Tais restrições são, portanto, duplamente ilegítimas, uma vez que implicam necessariamente em censura prévia e não cumprem o requisito da proporcionalidade, em expressa violação ao entendimento fixado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.

Ainda mais perigosa se revela a atribuição, aos provedores (intermediários), da responsabilidade por controlar e filtrar os conteúdos postados pelos usuários. Pois ao assumir a função de controlador do conteúdo, o provedor de aplicação estaria, no fundo, assumindo a função de controlador da liberdade de expressão do usuário, e “o papel ativo do provedor de aplicação, no interesse de evitar uma eventual responsabilidade civil, fundaria uma privatização da censura” (ARAÚJO, 2017, p. 31-32).

Acerca do tema, como já mencionado, a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Notícias falsas, Desinformação e Propaganda de 2017, expressamente repudia a privatização das medidas de controle que transferem aos intermediários a realização de ações que restringem o conteúdo (CIDH, 2017).

No entendimento da CIDH, expresso na Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet de 2011, os provedores só poderão ser responsabilizados por conteúdos gerados por terceiros quando intervirem diretamente em tais conteúdos ou descumprirem ordem judicial que exija a eliminação do conteúdo quando estiver em condições de fazê-lo, dado o princípio da mera transmissão (CIDH, 2011).

Tal compreensão foi, inclusive, ratificada pela CIDH, no Guia para garantir a liberdade de expressão frente à desinformação deliberada em contextos eleitorais (2019, p. 34), que recomenda ao Poder Legislativo dos Estados Membros que “evite estabelecer marcos regulatórios que responsabilizem os intermediários por conteúdos produzidos por terceiros”, posto que eles tendem a excluir

ostensivamente os conteúdos para evitar serem sancionados, afetando drasticamente a liberdade de expressão.

Conforme ressalta Marcel Leonardi (2012), “responsabilizar objetivamente qualquer provedor de serviços de Internet pelos atos de seus usuários traria, como consequência imediata, o estabelecimento de políticas agressivas de censura da conduta de tais usuários”. Configura, pois, limitação injusta e desproporcional à liberdade de expressão, não admitida pela Organização dos Estados Americanos.

A Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Eleições na Era Digital de 2020 - ante a preocupação com o fato de muitos Estados estarem promulgando leis que, embora formalmente justificadas no interesse de resolver a desinformação, “limitam indevidamente a liberdade de expressão, ampliam o controle estatal sobre a mídia, restringem a liberdade da Internet e/ou ampliam o poder de vários atores para coletar dados pessoais” -, reafirma, mais uma vez, a necessidade da alfabetização midiática e da adoção de outras medidas “positivas para resolver o problema da desinformação on-line, como promover organismos independentes para verificação de informações e campanhas de educação pública”, evitando a criminalização da desinformação (CIDH, 2020).

A Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet de 2011 e a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Notícias falsas, Desinformação e Propaganda de 2017 também já haviam advertido os Estados sobre a necessidade de evitar restrições especiais ao conteúdo dos materiais que são difundidos por meio da internet, priorizando as abordagens alternativas no combate a conteúdos ilícitos, como medidas “educativas e de conscientização destinadas a promover a capacidade de todas as pessoas de fazer um uso autônomo, independente e responsável da internet” (CIDH, 2011). Isto é, promover a alfabetização digital, “incluindo esses tópicos nos currículos acadêmicos regulares e envolvendo a sociedade civil e outras partes interessadas para aumentar a conscientização sobre essas questões” (CIDH, 2017).

Os indivíduos devem ser tratados como seres autônomos e capazes de analisar as informações e tirar suas próprias conclusões, sem que o Estado tenha que filtrar todo conteúdo que chega ao conhecimento de seus cidadãos. Não é papel do Estado controlar a informação e cuidar de seu povo como se crianças frágeis e ingênuas fossem.

Nesse sentido, também argumenta Marcio Schusterschitz da Silva Araujo (2017, p. 32-33) ao afirmar que “não é, em regra, competência legítima do Estado em proteger as pessoas contra falsas ideias. São as pessoas, em sua autonomia, o árbitro de suas próprias crenças e agentes do próprio conhecimento”.

Como se observa, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem se mantendo firme acerca da necessidade de se evitar a responsabilização dos provedores (salvo quando intervirem na formação do conteúdo ou descumprirem ordem judicial), e a criminalização da desinformação, que deve ser combatida com medidas de alfabetização digital, conscientização e mecanismos de checagem de fatos (os fact-checking).

É preciso, pois, não suprimir ou restringir a liberdade de expressão, mas disponibilizar meios que capacitem o próprio indivíduo a compreender e filtrar a informação que recebe. É preciso promover a alfabetização digital. Este é o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – reforçada, novamente, no Guia para garantir a liberdade de expressão frente à desinformação deliberada nos contextos eleitorais (2019, p. 39).

A título de exemplo, Ricardo Gutiérrez, em sua fala no Seminário Internacional sobre *Fake News* e Eleições (2019, p. 27-28), defendeu que:

A ideia global aqui é, em vez de focar na supressão ou na censura, é, por outro lado – o que faz muito mais sentido – criar a imunidade à *fake news* enquanto sociedade [...] através da promoção da alfabetização midiática. Precisamos fornecer instrumentos aos nossos cidadãos para que eles possam fazer a diferença entre uma fonte de informação confiável e uma não confiável.

Neste mesmo Seminário (2019, p. 64), Maurício Moura ressaltou a relevância da alfabetização midiática ao afirmar que não acredita em medida mais efetiva do que a educação no combate às *fake news*, até porque a tecnologia e a complexidade da inteligência artificial se desenvolvem num ritmo tão acelerado que se torna cada vez mais difícil o combate às *fake news* por outros mecanismos que não sejam a imunização da sociedade por meio da educação. Segundo Maurício, o combate às *fake news* está na sala de aula. Na Finlândia e na Suécia as aulas de checagem de informação já são uma realidade que tende a se espalhar para os demais países do globo.

A educação, não por acaso, sempre foi a resposta para a maioria esmagadora dos problemas sociais. Há de se considerar, entretanto, que a alfabetização midiática é um mecanismo apto a proporcionar uma solução a longo prazo, visto que sua implementação surtirá efeitos somente após alguns anos. E, nesse aspecto, não satisfaz a necessidade imediata de combate à desinformação.

Visando, então, promover uma atuação em duas frentes – de criar imunidade social por meio da educação, bem como permitir o combate imediato da desinformação – deve-se ressaltar a importância de aliar a alfabetização midiática à promoção de medidas de conscientização e à atuação de plataformas independentes de checagem de fatos.

Como advertem Vinícius B. Fortes e Wellington A. Baldissera (2019, p. 397), o melhor caminho é combater a desinformação com informação, ou seja, indicar, no próprio local onde a falsidade foi divulgada, a informação verdadeira ou onde encontrá-la. Além disso, segundo os autores, uma maior divulgação na televisão e rádio sobre a existência das notícias falsas e importância de verificar a informação antes de publicá-la também poderia apresentar resultados eficientes no combate à desinformação.

Nesse sentido, merece destaque a atuação do Superior Tribunal Eleitoral (TSE) que vem promovendo, em horário nobre da televisão, propagandas para informar sobre a existência das *fake news* e a

importância de checar as informações antes de compartilhá-las. No sítio do TSE também é possível encontrar esclarecimentos sobre informações falsas na seção denominada “Fato ou Boato”. O Ministério da Saúde também conta com uma seção sobre *fake news* em seu sítio oficial, além de disponibilizar um número de WhatsApp “para receber informações virais que serão apuradas pelas áreas técnicas e respondidas oficialmente se são verdade ou mentira”.

Das plataformas independentes de fact-checking citam-se as agências Lupa, O Truco, Aos Fatos e Estadão Verifica, todas certificadas pelo IFCN (International Fact-checking Network) e que, portanto, seguem os critérios de transparência das fontes, apartidarismo e imparcialidade, transparência da metodologia utilizada e da forma de organização e financiamento da agência, bem como uma política de correções aberta e franca.

O serviço de checagem de fatos prestado pela sociedade civil organizada, consoante Reynaldo S. da Fonseca e Matheus V. A. Rodrigues (2019, p. 104), revela-se essencial no combate às *fake news*, “sobretudo diante da velocidade de transmissão de informações introduzidas pelo advento das mídias digitais”.

Tais iniciativas de conscientização e checagem de fatos, aliadas à alfabetização midiática, devem, portanto, de acordo com recomendações exaradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ser fortalecidas e ampliadas, uma vez que compreendem ferramentas notadamente promissoras no combate à desinformação, não apenas em razão de seu caráter célere e acessível, mas principalmente porque não trazem consigo o perigo de esvaziamento do direito à liberdade de expressar livremente pensamentos, ideias, opiniões e informações.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da desinformação, especialmente na Era Digital e Pós-fato, representa um problema real da sociedade em rede com consequências muitas vezes desastrosas e que, portanto, exige uma resposta. Diversos são os mecanismos de combate às *fake news*, mas nem todos se mostram realmente adequados a sanar um mal (desinformação) sem suprimir ou restringir um direito (liberdade de expressão).

Dessa forma, analisou-se alguns dos mecanismos de combate à desinformação à luz das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e do *test tripartite* desenvolvido pela Jurisprudência Interamericana com o objetivo de avaliar sua legitimidade e eventual potencial supressivo do direito humano e fundamental à liberdade de expressão.

Verificou-se, primeiramente, que a informação falsa, à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, está incluída no âmbito de proteção jurídica conferido à liberdade de expressão, uma vez que imposição de sanções às informações falsas, errôneas ou incorretas conduz à autocensura dos informantes para evitar as penalidades, restringindo o exercício livre do direito à manifestação de pensamentos, ideias, opiniões e informações. Isto é, a exigência de veracidade na informação tende a se degenerar em restrições indevidas à liberdade de expressão.

Assim sendo, a desinformação, quando não configurar discurso não protegido pela liberdade de expressão (propaganda de guerra e a apologia ao ódio que constitua incitação à violência; incitação direta e pública ao genocídio; ou pornografia infantil), nem se enquadrar nas restrições à liberdade de expressão (crimes contra a honra, contra a segurança nacional, entres outros previstos no ordenamento jurídico brasileiro), estará protegida pelo manto da liberdade de expressão. E

nesse caso, a caracterização da desinformação como ato ilícito não poderia sequer ser cogitada.

Concluiu-se, outrossim, que a responsabilização civil ou penal de quem divulga informações fraudulentas, assim como a responsabilização objetiva das plataformas pelos conteúdos publicados por terceiros, ante a imprecisão que permeia a definição e conteúdo da desinformação, intrínseca à própria natureza do fenômeno, constituem restrições extremamente perigosas à liberdade de expressão e ilegítimas, porquanto não cumprem os requisitos básicos fixados pelo *test tripartite*, sobretudo o requisito da proporcionalidade, uma vez que os eventuais benefícios que poderiam acarretar na proteção da “verdade” e de outros direitos são ínfimos se comparados aos graves danos que impõem na capacidade da internet para garantir e promover a liberdade de expressão.

Por fim, inferiu-se que o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, por conseguinte, a sua recomendação aos Estados Nacionais é no sentido de: 1) evitar tanto a responsabilização civil e penal daqueles que divulgam ou compartilham notícias fraudulentas quanto a responsabilização objetiva dos provedores de aplicação sobre conteúdos divulgados por terceiros; e 2) promover a alfabetização midiática e a adoção de outras medidas positivas no combate à desinformação online, como o incentivo a organismos independentes de verificação de fatos e a adoção de medidas de conscientização da população, posto que representam alternativas muito promissoras no combate à desinformação e não oferecem riscos ao pleno exercício da liberdade de expressão.

Depreende-se, portanto, que a solução para a problemática da desinformação não está na imposição do silêncio, mas na promoção de mais liberdade de expressão. A solução mais razoável, proporcional e segura está na alfabetização midiática, na conscientização da população e nas plataformas de checagem de fatos. Desinformação não se combate com censura. Desinformação se combate com informação.

Data de Submissão: 19/08/2020

Data de Aprovação: 15/03/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Iasmin Madeiro Cordeiro

## REFERÊNCIAS

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake news in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, p. 211–236, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3fCvRl4>. Acesso em: 10 jul. 2020.

ARAUJO, Marcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de Expressão**. 2017. E-book. Disponível em: <https://bit.ly/3oKglQ8>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p. 1-36, mar, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3fABPCY>. Acesso em: 06 jul. 2020.

BENEVIDES, Bruno. Número de países com regulação contra fake news dispara durante a pandemia: Especialistas alertam que a medida pode abrir brecha para a supressão da liberdade de expressão e de imprensa. **Gauchazh**, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gzZchw>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: Os limites entre o lícito e o ilícito**. 1. ed. Barueri: Editora Manole Ltda., 2020. E-book.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. v. 1, p. 203-220. Belo Horizonte: IDDE, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2DBC02n>. Acesso em: 15 jul. 2020.

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

Presidência da República. Disponível em: <https://bit.ly/2H18PZJ>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://bit.ly/2RuwiV6>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: <https://bit.ly/33wuQHe>. Acesso em: 14 set. 2020

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://bit.ly/3hDjvKN>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://bit.ly/2ZBPGUK>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://bit.ly/3hq86p>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. STF. Primeira Turma. **Reclamação 22.328 Rio De Janeiro**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 06/03/2018. Disponível em: <https://bit.ly/3fAESeD>. Acesso em: 08 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política**. 2005. Conferência promovida pelo Presidente da República, Belém, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3morOgX>. Acesso em: 14 set. 2020.

CIDH. **Declaração Comum sobre a Liberdade de Expressão e Eleições na Era Digital**. Adotada em 30 de abril de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2W4fdnt>. Acesso em: 28 jul. 2020.

CIDH. **Declaração conjunta sobre liberdade de expressão e "notícias falsas", desinformação e propaganda**. Adotada em Viena, em 3 de março de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Cj97IX>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CIDH. **Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet**. Adotada em 1º de junho de 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2ZbRpiI>. Acesso em: 28 jul. 2020.

**CIDH. Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.** Adotada em outubro de 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3ggrufU>. Acesso em: 28 jul. 2020.

**CIDH. Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales.** Elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Adotado em outubro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3fsXLQA>. Acesso em: 05 jul. 2020.

**CIDH. Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão.** 2014. Aprovado em 30 de dezembro de 2009. Versão em português, maio de 2014. ISBN 978-0-8270-5457-8. Disponível em: <https://bit.ly/3hynjwz>. Acesso em: 25 jul. 2020.

**COMPROVA. Home. Sítio oficial do Projeto Comprova.** Disponível em: <https://bit.ly/3fzFd14>. Acesso em: 29 jul. 2020.

**CORTE I.D.H. Opinión Consultiva - OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985.** Disponível em: <https://bit.ly/2XyCTRS>. Acesso em: 05 jul. 2020.

**CORTE I.D.H. Sentença de 20 de novembro de 2009.** Caso Usón Ramírez Vs Venezuela. Disponível em: <https://bit.ly/2W34jyq>. Acesso em: 30 jul. 2020.

**DUCH, Jaume, El Foro sobre Fake News: cómo combatir las noticias falsas en Europa.** Apertura realizada por Jaume Duch, Director General de Comunicación y Portavoz del Parlamento Europeo. Disponível em: <https://bit.ly/3ikwaD7>. Acesso em: 25 jul. 2020.

**FERNANDES, André de Godoy. Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação.** 2009. 316 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/33vr9TW>. Acesso em: 08 jul. 2020.

**FONSECA, Reynaldo Soares da; RODRIGUES, Matheus Vinícius Aguiar.** Para além do Judiciário: O Controle Judicial da Fake News no Processo Democrático Eleitoral. **Revista Direito.UnB**, v. 03, n. 1, p. 89-112, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31JLjXY>. Acesso em: 30 jul. 2020.

**FORTES, Vinícius Borges; BALDISSERA, Wellington Antonio.** Regulação das Fake News e Liberdade de Expressão: Uma análise a partir da Reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**, v. 7, n. 3, p.

374-401, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/33pxPkM>. Acesso em: 05 jul. 2020.

GENESINI, Silvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. **Revista USP**, n. 116, p. 45-58, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2DZSELb>. Acesso em: 07 jul. 2020.

GRIGORI, Pedro. 20 projetos de lei no Congresso pretendem criminalizar fake news. **Publica**, Agência de Jornalismo Investigativo, maio 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3l1v4hG>. Acesso em: 12 jul. 2020.

HASAN, Haya R.; SALAH; Khaled. Combating Deepfake Videos Using Blockchain and Smart Contracts. **Revista IEEE Access**, v. 7, p. 41596-41606, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2ZQWiP4>. Acesso em: 5 set. 2020.

HLEG. **A multi-dimensional approach to disinformation**. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2PGytnv>. Acesso em: 15 jul. 2020.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p.2260-2301, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3qzHhwf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVINSON, Paul. **Fake news in real context**. Connected Editions, 2017. E-book.

LOPES, Plínio. A Droga da Desinformação. **Revista Piauí**, jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ifpZ2U>. Acesso em: 17 jul. 2020.

MENDEL, Toby; CASTILLEJO, Ángel García; GÓMEZ, Gustavo. **Concentración de medios y libertad de expresión**: Normas globales y consecuencias para las Américas. Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información n° 7. Traducción del inglés: Victoria De Negri. UNESCO, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3kvvggHN>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MENDEL, Toby; SALOMON, Eve. **Liberdade de Expressão e Regulação da Radiodifusão**. Série Debates Comunicação e Informação n° 8. Tradução: Antonio Ribeiro. Brasília: UNESCO, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3iiSAok>. Acesso em: 28 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sítio oficial. **Fake News**. Disponível em: <https://bit.ly/3auDaMj>. Acesso em: 02 fev. 2021.

MORALES, Ulrich Richter. **El Ciudadano Digital: Fake news y posverdad en la era de internet**. México: Editorial Océano, 2018. E-book. Disponível em: <https://bit.ly/2PGCvw9>. Acesso em: 11 jul. 2020.

OEA. O que é a CIDH. **Sítio Oficial da OEA**. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kjszqA>. Acesso em: 01 ago. 2020.

OXFORD, Dictionaries. **Post-Truth**. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Dzw5w5>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PIMENTA, Angela. Claire Wardle: combater a desinformação é como varrer as ruas. **Observatório da Imprensa**. Ed. 966, nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Fu4e1x>. Acesso em: 29 jun. 2020.

PINTO, Pedro Duarte. Liberdade de expressão, mercado, intervenção governamental e o pluralismo nos meios de comunicação. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, v. 13, n. 51, p. 159- 186. Belo Horizonte, 2015.

RAIS, Diogo. A melhor tradução para fake news não é notícia falsa, é notícia fraudulenta. [Entrevista cedida a] Pedro Canário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ovuSPt>. Acesso em: 15 jul. 2020.

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. Fake News, Deepfakes e Eleições. In: RAIS, Diogo (org.). **Fake News: a conexão entre desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAKE NEWS E ELEIÇÕES, 2019, Brasília, DF. **Anais [...]**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2019. 152 p. Disponível em: <https://bit.ly/3ahdXmT>. Acesso em: 06 jul. 2020,

SILVA, Carlos Eduardo Lins da. Morte e vida da imprensa. Edição brasileira da Columbia Journalism Review: Da pós-verdade ao risco da pós-imprensa. **Observatório da Imprensa**. Ed. 1012. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3lovHYM>. Acesso em: 26 jun. 2020.

SILVA, Rosane Leal da; BOLZAN, Bárbara Eleonora Taschetto; CIGANA, Paula Fabíola. A Liberdade de Expressão e seus limites na Internet: Uma análise a partir da perspectiva da Organização Dos Estados Americanos. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória**, v. 20, n. 1, p. 219-250, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ad4U6n>. Acesso em: 27 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Liberdade de expressão na internet: não joguem a criança fora. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34bwHDv>. Acesso em: 30 jul. 2020.

UNESCO. **Disinfodemic: Deciphering COVID-19 disinformation**: Policy brief 1. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Yd5KLB>. Acesso em: 30 jun. 2020.

WALDMAN, Ricardo Libel; NEVES, Marcelo Nogueira. Sociedade Da Informação: A Responsabilidade Na Internet E O Mau Uso Da Tecnologia, A Busca Pela Ética No Convívio Digital. **Prim Facie**, v. 19, n. 40, p. 01-28, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2RrnaAD>. Acesso em: 13 set. 2020.

## **Mechanisms To Combat Disinformation: An Analysis In The Light Of The Inter-American Commission On Human Rights**

Beatriz Pereira Junqueira

Paulo Henrique de Souza Freitas

**Abstract:** Using qualitative research, the deductive approach method and bibliographic and documentary research techniques, the article aims to analyze the mechanisms to combat disinformation in the light of the recommendations of the Inter-American Commission on Human Rights and the tripartite test developed by the jurisprudence inter-American. It was concluded that false information is included in the scope of legal protection conferred to freedom of expression, since the requirement for veracity in information tends to degenerate into censorship of the right to freely express opinions, ideas and information; and the eventual criminalization of *fake news*, as well as the liability of providers, constitute extremely dangerous restrictions on freedom of expression and illegitimate, since they do not meet the basic requirements set by the tripartite test. Finally, it emerged that the recommendations made by the Inter-American Commission to national states are aimed at promoting positive measures such as media literacy, raising public awareness and encouraging fact-checking platforms, as they represent promising alternatives in combating disinformation while not imposing restrictions or suppressions on freedom of expression.

**Keywords:** *Fake news*. Freedom of expression. Media literacy. Awareness. Fact checking.

**DOI:** [https://doi.org/ 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54652](https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54652)

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# Mobilidade E Pandemia: Análise Da Vulnerabilidade Dos Refugiados Diante Da Covid-19 No Nordeste Brasileiro

**Arnelle Rolim Peixoto** \*

Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha.

 <https://orcid.org/0000-0002-6173-218X>

**Kananda Beatriz Pinto de Sena** \*\*

Universidade Estadual do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Fortaleza-CE, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-8468-669X>

**Camilla Martins Cavalcanti** \*\*\*

Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-9241-8687>

**Resumo:** Na pandemia da COVID-19, são muitos os desafios referentes aos fluxos de mobilidade humana. Nesse sentido, objetiva-se analisar mobilidade internacional de refugiados no nordeste brasileiro diante da pandemia e a possível acentuação da vulnerabilidade dos sujeitos migrantes frente a esta conjuntura. O artigo está estruturado em três etapas. Inicialmente, mostrou-se o aparato (nacional e internacional) protetivo referente aos refugiados. Em seguida, analisou-se o desafio do acolhimento dos refugiados e a possibilidade da caracterização acentuada da vulnerabilidade destes por causa da pandemia da COVID-19, e, para tanto, foram utilizados dados do Ministério da Justiça, em especial do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados (ACNUR), e também do Ministério da Saúde. Por fim, é explicada a necessidade de instrumentos/meios que garantam a proteção de refugiados em situações agravadoras de risco, especialmente, diante dos fatos e das consequências da pandemia da COVID-19. A pesquisa usou a metodologia do tipo bibliográfica, de natureza qualitativa, com fins descritivos e exploratórios. Concluiu-se que a pandemia da COVID-19 é elemento configurador da dupla vulnerabilidade da população em situação de refúgio, e, assim, tem-se a emergência de novos marcos regulatórios e de instrumentos que possibilitem a proteção dos refugiados.

**Palavras chave:** Refúgio. Coronavírus. Região Nordeste do Brasil.

\* Pós-doutoranda em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca- Espanha (2018). Doutorado em Direito pela Universidade de Salamanca- Espanha. Professora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI-UFC-DIREITO). Professora da Faculdade Stella Maris. Email: [arnellerolim@hotmail.com](mailto:arnellerolim@hotmail.com)

\*\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Geografia (ProPGeo/UECE). E-mail: [beatriz.kan@hotmail.com](mailto:beatriz.kan@hotmail.com)

\*\*\* Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: [camillam.cavalcanti@outlook.com](mailto:camillam.cavalcanti@outlook.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54239>

# Mobilidade E Pandemia: Análise Da Vulnerabilidade Dos Refugiados Diante Da Covid-19 No Nordeste Brasileiro

Arnelle Rolim Peixoto<sup>1</sup>

Kananda Beatriz Pinto de Sena<sup>2</sup>

Camilla Martins Cavalcanti

## 1 INTRODUÇÃO

No período atual, compreende-se que a COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, foi considerada uma pandemia, devido as suas consequências ocorrerem como uma epidemia<sup>3</sup> em ampla área geográfica, chegando a um nível mundial. Ademais, concomitante à pandemia, tem-se as dinâmicas da mobilidade internacional, que são ocasionadas por distintos motivos, a exemplo de guerras e conflitos armados que ainda estão ocorrendo em muitas regiões na escala global, bem como, outros motivos ensejadores de refúgio, como a perseguição por raça, política e religião, ou, até mesmo, por grave violação aos direitos humanos, motivo acrescentado pela declaração de Cartagena em 1984.

Destarte, o texto tem como objetivo a discussão teórica da acentuação da vulnerabilidade dos refugiados diante da pandemia da

---

<sup>1</sup> Bolsista de Pós-Doutorado Universidade de Salamanca.

<sup>2</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)

<sup>3</sup> A Organização mundial da Saúde (OMS) define como epidemia a ocorrência de casos de doenças, comportamento específico associado com a saúde, ou eventos relacionados com a saúde além do que seria esperado normalmente.

COVID-19 no Nordeste brasileiro, e está dividido em duas partes centrais: na primeira, destaca-se a possibilidade da acentuação da vulnerabilidade dos refugiados diante da pandemia da COVID-19, considerando a legislação nacional e internacional. Já na segunda, apresenta-se o recente fluxo de refugiados e a pandemia na região nordeste do Brasil.

Nesse sentido, no que diz respeito ao amparo legal para proteção dos refugiados, este pode ser encontrado tanto na legislação nacional quanto na internacional, seja pela Convenção de 1951 ou pela Lei nº. 9474/97, além de alguns princípios da política migratória estabelecida pela atual Lei de Migração, que podem servir de base para serem usados no contexto de refúgio. Essa interligação é importante para o aporte da proteção dos refugiados em tempos de pandemia haja vista as vulnerabilidades desse grupo específico que são acentuadas nesse período pandêmico.

No que se refere aos dados, são utilizadas as informações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) para mostrar o quantitativo e a origem da população que solicitou refúgio no Nordeste do Brasil; além disso, foram coletados os dados do Ministério da Saúde para evidenciar os casos de COVID-19 na região Nordeste do país. Ainda, cabe pontuar que, os dados foram coletados no período de março, abril, maio, junho e julho de 2020.

Em relação aos procedimentos metodológicos, a pesquisa é bibliográfica e documental, realizada por meio de livros, artigos científicos, dados oficiais e informações da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização Pan-americana de Saúde (OPAS), da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da Agência da ONU para refugiados (ACNUR). O método utilizado é o dedutivo e a abordagem é exploratória e qualitativa.

Com os resultados deste estudo e com a sua publicação, pretende-se contribuir com a temática dos refugiados nestas primeiras décadas do século XXI, pois serão apresentadas questões referentes aos direitos humanos e à vulnerabilidade social desta população, que

são de interesse global. Além disso, a proteção a esse grupo de minorias também pode ser configurada como uma proteção mundial, no que diz respeito a evitar a disseminação do novo coronavírus no mundo.

## **2 A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS FRENTE A PANDEMIA DA COVID-19**

Quando se fala em refugiados, são inegáveis as perspectivas em relação à proteção e à prevenção dos seus direitos, já que são grupos desprotegidos, que fogem do seu país por motivo de perseguição e que estão propensos a diversos tipos de vulnerações no percurso da sua mobilidade e no país de chegada. Diante disso, um viés do Direito Internacional buscou se preocupar com a elaboração de instrumentos e de organismos para a proteção, no âmbito internacional, direcionado especificamente a esse grupo. Como resultado dessa instrumentalização na proteção dos direitos dos refugiados, o Brasil incorporou em âmbito interno essa norma internacional, como também adaptou as normas nacionais relacionadas diretamente ou indiretamente com a temática do refúgio.

Entretanto, mesmo com todas as garantias estabelecidas em normativos, os refugiados ainda encontram diversas dificuldades, desde a integração ao país de origem, a falta de conscientização ou de conhecimento de determinada parte da população e de órgãos públicos – que podem dificultar os trâmites de documentação para esses refugiados –, até a mudança nas políticas migratórias, principalmente quando o país decide por fechar suas fronteiras sob a desculpa da segurança nacional, da crise econômica ou mesmo de questões de saúde, como é o caso vivenciado atualmente. A pandemia vem afetando todos os países, principalmente os grupos mais vulneráveis, em condição de precariedade, estando entre estes os refugiados,

acentuando-se ainda mais essa condição diante da pandemia da COVID-19.

## **2.1 O Aparato Internacional Protetivo Referente Aos Refugiados**

Nas dimensões dos Direitos Humanos, vale destacar a noção de que não são de outros. São nossos, coletivos e indivisíveis. Abarcam e estão vinculados às alteridades étnicas, raciais, territoriais e de gênero. Assim sendo, exigem uma leitura crítica do atual estágio da crise estrutural do capital e também do papel do Estado na modernidade - a estatalidade (KURZ, 2010).

O período subsequente a Segunda Guerra Mundial foi marcado pelas recomendações internacionais nos sistemas protetivos globais e regionais com relação aos Direitos Humanos (MACENA *et.al.*, 2019, p.2-3). Nesse sentido, a normatização da proteção dos refugiados a nível internacional se deu a partir da preocupação em resolver a questão dos refugiados na Europa após a Segunda Guerra.

Além disso, foi estabelecida a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951 (ACNUR, 1951), instrumento específico de proteção aos direitos dos refugiados e que trabalha a definição do instituto, facilitando a identificação desse grupo específico dentro do contexto complexo da mobilidade humana. A definição dessa Convenção foi ampliada pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados em 1967, de forma a abranger não só os refugiados no contexto da Europa, mas também estabelecendo uma definição mais expandida, transcendendo as questões territoriais e temporais da Convenção de 1951 (RAMOS, 2011).

No contexto internacional, de acordo com o artigo 1º do Estatuto, refugiado é definido como sendo aquela pessoa que

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua 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 [...] (ACNUR, 1951).

Dentre os direitos estabelecidos no Estatuto, o que se refere à relação entre o refugiado e o Estado que o recebe, existe um essencial, estabelecido no artigo 33 do Estatuto: o princípio do *non-refoulement*, ou seja, a proibição da não devolução, não podendo o Estado expulsar o refugiado para o seu país de origem. Com isso, é estabelecida a eles uma garantia primordial, principalmente em momentos em que os contextos político, econômico e social facilitam para criar ou fortalecer discursos nacionalistas de cunho xenófobo contra os refugiados.

Conjuntamente a essa normatização, foi instituído um órgão próprio para assegurar a proteção dos refugiados e o cumprimento dos instrumentos internacionais, surgindo assim o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR, 2020), através da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas. Criada inicialmente para auxiliar os refugiados europeus, o seu objetivo foi ampliado juntamente com o Protocolo do Estatuto, e seu mandato passou a englobar a todos os refugiados de maneira geral, tornando-se uma agência com mandato fixo direcionada à proteção dos refugiados, como também para proteção dos apátridas (ACNUR, 2020). Essa agência ocupa um papel importante na assistência às diversas crises migratórias, sobretudo nos campos de refugiados, que, por sua vez, vivem as mais diversas situações de vulnerações, principalmente mulheres e crianças.

Na legislação interna, o Brasil ratificou a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados em 1961 e o Protocolo do Estatuto em 1972, submetendo-se, portanto, ao aparato internacional relativo à proteção dos refugiados.

Apesar de ter ratificado esses instrumentos, no ano de 1997 foi editada a Lei nº. 9.474, que passou a redefinir a proteção dos refugiados, inclusive de maneira mais ampla, abrangendo o seu conceito de acordo com o estabelecido na Declaração de Cartagena 1984, instrumento de recomendação regional no âmbito da América

Latina. Esta inclui no conceito de refugiado, além daquele estabelecido no Estatuto, no artigo 1º inciso III da Lei, a causa de grave e generalizada violação de direitos humanos, com o qual o indivíduo é obrigado a deixar o seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país (RAMOS, 2011).

Nesse sentido, ressalta-se que “somente com a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que o país estabelece um marco político-administrativo, regulamentando os mecanismos para a implementação do Estatuto” (RIBEIRO, 2017, p.237). Já que a legislação interna incluiu uma estrutura específica para o assunto de refúgio,

No que refere ao direito dos refugiados, o Brasil deu um passo muito importante, com a promulgação da Lei nº 9.474/97, com destaque para uma das mais avançadas legislações sobre o tema, especialmente por ter criado o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão colegiado que cuida das solicitações de refúgio e que conseguiu consolidar uma estrutura que permitiu a participação da sociedade civil na análise desses pedidos (COSTA; PEIXOTO, 2018, p. 520)

Portanto, observa-se que a Lei 9.474/97 veio reforçar o reconhecimento dos direitos dos refugiados estabelecidos no Estatuto e no Protocolo, juntamente para desenhar uma estrutura institucional que trabalhe sobre a temática dentro de órgão institucional do governo.

Ademais, de toda a proteção estabelecida pelos instrumentos internacionais e replicada no âmbito interno de maneira mais abrangente – situando uma maior efetividade na proteção dos direitos dos refugiados –, cabe destacar a Lei de Migração, Lei nº 13.445, de 2017, que, apesar de tratar sobre migrante, traz alguns princípios e diretrizes da política migratória, estabelecidos no artigo 3º, que podem ser interligados para uma maior proteção dos refugiados. Observa-se que alguns são de extrema importância, como, por exemplo, o inciso IV que, ao afirmar que “a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional”, reforça uma política de proteção para qualquer forma de mobilidade humana.

Outros princípios e diretrizes estabelecidos na Lei de Migração são essenciais para proteger contra qualquer ingerência que possa acentuar ainda mais a vulnerabilidade dos refugiados. Dentre eles, destacam-se a não criminalização da migração e a acolhida humanitária, estabelecidos nos respectivos incisos III e VI do art. 3º da mencionada Lei.

Isto posto, observa-se que o Brasil vem gradativamente aproximando sua normatização interna dos parâmetros estabelecidos pelos instrumentos internacionais na proteção dos refugiados e pela igualdade preconizada no artigo 5º da sua Constituição Federal (BRASIL, 1988). Dentro dessa perspectiva, cabe salientar:

Para se desincumbir a contento desses seus deveres, o Estado traça um planejamento de desenvolvimento, assim como estabelece ações e políticas públicas que atendam a todas as necessidades de seus cidadãos, desde aqueles que se tornaram tradicionais – posto que ao longo do Século XX tornaram-se objeto clássico de planejamento, a exemplo da saúde, da educação, da previdência social e da assistência social – quanto aqueles que o Estado pode estabelecer como medidas protetivas daquelas parcelas da população que carecem de maior resguardo (CECATO *et.al*, 2017, p.21).

Nesse sentido, é interessante destacar a importância da aplicação efetiva dessa proteção através de meios institucionais estatais, garantido a efetividade da proteção nos mais diversos contextos sociais, políticos, econômicos ou na crise sanitária mundial, haja vista a necessidade de conceder o amparo a todos, em especial, aos mais vulneráveis, como é o caso dos refugiados.

## **2.2 A Possibilidade Da Acentuação Da Vulnerabilidade Dos Refugiados Diante Da Pandemia Da Covid-19**

No primeiro momento, cabe contextualizar que, no final de 2019, na cidade de Wuhan, na China, foi constatada a presença de uma doença causada pelo novo coronavírus, denominada de COVID-19.

Segundo Dumont (2020), Wuhan é uma cidade ligada à China e ao mundo, e seu aeroporto apresentou no total 25 milhões de passageiros no período de 2018. Logo, pode-se estimar que mais de 3 milhões de pessoas passaram pelo aeroporto entre o começo da epidemia e o confinamento, operado em 23 de janeiro de 2020 (DUMONT, 2020, p. 4).

Além disso, o equivalente a 80% das pessoas conseguiu se recuperar bem sem a necessidade de internação em hospitais; contudo, de cada seis pessoas contaminadas, uma tem dificuldade para respirar e, assim, precisa de atendimento em hospital. Apesar de existir um grupo de risco, composto por idosos e pessoas com algumas comorbidades, como pressão alta, doenças respiratórias ou cardíacas, diabetes e câncer, entende-se que qualquer pessoa, em qualquer idade, pode contrair a doença em seu nível grave (OPAS, 2020, p.12).

Na perspectiva de Filippo Grandi (2020, p.3, tradução nossa), o novo coronavírus resultou em uma lembrança para os indivíduos de que o mundo está conectado e, na medida que se compreende isso, também se capta que os países precisam se unir, sem menosprezar nenhum povo, para, de maneira concreta, solucionar o desafio mundial da pandemia.

Ademais, o autor Grandi (2020, p.3, tradução nossa) explana ainda que a pandemia testa os sistemas de saúde e a habilidade de atuação conjunta das nações, principalmente por se fazer necessário olhar para todos os cantos do planeta, inclusive os menos privilegiados, a fim de que concretamente se consiga ter a pandemia controlada. Nesse sentido, expõe especialmente a questão dos refugiados e da necessidade de apoio internacional, da seguinte forma:

Os migrantes e refugiados - independentemente de seu status formal - devem fazer parte integrante dos sistemas e planos nacionais de combate ao vírus. Muitas dessas mulheres, homens e crianças se encontram em locais onde os serviços de saúde estão sobrecarregados ou inacessíveis. Eles podem estar confinados a acampamentos e assentamentos, ou vivendo em favelas urbanas, onde a superlotação e o saneamento com poucos recursos aumentam o risco de exposição. O apoio

internacional é urgentemente necessário para ajudar os países anfitriões a intensificar os serviços - tanto para migrantes quanto para as comunidades locais - e incluí-los nos acordos nacionais de vigilância, prevenção e resposta. Não fazer isso colocará em risco a saúde de todos - e o risco de aumentar a hostilidade e o estigma. Também é vital que qualquer restrição dos controles nas fronteiras, restrições de viagem ou limitações à liberdade de movimento não impeça as pessoas que podem estar fugindo da guerra ou perseguição de acessar a segurança e proteção (GRANDI, 2020, p.5).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados (ACNUR, 2020, p.2-7) enumera cinco fatos que refletem a importância de lembrar os refugiados em meio à pandemia da COVID 19: existem mais de 70 milhões de pessoas que não podem voltar para o seu país de origem; cerca de mais da metade dos refugiados do mundo se encontram em países que ainda estão na fase de desenvolvimento; os locais para receber refugiados já estão lotados; os idosos comportam o grupo de risco e há refugiados idosos; o coronavírus acontece paralelamente a conflitos armados mundiais.

A Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), a Organização Internacional para Migração (OIM) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), em consonância, emitiram uma nota relatando que 75% dos refugiados estão em países em desenvolvimento que têm os seus sistemas de saúde em situações complicadas; dessa forma, eles não estão preparados para uma crise como esta, e podem precisar de um apoio financeiro extra (AGÊNCIAS..., 2020, p.2-3).

Considera-se que os migrantes e refugiados atingem uma acentuação das suas vulnerabilidades com o novo coronavírus e, no cenário em que essas pessoas são incluídas no sistema de saúde, se tem, conseqüentemente, a efetiva melhora na própria saúde pública. E ainda se acrescenta que, mesmo com as fronteiras fechadas, têm-se mecanismos de se cumprir as regulamentações internacionais no que diz respeito aos refugiados (AGÊNCIAS..., 2020, p.4).

Na concepção de Ann Burton (ACNUR, 2020, p.4-5), dentre as aprendizagens do ACNUR com outras epidemias já ocorridas no mundo (como o EBOLA), observou-se, primeiramente, que se faz

necessária uma preparação envolvendo a criação de planos do ACNUR ligados aos planos dos Estados locais, pois respostas locais são primordiais. Após, notou-se que o desenvolvimento de sistemas de laboratório e de vigilância foi fundamental. Por fim, aprendeu-se a essencialidade de monitorar a proteção aos refugiados, bem como, que as respostas interligadas dos países receptores também são de grande importância. Ann Burton (ACNUR, 2020, p.5) aduz que:

[...] as epidemias anteriores mostraram como é vital envolver os refugiados desde o primeiro dia, tanto para entender suas preocupações na resposta a surtos quanto para garantir que levemos em consideração as sensibilidades sociais e culturais. Sabemos o quanto é importante garantir a continuidade dos serviços de saúde prioritários para garantir que não haja aumento da mortalidade por outras condições [...]. (ACNUR, 2020, p.5).

No que diz respeito às ações tomadas pelo Alto Comissário Das Nações Unidas para os Refugiados frente à pandemia da COVID-19, Ann Burton, que chefia a seção de saúde pública do ACNUR, acrescenta que se tem reserva de medicamentos e equipamentos de proteção individual (EPI) para os profissionais de saúde, e que são realizados seminários on-line com o viés de tratar das condições atuais da pandemia e de fornecer informações e orientações. Além disso, também estão monitorando as restrições ao recebimento de refugiados em detrimento da pandemia da COVID-19 (ACNUR, 2020, p. 6-8). Nesse sentido, relata que, além dos desafios relacionados à compra de medicamentos e de EPI diante da situação globalizada da pandemia, ainda se tem a luta para garantir que as fronteiras dos países não estejam fechadas para os refugiados e que tenham acesso à saúde (ACNUR, 2020, p.8).

Quanto às ações do Alto comissário das Nações Unidas (ACNUR, 2020, p.3) no Brasil, especificamente no período de pandemia, destacam-se a criação de um material para que refugiados tenham acesso às informações, a distribuição de acessórios básicos de higiene e proteção, ações coordenadas com a força tarefa e a operação acolhida, e o monitoramento da fronteira brasileira e dos aeroportos.

Conforme a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 (BRASIL, 2020), que concedeu o auxílio emergencial em razão da situação econômica do país em detrimento do isolamento social decorrente da pandemia da COVID-19, os migrantes também têm direito ao auxílio emergencial do governo federal (BRASIL, 2020). Porém, por não entenderam os sistemas burocráticos ou a língua, dentre outros fatores, ele tem mais dificuldades do que os brasileiros para solicitar e receber o auxílio devido. Assim, pode-se aduzir:

Pensar políticas e intervenções de saúde global para enfrentar a pandemia de Covid-19 em contextos de extrema vulnerabilidade como o dos refugiados exige ir além de políticas públicas, intervenções e medidas de saúde pública de “tamanho único” e de cima para baixo, tão frequentes no campo da saúde global, que desconsideram as condições de vida dos indivíduos para os quais essas medidas são destinadas, e envolver esses grupos em seu desenho e implementação para garantir sua efetividade nesses contextos [...] (RODRIGUES; CAVALCANTE; FAERSTEIN, 2020, p. 9).

Dessa forma, entende-se a pandemia da COVID-19 como um elemento configurador da precariedade dos refugiados e, por isso, se tem a necessidade de assegurar instrumentos que garantam a proteção de refugiados em situações agravadoras de risco, especialmente durante a pandemia, como políticas públicas emergenciais e programadas em conjunto com o ACNUR.

### **3 A PANDEMIA E O RECENTE FLUXO DE REFUGIADOS: A REGIÃO NORDESTE DO BRASIL**

Durante os últimos meses (março, abril, maio, junho, julho de 2020) tem-se visto uma série de estudos, análises e notícias que demonstram o quanto os povos são múltiplos e interconectados através do processo da globalização, e isso acarretou impactos ao redor do mundo, como demonstrado na proliferação da COVID-19.

Com mais de 15 milhões de casos confirmados no mundo e mais de 600 mil mortes, a pandemia da COVID-19 impactou a economia, a sociedade e a política. Cerca 187 países e 200 territórios em todo o mundo já foram atingidos pelo novo coronavírus (SOUZA, 2020). No Brasil, até o presente momento (20 de julho de 2020), foram confirmados 2 milhões de casos de COVID-19; já na região nordeste do país, há aproximadamente 769 mil casos confirmados e 26 mil óbitos, conforme a tabela 1.

**Tabela 1 – Número de casos e óbitos (COVID-19), no nordeste do Brasil (27/03/2020 a 24/07/2020)**

| UF           | Número de casos (COVID-19) | Número de óbitos |
|--------------|----------------------------|------------------|
| <b>BA</b>    | 142767                     | 3096             |
| <b>CE</b>    | 158824                     | 7426             |
| <b>SE</b>    | 51132                      | 1284             |
| <b>PB</b>    | 74550                      | 1653             |
| <b>MA</b>    | 112683                     | 2871             |
| <b>PI</b>    | 44349                      | 1215             |
| <b>PE</b>    | 85042                      | 6237             |
| <b>RN</b>    | 46683                      | 1666             |
| <b>AL</b>    | 53713                      | 1471             |
| <b>TOTAL</b> | <b>769743</b>              | <b>26919</b>     |

Fonte: Elaborado pelas autoras, com base nos dados do Ministério da saúde (2020).

De acordo com a tabela 1, constata-se um grande número de casos da COVID-19 no Nordeste, sendo esses valores referentes ao período compreendido entre 27 de março e 24 de julho de 2020. Além disso, são notórios os estados que se destacam na quantidade de casos confirmados e também no número de óbitos, quais sejam: Ceará (158 mil casos e 7 mil óbitos), Bahia (142 mil casos e 3 mil óbitos), Maranhão (112 mil casos e 2 mil óbitos), Pernambuco (85 mil casos e 6 mil óbitos) e a Paraíba (74 mil casos e 1 mil óbitos).

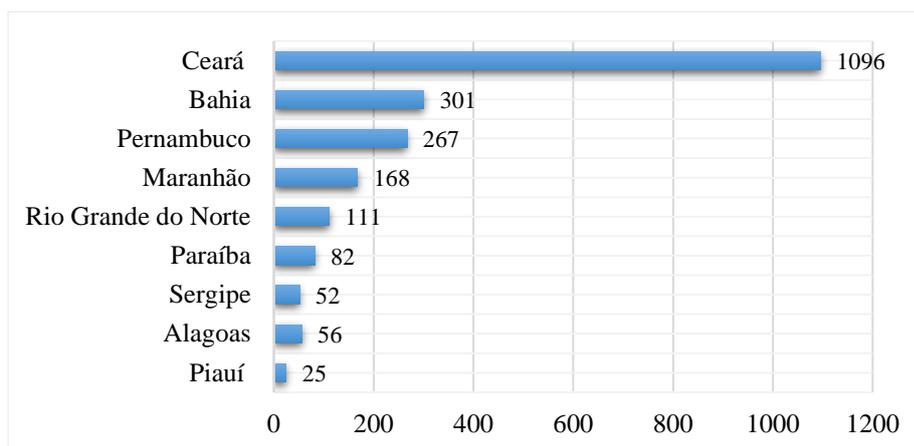
Através dos dados do Ministério da Saúde, observa-se que a crise gerada pela pandemia revela as desigualdades regionais, percebidas, sobretudo, no Nordeste, que são inerentes ao sistema

capitalista e expõem os diversos grupos sociais que estão sendo atingidos e os tornam vulneráveis aos efeitos da crise. Entre estes, estão refugiados e migrantes que encontram mais dificuldades em razão da instabilidade causada pela pandemia.

Nesse contexto, é válido salientar os dados sobre refúgio no mundo, no Brasil e Nordeste, para demonstrar a fluidez da mobilidade antes e durante a pandemia. De acordo com o relatório do ACNUR “Tendências Globais 2019”, em torno de 79,5 milhões de pessoas estavam deslocadas à força no final do ano de 2019, destas, 29,6 milhões estavam reconhecidas como refugiadas em outros países e, além disso, tem-se que 4,2 milhões esperavam serem reconhecidas formalmente como refugiadas (ACNUR, 2020).

No território brasileiro, aproximadamente 43 mil pessoas estão reconhecidas como refugiadas, de acordo com o Ministério da Justiça, por meio de dados levantados pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), e 193 mil estão solicitantes de refúgio. Ao levar em consideração a escala do país, as regiões Sudeste e Norte são as que mais recebem e acolhem os refugiados; no entanto, a região Nordeste apresenta fluxos recentes de refugiados que merecem ser analisados, até para que seja possível identificar a realidade dessa população no contexto da pandemia. Nesse sentido, evidencia-se a quantidade de solicitações de refúgio, no Nordeste (por unidade federativa), no período de 2015-2019 (gráfico 1).

### **Gráfico 1 – Estados do Nordeste com solicitação de refúgio (2015-2019)**



Fonte: Elaborado pelas autoras, com base nos dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE).

De acordo com os dados do gráfico 1, verifica-se que foram registradas 2158 solicitações de refúgio no Nordeste do Brasil, estando a maioria delas concentradas no Ceará (1096 pedidos de refúgio), Bahia (301 pedidos de refúgio), Pernambuco (267 pedidos de refúgio), Maranhão (168 pedidos de refúgio) e Rio Grande Norte (111 pedidos de refúgio). Em menor número, há os estados de Paraíba (82 pedidos de refúgio), Sergipe (52 pedidos de refúgio), Alagoas (56 pedidos de refúgio) e, por último, o Piauí (25 pedidos de refúgio).

Além disso, a partir desses dados, é importante evidenciar a origem da população que solicitou refúgio na região Nordeste (no mesmo período temporal de 2015-2019), a saber: Cuba (730 pedidos de refúgio), Venezuela (661 pedidos de refúgio), Guiné-Bissau (343 pedidos de refúgio), Senegal (72 pedidos de refúgio), Haiti (32 pedidos de refúgio), China (30 pedidos de refúgio) Filipinas (30 pedidos de refúgio), Bangladesh (26 pedidos de refúgio), Angola (24 pedidos de refúgio), dentre outros países, conforme a tabela seguinte (Tabela 2).

**Tabela 2 – Os principais países que solicitaram refúgio no Nordeste (2015-2019)**

| País de origem                   | Número de solicitações |
|----------------------------------|------------------------|
| Cuba                             | 730                    |
| Venezuela                        | 661                    |
| Guiné-Bissau                     | 343                    |
| Senegal                          | 72                     |
| Haiti                            | 32                     |
| China                            | 30                     |
| Filipinas                        | 30                     |
| Bangladesh                       | 26                     |
| Angola                           | 24                     |
| Iraque                           | 23                     |
| Cabo Verde                       | 14                     |
| Nigéria                          | 13                     |
| Síria                            | 12                     |
| Colômbia                         | 10                     |
| Paquistão                        | 10                     |
| Gana                             | 9                      |
| El Salvador                      | 7                      |
| Moçambique                       | 7                      |
| Tunísia                          | 6                      |
| Argentina                        | 5                      |
| Congo                            | 5                      |
| Egito                            | 5                      |
| Afganistão                       | 4                      |
| Benin                            | 4                      |
| <b>Outros países<sup>4</sup></b> | <b>76</b>              |

Fonte: Elaborado pelas autoras, com base nos dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE).

Ainda conforme a tabela 2, pode-se inferir que os principais fluxos de refugiados no Nordeste do Brasil são, sobretudo, da América Latina, África e Ásia, que são áreas geográficas do globo que tradicionalmente costumam realizar mobilidade internacional para distintos países e territórios. Para tanto, no recorte temporal mais recente (2020)<sup>5</sup>, de acordo com os dados do CONARE, identifica-se uma diminuição na quantidade de solicitações de refúgio em todo

<sup>4</sup> Ressalte-se que existe também a solicitação de refúgio de outros países, porém em menor quantidade, e por isso estes foram agrupados. São eles: Itália, Líbano, Peru, República democrática do Congo, Espanha, Estados Unidos, Gâmbia, Guiné, Marrocos, Portugal, Rússia, Serra Leoa, Turquia, França, Índia, Palestina, Togo, Uruguai, Alemanha, Arábia Saudita, Argélia, Bélgica, Camarões, Chile, Costa do Marfim, Equador, Guatemala, Israel, Mali, Maurício, Maurítânia, México, Polônia, Reino Unido, República Dominicana, República Tcheca, Suécia Suíça, e Tanzânia.

<sup>5</sup> Os dados disponíveis sobre refúgio no ano 2020 são referentes aos meses de janeiro até maio.

território brasileiro, tendo sido a queda ainda maior nos últimos três meses (março, abril e maio). No Nordeste, no período de janeiro a maio de 2020, houve apenas 89 solicitações de refúgio, dos seguintes países: Cuba (47 pedidos de refúgio), Venezuela (30 pedidos de refúgio), Guiné-Bissau (6 pedidos de refúgio), Senegal (1 pedidos de refúgio), Angola (1 pedido de refúgio), entre outros países.

A diminuição do fluxo de refugiados acontece desde 26 de março de 2020 (SOUSA, 2020), quando o governo brasileiro adotou a Portaria N<sup>o</sup> 47, que proibia a entrada de migrantes no país pelo período 30 dias em razão do início da pandemia (BRASIL, 2020). Este decreto foi renovado em abril, no qual essa proibição se estendeu até 22 de maio de 2020, nessa oportunidade o governo publicou outra Portaria, de n<sup>o</sup> 255, com o intuito de manter a proibição de entrada de migrantes no território brasileiro (BRASIL, 2020). O documento proíbe a entrada de qualquer migrante no país, seja por terra, ar ou água. Assim, muitos refugiados ficaram impossibilitados de entrar pela fronteira brasileira; no entanto, a mobilidade da população dentro da escala do país permaneceu.

Segundo as informações do documento “Preparação, prevenção e controle da doença do coronavírus (COVID-19) para refugiados e migrantes em ambientes fora dos campos de refugiados”, os refugiados vivenciam as seguintes situações:

A maioria dos refugiados e migrantes vivem em acomodações individuais e comunitárias em cidades, áreas urbanas e industriais. Eles enfrentam ameaças à saúde pela COVID-19 semelhantes às enfrentadas pelas populações locais. No entanto, devido às condições de suas jornadas migratórias, oportunidades de emprego limitadas, precárias condições de moradia e trabalho, superlotação e acesso inadequado à alimentação, água, saneamento e outros serviços básicos, pessoas refugiadas e migrantes podem ter vulnerabilidades específicas [...] (OPAS, 2020, p.1).

A partir do exposto, corrobora-se com a discussão levantada no texto de que a pandemia acentua as desigualdades e a condição precária dos refugiados no território brasileiro. Ademais, é válido destacar que várias organizações internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, a Organização

Internacional para As migrações (OIM) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) chamaram atenção e tomaram providências no sentido de proteger os migrantes e refugiados da contaminação do coronavírus (COVID-19); no entanto, também é dever do Estado apresentar políticas efetivas em escalas nacional, regional e local, para proteger os sujeitos sociais que precisam de amparo legal.

Embora essa pandemia esteja em andamento, já existem alguns estudos e informações jornalísticas sobre como refugiados e imigrantes são afetados pela pandemia. Conforme informações coletadas no dia 21/04/2020 na Rádio jornal de Recife (PE), “Venezuelanos refugiados no Recife relatam falta de doações na pandemia”. Carvalho (2020) ressalta que:

[...] Sem a entrega de cestas básicas, os venezuelanos afirmam que já encontram dificuldade para conseguir fazer as refeições. Só no Bairro da Boa Vista, no Centro, existem pelo menos dois imóveis que servem de abrigo para os refugiados. Em um deles moram 28 pessoas, incluindo adultos e crianças. Se já não bastasse a fome, as famílias que vieram da Venezuela de ônibus ainda temem a contaminação. [...] Elas vivem aglomeradas em cômodos pequenos e sem condições adequadas de higiene. Uma água escura é a única que os refugiados contam para conseguir lavar as mãos. “Somos cinco famílias. O coronavírus que anda por aí pode pegar em uma criança e pode também pegar em todos aqui”, afirmou o autônomo Antônio Guanda (CARVALHO, 2020).

Ademais, há também outras informações sobre a situação dos refugiados que moram na Paraíba. Desde o início deste ano, pelo menos 40 indígenas venezuelanos da etnia *warao* foram diagnosticados com COVID-19. Através das informações e de dados encontrados, foi possível visualizar o quanto crise da pandemia afeta os refugiados, tanto do ponto de vista econômico e social, quando na esfera da vida, para a própria sobrevivência.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve por objetivo fazer a leitura e análise da mobilidade e da pandemia, com ênfase na vulnerabilidade dos refugiados situados no Nordeste do Brasil. Para isso, debruçou-se em entender o novo fenômeno da pandemia, que ainda está em curso e na quantidade de solicitações de refúgio para a região Nordeste.

Assim, para abordar o recorte do curso da pandemia no nordeste brasileiro, primeiramente, foi exposto todo o reduto legislativo referente ao Direito dos Refugiados no âmbito nacional e internacional. Depois, notou-se que a condição de vulnerabilidade dos refugiados foi acentuada em detrimento da pandemia da COVID-19. E, por fim, por meio de uma análise dos dados de pedidos de solicitação de refúgio (de 2015 a 2020) e dos referentes à pandemia, ambos no Nordeste, comprovam-se os pressupostos.

No que se refere aos dados apresentados durante o texto, analisou-se que a pandemia carrega múltiplas marcas da desigualdade social e que, sobretudo, amplia a vulnerabilidades dos diversos grupos sociais, com ênfase para a população que realiza mobilidade internacional, como é caso dos migrantes e refugiados. Ademais, percebe-se um aumento do número de solicitações de refúgio no Nordeste nos últimos anos; todavia, com a pandemia e fechamento das fronteiras do país, houve um decréscimo no número de pedidos de refúgio, na escala do território nação.

De acordo com a tabela 1, em um primeiro momento, identificaram-se, no período de março a julho de 2020, os impactos da pandemia da COVID-19 latentes no Nordeste do Brasil, com o equivalente a 769 mil casos confirmados e 26 mil óbitos. Após, foi observado que os estados da região nordeste que tiveram uma quantidade de casos e óbitos mais elevadas foram, na seguinte ordem, Ceará (158 mil casos e 7 mil óbitos), Bahia (142 mil casos e 3 mil óbitos), Maranhão (112 mil casos e 2 mil óbitos), Pernambuco (85 mil casos e 6 mil óbitos) e a Paraíba (74 mil casos e 1 óbitos).

Com relação à quantidade de solicitações de refúgio, constatou-se que foram registradas no Nordeste, entre os anos de 2015

e 2020, 2.158 solicitações. Dentre essas, os estados que comportam mais solicitações da região são Ceará, Bahia, Pernambuco, Maranhão e Rio Grande Norte. Em proporções menores, se tem também a presença das solicitações nos seguintes estados: Paraíba, Sergipe, Alagoas e Piauí, conforme os dados do gráfico 1.

Ademais, observou-se também a origem das pessoas que solicitam refúgio no Brasil, considerando o mesmo recorte temporal (de 2015 a 2020) e verificou-se que estas são oriundas dos seguintes países: Cuba, Venezuela, Guiné-Bissau, Senegal, Haiti, China, Filipinas, Bangladesh, Angola.

Ao correlacionar o período da pandemia com as solicitações de refúgio, percebe-se que, de acordo com os dados do Comitê para Refugiados (CONARE), houve uma redução significativa em todo o Brasil. Nesse cenário, a região Nordeste recebeu tão somente 89 solicitações de refúgio no período de janeiro a maio de 2020, em sua grande maioria, os solicitantes são vindos de Cuba, Venezuela e Guiné-Bissau.

Essa diminuição é incumbida ao fato de que, com o surgimento da pandemia, a mobilidade humana por meio do refúgio ganhou um novo obstáculo, afinal os países estão com suas fronteiras fechadas por questões de saúde e sanitárias e, apesar disso não impedir legislativamente que existam as solicitações de refúgio, tal fator dificulta de forma considerável a realização destas. No caso do Brasil, desde março de 2020, o governo brasileiro, por meio das Portarias nº 47 e nº 255, tomou decisões no sentido de proibir a entrega de imigrantes em detrimento do avanço da pandemia no Brasil. Inclusive, a Portaria nº255 proíbe expressamente a entrada de qualquer estrangeiro no país. Com isso, tem-se dificultado o acolhimento aos refugiados.

Compreende-se, então, a necessidade do papel do Estado na efetivação de políticas públicas para garantir os Direitos dos refugiados, pois, apesar da garantia legal, eles ainda enfrentam dificuldades no Brasil, principalmente, diante de situações como a da pandemia ocasionada

pela COVID-19, que se configura como uma condição agravadora da vulnerabilidade dos refugiados.

Data de Submissão: 30/07/2020

Data de Aprovação: 19/03/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Jaqueline Rosário Santana

## REFERÊNCIAS

ACESSO aos serviços de saúde é essencial para conter a COVID-19 e salvar vidas de refugiados. **Portal ACNUR Brasil**, 31 mar. 2020.

Disponível em:

<https://www.acnur.org/portugues/2020/03/31/aceso-aos-servicos-de-saude-e-essencial-para-conter-a-covid-19-e-salvar-vidas-de-refugiados/>. Acesso em: 11 maio 2020.

AGÊNCIAS da ONU pedem proteção de refugiados e deslocados contra covid-19. **ONU NEWS**, Migrantes e refugiados. 1 abr. 2020.

Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1709072>.

Acesso em: 11 maio 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). Cinco (5) motivos para não esquecer os refugiados na luta contra a COVID-19. 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/03/26/5-motivos-para-nao-esquecer-os-refugiados-na-luta-contra-a-covid-19/>. Acesso em: 10 maio 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). **Convenção Relativa ao Estatuto dos**

**Refugiados.** Disponível em:

[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso: 10 maio 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). **Histórico.** 2020. Disponível em:

<https://www.acnur.org/portugues/historico/#:~:text=O%20escrit%C3%B3rio%20do%20Alto%20Comissariado,fugiram%20ou%20operderam%20suas%20casas.&text=Em%201995%2C%20a%20Assembleia%20Geral,ap%C3%A1tridas%20em%20todo%20o%20mundo>. Acesso em: 10 maio 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). Relatório global do ACNUR revela deslocamento forçado de 1% da humanidade. **Portal ACNUR**

**Brasil**, Genebra, 18 jun. 2020. Disponível em:

<https://www.acnur.org/portugues/2020/06/18/relatorio-global-do-acnur-revela-deslocamento-forcado-de-1-da-humanidade/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República**

**Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm). Acesso: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 mai. 2017.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso: 11 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 abr. 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: 11 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República/Casa Civil. Portaria nº 47, de 26 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-47-de-26-de-marco-de-2020-249861855> Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República/Casa Civil. Portaria nº 255, de 22 de maio de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 mai.

2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-255-de-22-de-maio-de-2020-258114133> Acesso em: 25 jun. 2020

CARVALHO, Michael. Venezuelanos refugiados no Recife relatam falta de doações na pandemia. **Rádio jornal Recife**. 2020.

Disponível em:

<https://radiojornal.ne10.uol.com.br/noticia/2020/04/21/venezuela-nos-refugiados-no-recife-relatam-falta-de-doacoes-na-pandemia-187414>. Acesso em: 10 maio 2020.

CECATO, M. ÁUREA B.; OLIVEIRA, A. A. DE. Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. **Prim@ Facie**, v. 15, n. 29, p. 01-25, 8 mar. 2017. Disponível em:

<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/33120>. Acesso em 23 nov. 2020.

CORONAVÍRUS e refugiados: o que o ACNUR está fazendo no Brasil e no mundo. **Portal ACNUR Brasil**, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/03/27/coronavirus-e-refugiados-o-que-o-acnur-esta-fazendo-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 10 maio 2020.

COSTA, Érica Nadir M. de Vasconcelos; PEIXOTO, Arnelle Rolim. O processo de integração dos refugiados através da educação: um estudo de caso na cidade de Fortaleza. In: ANNONI, Danielle (coord.). **Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018, p. 517 - 535.

DUMONT, Gérard-François. Covid-19: fim da geografia da hipermobilidade? **Espaço e Economia** [Online], 18, 2020, posto online no dia 20 abril 2020. Disponível em: <http://journals.openedition.org/espacoeconomia/12926>. Acesso em: 30 maio 2020.

[GRANDI](#), Filippo. The coronavirus outbreak is a test of our systems, values and humanity. **The Telegraph**, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/global-health/science-and-disease/coronavirus-outbreak-test-systems-values-humanity/>. Acesso em: 11 maio 2020.

KURZ, Robert. Não há Leviatã que vos salve: Teses para uma teoria crítica do Estado. EXIT!  
**Crise e Crítica da Sociedade da Mercadoria**, n. 7, dezembro de 2010 (tradução de Boaventura Antunes e Lumir Nahodil). Disponível em: <http://www.obeco-online.org/rkurz390.htm> Acesso em: 25 nov. 2020.

MACENA DIAS DE OLIVEIRA, M. DAS G.; CARMO, V. M. DO; BASTOS DE OLIVEIRA, B. Sistema Interamericano De Proteção Dos Diretos Humanos: Análise Da Efetividade No Brasil. **Prim@ Facie**,

v. 18, n. 39, p. 01-33, 31 dez. 2019. Disponível em:  
<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2436>.  
Acesso em 23 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Folha informativa** – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). 2020. Disponível em:  
[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 11 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE (OPAS). **Preparação, prevenção e controle da doença do coronavírus (COVID-19) para refugiados e migrantes em ambientes fora dos campos de refugiados**. Orientação provisória. 2020. Disponível em:  
<https://iris.paho.org/handle/10665.2/52456>. Acesso em: 18 jun. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In*: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (orgs). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CLA Cultura, 2011, p. 15-44

RIBEIRO, Jullyane Carvalho. Construindo refugiados: reflexões sobre gênero e outras categorias de diferenciação na elegibilidade e na administração do refúgio no Brasil. *In*: LUSSI, Carmem (org.). **Migrações Internacionais**. Abordagens de Direitos Humanos. Brasília: Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2017, p. 235-250.

RODRIGUES, Igor de Assis; CAVALCANTE João Roberto; FAERSTEIN, Eduardo. Pandemia de Covid-19 e a saúde dos refugiados no Brasil. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 30(3), e.300306, 2020. Disponível em:  
<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/997>  
Acesso em: 23 nov. 2020.

SOUSA, Viviane. Com pandemia de Covid-1, solicitações de refúgio despencam no Brasil em 2020. **Portal G1**, 20 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/20/com-pandemia-de-covid-19-solicitacoes-de-refugio-despencam-no-brasil-em-2020.ghtml>. Acesso em: 25 jun. 2020.

SOUZA, Paulo Nonato de. Quer saber onde a Pandemia do coronavírus não chegou? **Campo Grande News**, Lugares por Onde Ando, 27 jun. 2020. Disponível em:  
<https://www.campograndenews.com.br/turismo/quer-saber-onde-a-pandemia-do-coronavirus-nao-chegou>. Acesso em: 24 jul. 2020.

## **Mobility And Pandemia: Analysis Of Refugee Vulnerability In Front Of Covid-19 In Northeast Brazil**

Arnelle Rolim Peixoto

Kananda Beatriz Pinto de Sena

Camilla Martins Cavalcanti

**Abstract:** In the COVID-19 pandemic, there are many challenges regarding human mobility flows. In this sense, the objective is to analyze international mobility of refugees in northeastern Brazil in the face of the pandemic and the possible increase in the vulnerability of migrant subjects in the face of this situation. The article is structured in three stages. Initially, the protective apparatus (national and international) concerning refugees was shown. Then, the challenge of welcoming refugees and the possibility of accentuated characterization of their vulnerability due to the COVID-19 pandemic were analyzed, and for that purpose, data from the Ministry of Justice, in particular from the National Committee for Refugees (CONARE), the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), and also the Ministry of Health. Finally, the need for instruments / means to guarantee the protection of refugees in situations of aggravating risk is explained, especially, in the face of the facts and consequences of the COVID-19 pandemic. The research used a bibliographic methodology, of a qualitative nature, with descriptive and exploratory purposes. It was concluded that the COVID-19 pandemic is a configurator of the double vulnerability of the population in a situation of refuge, and, thus, there is the emergence of new regulatory frameworks and instruments that enable the protection of refugees.

**Keywords:** Refuge. Coronavirus. Northeast Brazil.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54239>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



# Manifestações Públicas Em Tempos Pandêmicos: Efeitos Da Covid-19 Na Positivação Infraconstitucional Do Direito De Reunião

**Tiago Cisneiros Barbosa de Araújo \***

Universidade Católica de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife-PB, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7254-7342>

**Bruno Galindo \*\***

Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife-PB, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-8787-4119>

**Resumo:** O artigo aborda as tentativas de regulamentação infraconstitucional do direito de reunião no Brasil, em meio à pandemia de covid-19. Empreende-se a análise da situação, a partir da crise sanitária e das disputas político-ideológicas, com foco na atuação do Legislativo Federal. O objetivo é verificar se os riscos do coronavírus motivaram a apresentação de propostas que estabelecessem mais regras ou limites ao exercício daquela liberdade fundamental. O artigo funda-se em pesquisa qualitativa, utilizando dados públicos, e está dividido em quatro partes. Na primeira, discutem-se conceito, disposições normativas e alcance do direito de reunião. A segunda seção contempla respostas do Executivo e do Judiciário acerca de manifestações no segundo trimestre de 2020, ante a pandemia e o caráter antidemocrático de alguns atos. Na terceira parte, realizam-se levantamento e análise de projetos sobre direito de reunião e suas justificativas, de modo a responder ao problema acerca da influência da covid-19. Por fim, abordam-se as soluções estatais à luz da eficácia e do conteúdo daquele direito, assim como das limitações a sua restrição. Como resultado, refuta-se a hipótese de pesquisa de que a pandemia estimularia tentativas de regulamentação da liberdade de reunião. Em regra, as propostas legislativas têm, como motivação, questões político-ideológicas.

**Palavras-chave:** Liberdade de reunião. Direitos fundamentais. Manifestações. Covid-19. Política. Antifa.

\* Mestre em Processo na Universidade Católica de Pernambuco. E-mail: [tiagocisneiros@gmail.com](mailto:tiagocisneiros@gmail.com)

\*\* Professor Associado da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Doutor em Direito pela UFPE/Universidade de Coimbra-Portugal (PDEE). E-mail: [brunogalindoufpe@gmail.com](mailto:brunogalindoufpe@gmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54255>

# **Manifestações Públicas Em Tempos Pandêmicos: Efeitos Da Covid-19 Na Positivção Infraconstitucional Do Direito De Reunião**

Tiago Cisneiros Barbosa de Araújo

Bruno Galindo

## **1 INTRODUÇÃO**

A pandemia de covid-19 fomentou tentativas de regulamentação infraconstitucional do direito de reunião no Brasil?

A pergunta que serve como ponto de partida deste artigo pode parecer descabida a um primeiro olhar. Mas não é. Tanto que se adota uma resposta provisória afirmativa, isto é, de que a pandemia motivou a apresentação de proposições legislativas visando a regulamentar o direito fundamental previsto no art. 5º, XVI, da Constituição da República de 1988. As justificativas, tanto para o problema de pesquisa, quanto para a hipótese, residem na experiência peculiar vivenciada no Brasil, a partir de março de 2020.

Concomitantemente à chegada e à disseminação da covid-19, o país mergulhou em intensas disputas sociais e políticas, atreladas a diversos fatores, como conflitos entre membros dos três poderes; divergências e desinformações relacionadas à enfermidade e a possíveis tratamentos; e episódios nacionais e estrangeiros relacionados à violência policial e ao racismo.

Essas disputas transpuseram os limites das redes sociais e alcançaram as ruas. Em um primeiro momento, sobretudo em Brasília e São Paulo, espaços públicos foram ocupados exclusivamente por grupos ligados ao presidente da República Jair Bolsonaro, em apoio as suas ideias e discursos, de viés negacionista em relação à ciência e à

covid-19. Na pauta, pedidos de intervenção militar, fechamento de Congresso e Supremo Tribunal Federal, insurgência contra a imprensa e ex-aliados considerados traidores (como o ex-juiz e ex-ministro Sérgio Moro) e a defesa de remédios sem eficácia comprovada contra a doença, como é o caso da cloroquina (FERNANDES; PUPO, 2020; G1, 2020a; AMORIM; BORGES, 2020).

O monopólio das ruas somente foi rompido em 31 de maio de 2020, quando eclodiram as notícias das primeiras manifestações relevantes de grupos de oposição (VEJA, 2020), até então, ironicamente, dedicados a painelaços e protestos em redes sociais, estas últimas uma espécie de habitat dos apoiadores da atual gestão federal. O início desses protestos, contudo, não coincide com uma melhora na situação sanitária do país. Pelo contrário: nove dias antes dos atos, o Brasil assumira a segunda posição global no número de casos e, um dia antes, a quarta colocação no total de mortes (G1, 2020b).

As bandeiras das manifestações e os motivos pelos quais os grupos contrários ao presidente decidiram passar a dividir (ou disputar) as ruas com seus adversários políticos ilustram o cenário de fundo deste artigo, mas não são o seu objeto.

O cerne da abordagem é outro: a regulamentação infraconstitucional do direito de reunião, pretensamente exercido por ambos os lados nesses episódios. Afinal, tem-se a multiplicação de protestos presenciais em um quadro pandêmico, com uma doença transmitida pelo ar, sobretudo em aglomerações. A realização dessas manifestações, em contrariedade às orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da maioria das autoridades sanitárias, motivou proposições voltadas a restringir ou regulamentar essa liberdade?

A discussão ora proposta é desenvolvida ao longo de quatro seções, em uma abordagem que mescla a revisão de literatura, legislação e jurisprudência com um levantamento nos sítios oficiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Na primeira seção, discutiremos o conceito e as previsões normativas do direito de reunião no Brasil, útil como apresentação do estado da arte atual, isto é, como ponto de partida para o aprofundamento do debate e o diálogo com as proposições de alteração legal. Na segunda parte, serão descritas e analisadas medidas e respostas fornecidas pelos Executivos estadual e municipal, bem como pelo Judiciário, em relação ao exercício daquela liberdade, durante os primeiros meses da pandemia no país. Estabelece-se, ainda, um paralelo com as decisões do Tribunal Constitucional alemão, também provocado a responder sobre a possibilidade ou não de restringir aquele direito em meio à crise sanitária.

Na terceira seção, será realizado um levantamento de projetos em tramitação no Congresso Nacional propostos até junho de 2020, com vistas a regulamentar ou limitar o direito de reunião. A análise das propostas considerará também a pertinência com o momento político atual e com a pandemia de covid-19, a fim de responder à indagação central da pesquisa.

Na quarta e última parte, recorrem-se a bases e conceitos teórico-doutrinários, como a classificação dos direitos fundamentais de José Afonso da Silva (1993), o exame sistemático proposto por Leonardo Martins (2017), a teoria dos limites dos limites e a ideia de núcleo essencial. A partir deles, bem como da análise jurisprudencial do STF, propomos uma discussão com aspirações prospectivas, identificando as possíveis respostas judiciais, em sede de controle de constitucionalidade, na hipótese de aprovação e sanção das propostas legislativas de regulamentação da liberdade de reunião.

## **2 DIREITO DE REUNIÃO: CONCEITO E PREVISÕES NORMATIVAS NO BRASIL**

A natureza do direito de reunião importa uma proximidade inevitável com a liberdade de expressão suscitando, por vezes, uma

indevida confusão entre eles. Algumas notas distintivas, porém, permitem a compreensão adequada de seus conteúdos.

Para Sarlet e Neto (2017, p. 640-642), a liberdade de expressão constitui espécie de “direito mãe”, que engloba a livre manifestação do pensamento prevista no art. 5º, IV, da Constituição da República (o qual reputam uma cláusula geral), mas também outras dimensões, como as liberdades de consciência e crença, de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. De forma mais precisa, os autores consideram que a liberdade de opinião – de exprimir juízos de valor e manifestações sobre fatos – está na base de todas as modalidades do direito.

Também nesse sentido, Simão e Rodvalho (2017, p. 209) conceituam a liberdade de expressão como “o poder conferido aos cidadãos para externar opiniões, ideias, convicções, juízos de valor, bem como sensações e sentimentos, garantindo-se, também, os suportes por meios dos quais a expressão é manifestada”.

É aqui que entra o direito de reunião: como meio de manifestação da expressão. Pode-se compreendê-lo, especificamente, como forma de “manifestação coletiva da liberdade de expressão, exercitada por meio de uma associação transitória de pessoas e tendo por finalidade o intercâmbio de ideias, a defesa de interesses, a publicidade de problemas e de determinadas reivindicações” (MORAES, 2019, p. 36).

Essa manifestação, pontuam Dias e De Laurentiis (2015, p. 650), revela-se essencial, junto à liberdade de expressão, em uma democracia, na medida em que evita a visão absoluta da maioria como única definidora dos rumos da sociedade. O direito de reunião confere às minorias a possibilidade de “se fazer ouvir com mais intensidade e, quem sabe, alcançar uma vitória democrática ou, até mesmo, se tornar maioria, sem que seja necessário derramamento de sangue”.

A modalidade tradicional desse direito é a passeata ou o protesto a pé, ainda que com os participantes reunidos em um só local, sem movimentação. Não há óbice, contudo, a seu exercício em outros

formatos, como a realização de carreatas, o que, aliás, foi expressamente reconhecido, pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, já no cenário objeto deste artigo, qual seja, de manifestações políticas ocorridas no período da pandemia de covid-19. Na decisão monocrática que negou conhecimento ao pedido de medida cautelar 8830/DF, ajuizado com o intuito de impedir um protesto com possíveis 300 caminhões em Brasília, o decano da Corte salientou:

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão, carreata, a marcha e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais, que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder (BRASIL, 2020a, p. 7)

A decisão transcreve, também, o art. 5º, XVI, da Constituição, que estabelece o status de direito fundamental à liberdade de reunião, nos seguintes termos:

Art. 5º. [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; [...] (BRASIL, 1988)

O texto normativo, que guarda fortes semelhanças com as previsões das Constituições anteriores<sup>1</sup>, mas, também, com a atual Carta Maior portuguesa<sup>2</sup>, apresenta cinco requisitos para o exercício

---

<sup>1</sup> A primeira Constituição do país, de 1824, não faz menção à liberdade de reunião. Desde 1891, contudo, todas as Cartas aludem a tal direito, tendo em comum os requisitos do caráter pacífico e da ausência de armas. Há, contudo, variação em relação ao alcance da intervenção estatal. O texto do Estado Novo, em 1937, permitia a proibição das reuniões “em caso de perigo imediato para a segurança pública”, e a Constituição outorgada pelo regime militar, em 1967, previa que a lei poderia “determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião” (BRASIL, 1824; BRASIL, 1891; BRASIL, 1934; BRASIL, 1937; BRASIL, 1946; BRASIL, 1967). Para análise mais detalhada das previsões normativas em cada período: ARAÚJO, 2017, p. 40-44.

<sup>2</sup> “Art. 45. 1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.” (PORTUGAL, 1976).

do direito de reunião. Seriam eles: o caráter pacífico, a ausência de armas, o uso de local aberto ao público, a inexistência de reunião anteriormente convocada para o mesmo lugar e o aviso prévio à autoridade competente. Este último não se confunde com pedido de autorização, “o que implicaria na submissão desse direito a vontade do Poder Público o que é vedado pela Constituição” (NOVELLINO, 2017, p. 29).

Os três primeiros desses pressupostos também são identificados por Sousa (2012, p. 30-34) em relação ao art. 45, 1º, da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual “[o]s cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização” (PORTUGAL, 1976). Naquele país, a necessidade de aviso prévio às autoridades está prevista no Decreto-Lei nº 406/74, ou Lei das Reuniões. Porém, a sua inobservância, para o autor, não deve ser causa suficiente para a dissolução da reunião, inclusive por aquela exigência não fazer sentido na reunião espontânea (concentração espontânea, que evolui para manifestação), nem tem lugar na hipótese de reunião urgente, incompatível com o tempo regular do aviso prévio, de dois dias úteis (SOUSA, 2012, p. 37).

No Brasil, não existe diploma federal que regulamente o art. 5º, XVI, da Constituição. A Lei nº 1.207/1950, promulgada quase quatro décadas antes, “dispõe sobre o direito de reunião”, contudo, de forma bastante restrita. Seu artigo 1º trata de reunião “convocada para casa particular ou recinto fechado de associação”. Já o artigo 3º prevê que a autoridade policial local de maior categoria, “ao começo de cada ano, fixará as praças destinadas a comício e dará publicidade a êsse ato” e o seu § 2º exige aviso prévio com antecedência de, pelo menos, 24 horas, para evitar que se realize “outro comício” no mesmo local (BRASIL, 1950).

Única a versar sobre o direito de reunião no âmbito federal, a Lei nº 1.207/1950 não foi expressamente revogada. Todavia, há razoável consenso doutrinário de que a maior parte do seu conteúdo

não foi recepcionado pela Constituição de 1988 (FIALHO; RIBEIRO, 2017, p. 78-79), embora, eventualmente, seja aplicada. Nesse sentido:

Lembre-se que, quanto ao aspecto espacial do exercício da liberdade de reunião, a Lei nº 1.207/1950, aprovada em pleno regime getulista, afirmava em seu artigo 3º caber à autoridade policial de maior categoria (sic) da localidade, ao começo de cada ano, fixar as praças destinadas a comício. Tal limitação, de duvidosa constitucionalidade, tem sido aplicada em períodos eleitorais com base na remissão do artigo 254, §1º, do Código Eleitoral brasileiro, mas também em períodos não eleitorais, em razão de portarias de delegacias de políticas regionais. No Estado de São Paulo, há inúmeros exemplos dessa natureza. O diário oficial de 14 de março de 2014 apresenta diversos casos: nele, são encontradas portarias de Delegacias delimitando os locais em que a manifestação pública está autorizada nos Municípios de Presidente Prudente, Caraguatatuba, Ilha Bela, Ubatuba, entre outros. Isso mostra o descompasso entre a teoria, que em geral reconhece que tal possibilidade de limitação do exercício do direito de reunião não foi recepcionada pela ordem constitucional instituída em 1988, e a prática institucional, que, sem maior reflexão e controle, aplica conceitos e instrumentos de alta carga autoritária. (DIAS; DE LAURENTIIS, 2014, p. 651-652)

Pode-se alegar que alguns dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) impõem limites ao direito de reunião, como parece entender Gonçalves (2015), em trabalho sobre a relação e os conflitos entre aquela liberdade e a de circulação (ir e vir). Essa, porém, é uma interpretação duvidosa e de aplicação não sedimentada, apesar de usos eventuais pelo Judiciário<sup>3</sup> e de invocações por parte de opositores aos movimentos.

De forma clara e específica, porém, como dito, não há diploma federal que regulamente o direito constitucional de reunião. Nas esferas locais, a situação é diferente, tendo algumas leis ou atos normativos sofrido questionamentos acerca de sua

---

<sup>3</sup> Em 2016, por exemplo, a União obteve liminar, confirmada em sentença em 2017, na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, para impedir que movimento de trabalhadores rurais realizasse protesto e ocupação na rodovia BR-101. A juíza Wanessa Figueiredo Lima aplicou o art. 5º, XV, da Constituição, atinente à liberdade de ir e vir, mas também o art. 254, do CTB, destacando não haver incompatibilidade entre este e o direito de reunião. Consignou que “as rodovias não podem ser compreendidas no conceito de ‘local aberto ao público’”, âmbito de alcance do art. 5º, XVI, de modo que sua utilização para as manifestações dependeria de licença das autoridades (BRASIL, 2016).

constitucionalidade. O próprio STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1969/DF, em agosto de 2007, considerou inconstitucional decreto do Distrito Federal que proibira “a realização de manifestação pública, com uso de carros aparelhados e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e Vias Adjacentes”. O voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, foi acompanhado por unanimidade (BRASIL, 2007).

Atualmente, pende de análise pela corte o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 905.149/RJ (Tema 912), que teve sua repercussão geral reconhecida há quatro anos (BRASIL, 2016). O caso versa sobre a Lei Estadual nº 6.583/2013, do Rio de Janeiro, que proibiu o uso de máscaras e qualquer outra forma de ocultação do rosto em manifestações públicas. Depois de o diploma ser considerado constitucional pelo tribunal estadual, o diretório regional do Partido da República (PR) interpôs o apelo ao STF. Em março de 2020, o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, opinou pelo provimento do recurso, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da lei.

Chama a atenção, no aludido parecer, a menção à atual situação de pandemia, na qual “a proteção do direito à saúde, albergado no art. 6º da Carta da República, justifica a utilização do equipamento de proteção [máscara] e sua proibição pode significar vedação indireta do direito de reunião”. Ao final, propõe a fixação das seguintes teses:

- I – É inconstitucional a promoção de restrições genéricas ao direito fundamental de reunião.
- II – É compatível com o núcleo essencial do direito de reunião a proibição de máscaras e peças que cubram o rosto durante atos de protesto no contexto manifesto da prática de atos de violência e condutas ilícitas, excetuando-se da vedação máscaras de proteção contra doenças infectocontagiosas. (BRASIL, 2020b, p. 11)

A ausência de lei federal sobre o assunto, no entanto, não significa que inexistam iniciativas legislativas. Pelo contrário. De 2010 a 2015, época de frequentes manifestações no país, que tiveram seu auge nas Jornadas de Junho de 2013, ao menos, 18 projetos foram

apresentados na Câmara e no Senado, com o intuito de regulamentar o direito de reunião. A maioria visava à proibição de máscaras e outras formas de ocultação do rosto de manifestantes. Outras estabeleciam multas de trânsito ampliadas para organizadores de atos que interrompessem ou bloqueassem o trânsito, vedavam o transporte, porte ou uso de fogos de artifício e especificavam tempo e modo do aviso prévio mencionado pelo art. 5º, XVI, da Constituição (ARAÚJO, 2017, p. 46-49).

Em 2020, novamente, há um momento de acirramento da disputa político-ideológica, desta vez, particularizada pela coexistência com uma pandemia que se dissemina de forma exponencial no país, o que reflete nas medidas e respostas adotadas pelo Executivo e pelo Judiciário em relação à liberdade de reunião.

### **3 AS PRIMEIRAS RESPOSTAS: EXECUTIVO E JUDICIÁRIO**

Em episódio raro na história recente da política brasileira, a pandemia de covid-19 estabeleceu uma oposição relevante entre o Executivo federal e o da maioria dos Estados e municípios. Enquanto o presidente Jair Bolsonaro adotou um discurso de minimização dos efeitos da doença, muitos governadores e prefeitos alinharam-se às orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS) e de outras entidades nacionais e internacionais, que destacavam a necessidade de distanciamento e/ou isolamento social.

Esses gestores, como consequência, tornaram-se alvos de protestos dos simpatizantes da gestão federal, nas redes sociais, mas também nas ruas. Impuseram, por outro lado, limitações à liberdade dessas reuniões, valendo-se, justamente, das normas de restrição ou proibição de aglomerações editadas em função da pandemia. Os efeitos, porém, não se restringiram aos apoiadores do presidente Jair Bolsonaro.

Em Pernambuco, o Decreto nº 48.809/2020, que impedia a realização de eventos com mais de 500 pessoas no Estado em razão da

covid-19, foi invocado como motivo para a detenção de organizador de uma manifestação de rua em apoio ao presidente (VALADARES, 2020). Alguns atos posteriores do mesmo grupo foram realizados na Rodovia BR-232, em frente a unidades do Exército, com o intuito de evitar a jurisdição da Polícia Militar do Estado (VILAR, 2020).

Situação semelhante ocorreu no Pará, com 112 pessoas detidas em protesto contrário ao governo federal e ao racismo (BATISTA JR., 2020). Neste caso, porém, há particularidade relevante. O Decreto Estadual nº 609/2020 suspendeu, expressamente, durante sua vigência, “a realização de eventos, reuniões, manifestações, carreatas e/ou passeatas, de caráter público ou privado e de qualquer espécie, com audiência maior ou igual a 10 (dez) pessoas” (PARÁ, 2020). Portanto, o Executivo local criou restrições significativas – ainda que temporárias – ao exercício do direito constitucional de reunião.

No Distrito Federal, o Decreto nº 40.884/2020 proibiu o trânsito de veículos e pedestres na área da Esplanada dos Ministérios, ao longo dos dias 16 e 17 de junho. Os “considerandos” do ato evidenciam que teve, como motivação, a previsão de realização de manifestações no local, ao mencionar “as aglomerações verificadas nos últimos dias [...] que contrariam as medidas sanitárias de combate ao novo coronavírus”; “as ameaças declaradas por alguns dos manifestantes aos Poderes constituídos” e a “a ameaça de manifestações com conteúdos anticonstitucionais” (DISTRITO FEDERAL, 2020).

A edição desses decretos é criticada por Gusmão e Guimarães (2020, p. 115). Embora defendam a regulamentação do direito de reunião, como mecanismo para assegurar maior garantia àquela própria liberdade, os autores ressaltam ser “evidente que os conceitos de aglomeração e de reunião, para efeitos jurídicos, são diferentes, afinal, a liberdade de reunião é instrumental que serve ao exercício de direitos em sua dimensão coletiva, enquanto a aglomeração não seria dotada dessa finalidade”.

Sob o aspecto formal, observam que eventuais restrições somente poderiam ser “veiculadas por meio de categorias normativas com nível de lei” (GUSMÃO; GUIMARÃES, 2020, p. 115). O ponto é compartilhado por Nelson, Fernandes e Nelson (2020), que lembram a cláusula de reserva legal inscrita no art. 15 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil em 1992. O dispositivo autoriza que o direito de reunião esteja “sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias” para assegurar outros bens jurídicos, inclusive “para proteger a saúde” (OEA, 1969).

Não foi só por meio de decretos, porém, que estados e municípios buscaram restringir o direito de reunião. O governador de São Paulo, João Dória, em março, havia descartado a possibilidade de vetar manifestações de rua em função da pandemia (BERGAMO, 2020). Após os protestos de 31 de maio, que opuseram simpatizantes e opositores do governo federal, contudo, o Executivo estadual propôs ação judicial, tendo obtido liminar para proibir que grupos antagônicos realizassem os atos previstos para o dia 07 de junho e finais de semana subsequentes, na Avenida Paulista (CORREIO BRAZILIENSE, 2020; BOEHM, 2020).

O exemplo paulistano ilustra a atuação, também, do Judiciário na restrição do exercício do direito de reunião, em tempos pandêmicos. Manifestações foram proibidas por decisões judiciais em Campinas (UOL, 2020), Curitiba (PARANÁPORTAL, 2020), Rio de Janeiro (GAZETA DO POVO, 2020), Goiás, Maranhão e, ainda, nos municípios paulistas de Ribeirão Preto e Piracicaba (ESTADO DE MINAS, 2020). As ações foram propostas, em sua maioria, por prefeituras ou pelo Ministério Público estadual, sendo as liminares proferidas com fundamento no risco de aglomeração e propagação da covid-19.

Tanto as iniciativas do Poder Executivo estadual e municipal, quanto tais decisões judiciais configuraram, no entender de Cavalcanti, Neto e Cerqueira (2020, p. 480), uma “mutação inconstitucional por violar o espírito da Carta Magna”. Isso porque o

texto da Constituição de 1988 estabelece hipóteses específicas e bem delineadas que autorizariam a restrição a determinadas liberdades, quais sejam, o Estado de Sítio e o Estado de Defesa, nenhum deles adotado durante a pandemia.

Não é possível, pois, a partir de previsões genéricas da Constituição, como o direito à saúde, extrair-se uma autorização para a adoção de medidas que atentem contra o regramento constitucional específico da matéria de restrições excepcionais aos direitos individuais do cidadão. O esmero do constituinte nesse ponto simplesmente não faria sentido caso se pudessem criar novas hipóteses de restrição desses direitos pelo arbítrio de quaisquer autoridades, desde o Prefeito até o Presidente da República, ainda que com justificativa em motivos nobres como o combate ao Covid-19 (CAVALCANTI; NETO; CERQUEIRA, 2020, p. 480-481).

O pano de fundo constitucional ajuda a compreender por que, apesar dos diversos pronunciamentos de juízes e tribunais locais, as atenções em relação ao exercício do direito de reunião na pandemia recaem sobre a atuação do STF. Por um lado, a Corte abriu inquérito sobre atos considerados antidemocráticos, a pedido da Procuradoria Geral da República. Embora também alcance condutas em plataformas virtuais, a investigação contempla manifestações promovidas por simpatizantes do governo federal (por vezes, apoiadas publicamente pelo presidente Jair Bolsonaro ou ministros), já tendo resultado em decretação de prisões preventivas e ordens de quebra de sigilos e de busca e apreensão (G1, 2020c).

Por outro lado, em decisão monocrática, o decano do STF, Ministro Celso de Mello, não conheceu de pedido de medida cautela (PET 8830 MC/DF) proposto por deputado do Partido dos Trabalhadores (PT) com o objetivo de proibir carreato organizada para protestar contra a própria Corte. O relator entendeu que o tribunal não exerceria a competência penal originária para apreciar a notícia-crime, o que justificaria a sua inadmissão. Porém, ele foi além e, em aparente

*obiter dictum*<sup>4</sup>, teceu considerações também sobre aspectos materiais do direito de reunião.

O Ministro destacou que a pretensão de impedir uma carreata ou manifestação “transgride frontalmente a liberdade de reunião” e que seu acolhimento importaria o desrespeito à liberdade de expressão. Recordando os julgamentos da ADI 1.969/DF e do HC 4.781/BA, concluiu que, nos dois casos, o STF “deixou claramente consignado que o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão”. Mais adiante, consignou que, sem prejuízo de eventuais excessos serem alcançados pelo direito penal, seria “frontalmente inconstitucional qualquer medida que implique a inaceitável ‘proibição estatal do dissenso’ ou a livre manifestação do pensamento” (BRASIL, 2020a).

Embora não exista julgado colegiado do STF acerca das manifestações hodiernas, convém observar que a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello guarda semelhanças com os acórdãos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 187/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.274/DF, ambas sobre a chamada Marcha da Maconha, que visa à descriminalização ou legalização da(s) droga(s).

No primeiro caso, o próprio Ministro Celso de Mello, enquanto relator, destacou que “o Estado, por seus agentes e autoridades, não pode cercear nem limitar o exercício do direito de reunião, apoiando-se, para tanto, em fundamentos que revelem oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento”<sup>5</sup>,

---

<sup>4</sup> Conceito característico da cultura do *stare decisis*, predominante nos países da *Common Law*, como Reino Unido e Estados Unidos. Embora haja controvérsia doutrinária, serve ao trabalho a definição de Taruffo (2011, p. 145-146), para quem o *obiter dictum* compreende “todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão”. Na decisão analisada, o fundamento central (*ratio decidendi*) para o não conhecimento do pedido é de ordem formal, atinente à incompetência do STF, de modo que as considerações sobre a substância do direito reunião constituem mero *obiter dictum*.

<sup>5</sup> O voto interpreta de forma extensiva o requisito da pacificidade da reunião, devendo a manifestação, para merecer a proteção constitucional, ser realizada “sem

tampouco é possível restringir a manifestação a partir do “mero juízo de oportunidade, de conveniência ou de utilidade” (BRASIL, 2011a, p. 21).

Na ADI nº 4.274/DF, o voto do relator, Ministro Ayres Britto, acompanhado por unanimidade, consignou que o direito de reunião não poderia ser restringido ou suprimido em função da pauta da manifestação (BRASIL, 2011b).

A recente decisão do Ministro Celso de Mello aproxima-se, ainda, de dois acórdãos do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha em abril. Nos processos BVerfG 1 BvR 828/20 e BVerfG 1 BvQ 37/20, esta Corte acolheu queixas ajuizadas contra proibições de protestos nas cidades de Gießen e Stuttgart, respectivamente (FRITZ, 2020).

No primeiro caso, a manifestação ocorreria em quatro dias seguidos, com o compromisso de observância de medidas de segurança contra a covid-19. O objetivo era protestar contra medidas governamentais que, sob a justificativa de combate à pandemia, estariam atingindo indevidamente direitos fundamentais dos cidadãos.

Após a proibição do ato, o Tribunal Constitucional deferiu medida liminar requerida pelos manifestantes, fundada no artigo 8.1 da Lei Fundamental (Constituição alemã), que também garante o direito de reunião pacífica e sem armas, independentemente de registro ou permissão. A Corte consignou que, embora o artigo 8.2 permita a restrição por lei ou com base em lei, essa não seria a hipótese dos autos, na medida em que a decisão do governo do Estado de Hesse não continha vedação geral de reunião ao ar livre. O Tribunal considerou que a vagueza e a imprecisão do ato normativo não atendiam aos parâmetros constitucionais relacionados à liberdade de reunião, nem consideravam as peculiaridades do caso concreto,

---

armas’, sem violência ou incitação ao ódio ou à discriminação” (BRASIL, 2011a, p. 17). Essa concepção poderia ser invocada para a vedação ou restrição preventiva de atos marcados por faixas, cartazes e/ou discursos que defendam ou minimizem a tortura, a homofobia e o racismo, por exemplo.

impedindo a avaliação adequada dos impactos sobre o direito fundamental, o qual, nesse cenário, deveria ser protegido (FRITZ, 2020; ALEMANHA, 2020a).

A decisão, no entender de Corao (2020, p. 4-5), é um dos “exemplos de interpretação constitucional razoável e limitada de restrições impostas por autoridades durante a pandemia, evidenciando a importância do funcionamento dos tribunais durante a emergência sanitária”<sup>6</sup>. Isso porque a Corte alemã não concedeu uma autorização generalizada para manifestações públicas, tendo somente instado as autoridades e tribunais inferiores a proceder uma análise motivada, caso a caso.

No caso do BVerfG 1 BvQ 37/20, a manifestação contrária ao regime de emergência instituído durante a pandemia ocorreria em duas datas. A administração proibiu sua realização, em razão do risco de infecção pela covid-19. Embora tenha reconhecido a plausibilidade do motivo invocado, o Tribunal Constitucional considerou que o Executivo local deveria ter buscado soluções acordadas com os organizadores do protesto, analisando as particularidades do caso, em vez de proibir a manifestação de forma abstrata, e, assim, violar o direito de reunião, inclusive com efeitos sobre futuros atos (FRITZ, 2020; ALEMANHA, 2020b).

#### **4 DIREITO DE REUNIÃO E LEGISLATIVO EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Não é surpreendente que as primeiras medidas ou pronunciamentos acerca do direito de reunião nos tempos atuais tenham sido fornecidas por Executivo e Judiciário. Não se trata de crítica específica ao Legislativo brasileiro, mas de uma percepção

---

<sup>6</sup> Tradução dos autores. No original, em espanhol: “Sin embargo, existen buenas prácticas que pueden ser citadas como ejemplos de interpretación constitucional razonable y limitada, de las restricciones impuestas por las autoridades durante la pandemia y, que evidencian la importancia del funcionamiento de los tribunales durante esta emergencia sanitaria.”

histórica, de que as mudanças na legislação costumam exigir mais tempo – o que, aliás, é argumento para a defesa da função criativa judicial, como forma de adequação do direito à realidade social (SOUZA, 1996).

Contudo, o cenário delineado a partir de março de 2020 repercutiu rapidamente também no Congresso Nacional, como será demonstrado com a pesquisa descrita a seguir, que revela uma espécie de repetição do que ocorrera entre 2010 e 2015, época de diversas manifestações nas ruas do país e, simultaneamente, de intensa produção legislativa ligada ao exercício (e, especialmente, aos limites) do direito de reunião.

#### **4.1. Descrição e resultados do levantamento dos dados**

Nas páginas oficiais da Câmara dos Deputados (<https://www.camara.leg.br/>) e do Senado (<https://www12.senado.leg.br/>), é possível consultar as propostas legislativas a partir de diversas variáveis e informações. Para este artigo, adotou-se a busca pelas palavras-chaves “manifestações”, “manifestação”, “protestos”, “protesto”, “direito de reunião”, “liberdade de reunião”, “art. 5º, XVI”, “art. 5º, inc. XVI” e “art. 5º, inciso XVI”.

Dos resultados exibidos, foram considerados apenas projetos apresentados no ano de 2020, tendo o dia 20 de junho como termo final. A partir daí, foi verificado se a proposta tem pertinência ou não com o direito de reunião e, ainda, se seus motivos estão, direta ou indiretamente, relacionados ao momento político e/ou à pandemia de covid-19.

No site da Câmara, foram selecionados os tipos de proposição PEC (Proposta de Emenda à Constituição), PLP (Projeto de Lei Complementar), PL (Projeto de Lei), MPV (Medida Provisória), PLV (Projeto de Lei de Conversão), PDL (Projeto de Decreto Legislativo),

PDN (Projeto de Decreto Legislativo – CN), PDS (Projeto de Decreto Legislativo – SF), PLC (Projeto de Lei da Câmara dos Deputados – SF), PLN (Projeto de Lei – CN) e PLS (Projeto de Lei do Senado Federal).

Da pesquisa, resultaram 56 proposições para a palavra-chave “manifestações”, 95 para “manifestação”, 14 para “protestos”, 23 para “protesto”, 2 para “direito de reunião”, 2 para “liberdade de reunião”, 3 para “art. 5º, XVI”. Nada foi localizado para as expressões “art. 5º, inc. XVI” e “art. 5º, inciso XVI”. Algumas propostas foram identificadas mais de uma vez, amoldando-se a mais de um termo de busca.

Na Câmara, foram identificados 10 (dez) projetos de lei cuja eventual aprovação afetaria o exercício do direito de reunião, a maioria deles contendo justificativas atreladas aos recentes fatos políticos e/ou à pandemia de covid-19. Além deles, há propostas cujos efeitos são reduzidos ou colaterais, como a restrição de uso da bandeira nacional, as quais não foram consideradas no levantamento.

**PL 1932/2020. Autor: Alexandre Frota (PSDB) – Data de apresentação: 15.04.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Proíbe manifestações públicas que gerem aglomerações de pessoas enquanto durarem os efeitos jurídicos do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020).

**Justificativa (momento político ou covid):** Menciona o “atual estado de pandemia causado pelo coronavírus” e o intuito de proteger a população dos seus efeitos (BRASIL, 2020c).

**PL 2387/2020. Autor: André Figueiredo (PDT) – Data de apresentação: 04.05.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Tipifica, como crime contra o Estado e a Ordem Política e Social (Lei nº 1802/1953) a prática de “ato público que exprima menosprezo, vilipêndio ou ultraje a qualquer instituição que integre os Poderes da República”.

**Justificativa (momento político ou covid):** Faz alusão a “manifestações populares preocupantes” ocorridas em “período de isolamento social”, com o intuito de “atentar” contra o Estado Democrático de Direito. Cita, especificamente, manifestação de 03.05.2020, com participação do presidente Jair Bolsonaro e ofensas ao STF (BRASIL, 2020d).

**PL 2464/2020. Autor: André Figueiredo (PDT) – Data de apresentação: 07.05.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Altera a Lei 7.170/1986, para tipificar, como crime contra a segurança nacional, ordem política e social, a promoção ou participação de ato contra o livre exercício dos Poderes, a forma federativa do Estado, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais, a dissolução do Congresso, o livre exercício do Judiciário e a atuação das Forças Armadas fora de suas atribuições, entre outros.

**Justificativa (momento político ou covid):** Menciona “a escalada do discurso autoritário que aflige as democracias contemporâneas e, notadamente, a brasileira”, porém, sem especificar fato ou personalidade (BRASIL, 2020e).

**PL 2917/2020. Autor: Guilherme Derrite (PP) – Data de apresentação: 26.05.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Altera a Lei nº 1079/1950, para tipificar, como crime de responsabilidade de prefeito ou governador, a violação de direitos fundamentais ou a adoção, durante estado de calamidade pública, de medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição.

**Justificativa (momento político ou covid):** Alude, sem citar casos específicos, a flexibilizações de direitos fundamentais “sem qualquer parâmetro técnico e razoável” no âmbito estadual, em nome de medidas sanitárias. Destaca, na justificativa, que a liberdade de reunião só pode ser suspensa em estado de sítio (BRASIL, 2020f).

**PL 2996/2020. Autor: Osires Damasco (PSC), Bia Kicis (PSL), Carla Zambelli (PSL), Hélio Lopes (PSL) e outros (PSC, PSL e PL) – Data de apresentação: 29.05.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Altera a Lei 13.869/2019, a Lei 1.079/1950 e o Decreto-Lei 201/1967, para tipificar, como abuso de autoridade e como crime de responsabilidade, entre outros atos, o de impedir “sob qualquer pretexto e de forma indeterminada e generalizada, o legítimo exercício de direitos constitucionais” previstos no art. 5º, da CF, incluindo o de reunião (inc. XVI), “em tempos de paz, ainda que sob a vigência de estado de calamidade pública”.

**Justificativa (momento político ou covid):** Alega que não é cabível a restrição a liberdades constitucionais mesmo no cenário atual, de pandemia de covid-19, afirmando que “não há consenso na Ciência com relação à real eficiência de medidas restritivas de liberdade para a preservação da saúde da população”. Não faz menção a atos ou medidas específicas (BRASIL, 2020g).

**PL 3019/2020. Autor: Daniel Silveira (PSL) – Data de apresentação: 01.06.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Altera a Lei 13.260/2016 para considerar “organização terrorista os grupos denominados antifas (antifascistas) e demais organizações com ideologias similares”.

**Justificativa (momento político ou covid):** Refere-se aos atos realizados em São Paulo, no dia 31.05.2020 (manifestações contra o presidente Jair Bolsonaro), e a uma sequência de “sem número de ameaças de prática de violência, inclusive com o uso de armas ilegais” (BRASIL, 2020h).

**PL 3083/2020. Autor: Carlos Jordy (PSL) – Data de apresentação: 02.06.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Altera a Lei 13.260/2016 para incluir razões políticas entre as motivações das práticas enquadradas como terrorismo e especifica a aplicação “à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional e de torcidas organizadas”.

**Justificativa (momento político ou covid):** Menciona que “recentemente [...] grupos políticos armados, sob alcunha de torcida organizada, agiram em alguns centros do país contra manifestantes com a finalidade de levar terror e afastar idosos, mulheres, crianças e demais das ruas, inibindo e constringendo o direito constitucional de reunião”. Possível alusão implícita às manifestações de 31.05.2020, em São Paulo. Refere-se, também, a 7 “atos pró-Bolsonaro (...) onde só houve distúrbio social e violência quando do aparecimento destes grupos ligados às organizações criminosas de esquerda, como é o PT e o Foro de São Paulo” (BRASIL, 2020i).

**PL 3116/2020. Autor: Luiz Philippe de Orleans e Bragança (PSL) – Data de apresentação: 03.06.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Altera a Lei 13.260/2016, para tipificar, como crime de terrorismo, práticas como incendiar, depredar, saquear bem público ou privado, entre outros equipamentos, “em contexto de abuso do direito de promover protesto”.

**Justificativa (momento político ou covid):** Não faz qualquer menção expressa ao contexto político ou à pandemia de covid-19 (BRASIL, 2020j).

**PL 3226/2020. Autor: Nereu Crispim (PSL) – Data de apresentação: 09.06.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Acrescenta à Lei 7.170/1983 os crimes de promover, constituir, financiar, integrar ou participar de ato público contra a forma federativa do Estado, a

separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais, o regular funcionamento do Congresso e das Forças Armadas. Tipifica, como terrorista (Lei 13.260/2016), a prática de atos por razões de ideologia política, incluindo manifestação pública atentatória à democracia, à separação dos Poderes, ao regular funcionamento do Congresso, entre outros.

**Justificativa (momento político ou covid):** Apresenta resumo histórico sobre o Ato Institucional nº 5, de 1968, e menciona que “alguns membros do governo recorreram ao artigo 142 da Constituição Federal” para tentar justificar a possibilidade de intervenção militar, o que é contrariado por especialistas e pelo Procurador-Geral da República, Augusto Aras, em trechos transcritos na justificativa (BRASIL, 2020k).

**PL 3319/2020. Autor: Vitor Hugo (PSL) – Data de apresentação: 15.06.2020**

**Resumo quanto ao direito de reunião:** Altera a Lei 13.260/2016 para incluir as motivações de ordem política entre aquelas que caracterizam os atos de terrorismo.

**Justificativa (momento político ou covid):** Menciona “ameaças terroristas” quando da posse do presidente Jair Bolsonaro e manifestações recentes realizadas por “Antifas e grupos similares que pedem a luta armada para a tomada do poder” (BRASIL, 2020l).

No site do Senado, foram buscados todos os tipos de proposições legislativas, já que a página permite a seleção de apenas uma espécie ou de todas, sem possibilidade de escolha de algumas opções concomitantes. Adotaram-se o mesmo intervalo temporal (01.01.2020 a 20.06.2020) e as mesmas palavras-chaves no campo de pesquisa textual.

A única palavra-chave que retornou algum resultado foi “manifestação”. Contudo, a resposta do site remetia a requerimento de informações ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública,

portanto, não se tratava de proposta legislativa atrelada ao direito de reunião.

#### **4.2. Conclusões do levantamento dos dados**

Uma conclusão óbvia do levantamento é a de que a questão relativa ao direito de reunião, no cenário atual, apenas mobilizou os deputados federais, já que nenhuma proposta sobre o tema foi apresentada no Senado. Por outro lado, verifica-se que o número de projetos na Câmara é significativo e apresentou tendência expressiva de aumento a partir da última semana de maio. Entre 26 de maio e 20 de junho, último dia considerado na pesquisa, foram apresentadas 7 (sete) das 10 (dez) proposições identificadas.

Esse período coincide com o surgimento de manifestações de rua contrárias ao governo do presidente Jair Bolsonaro. O primeiro protesto com um número relevante de participantes e cobertura midiática ocorreu em 31 de maio de 2020. Até então, o que se verificava era apenas a repetição, com periodicidade semanal (geralmente, aos domingos), de atos de apoio ao governo federal.

Há uma correlação importante entre a tendência político-ideológica dos atos e a origem e o conteúdo das propostas legislativas. Os três projetos apresentados antes de 26 de maio continham, nas suas justificativas, críticas indiretas ao governo federal ou a seus apoiadores, conferindo destaque negativo à realização de manifestações públicas em período de pandemia e baseadas em discursos autoritários e contrários ao Estado Democrático de Direito. Depois daquela data, apenas uma proposição (a de nº 3226/2020) reflete posicionamento semelhante.

Por outro lado, deputados alinhados ao governo federal - que vinha exortando o caráter democrático das manifestações a seu favor e o direito dos cidadãos de participar de tais atos, mesmo durante a pandemia – não haviam apresentado qualquer proposta relativa à

liberdade de reunião até 26 de maio. Contudo, foram responsáveis por 6 (seis) dos 7 (sete) projetos de lei submetidos desde então, sendo que 3 (três) deles contêm, em suas justificativas, alusões explícitas aos protestos realizados contra o governo federal.

Os achados do levantamento empreendido sugerem um aspecto problemático do sistema jurídico-político brasileiro, pretensamente democrático, qual seja, a mobilização dos legisladores visando à regulamentação ou à restrição do direito fundamental como forma de conter a oposição. Trata-se de um comportamento que guarda semelhanças com episódio ocorrido no Quirguistão e destacado pela Oxfam. Segundo o documento, um tribunal de Bhiskek invocou a pandemia, quando ainda não havia casos de coronavírus no país, para impor uma proibição a reuniões por um período de quatro meses, justamente após a realização de protestos da oposição política e dias antes de uma marcha pelo Dia Internacional da Mulher. Este último evento foi realizado e as participantes foram presas, enquanto foi permitido aos homens que se reunissem para uma cerimônia tradicional de sacrifício de cabras, para afastar a covid-19 (SAUNDERS, 2020).

Outra conclusão relevante da pesquisa é a de que os deputados federais tendem a buscar no direito penal (em tese, a *ultima ratio*) as respostas para o que consideram excessos ou abusos do direito de reunião. Metade dos projetos identificados pretende tipificar alguns atos como crimes de terrorismo, alterando a Lei nº 13.260/2016, cujo § 2º, do art. 2º, atualmente, descarta sua aplicação às condutas realizadas no exercício daquela liberdade.

Quatro dos projetos que buscam alterar aquela lei contêm justificativas favoráveis ao governo federal. O único de tendência contrária é de autoria de um deputado do Partido Social Liberal (PSL), portanto, correligionário da maioria dos signatários das propostas alinhadas à gestão do presidente Jair Bolsonaro, ele próprio um ex-afiliado, hoje sem partido.

Uma última conclusão, extraída da justificativa dos projetos identificados, diz respeito à relação entre a atual produção legislativa

sobre direito de reunião e a pandemia. Se os riscos de disseminação do coronavírus foram invocados por Executivos locais e por parte do Judiciário para impor limitações a manifestações públicas nos últimos meses, tal argumento não ocupou papel de destaque no Congresso.

Apenas três das dez propostas apresentadas na Câmara fazem alusão significativa à pandemia em suas justificativas, e somente uma delas (nº 1932/2020) expõe a preocupação com a disseminação da doença mediante a realização de manifestações públicas. As outras duas voltam-se contra as medidas, adotadas sobretudo por autoridades locais, relativas à restrição excepcional ao exercício do direito de reunião, questionando, inclusive, as bases científicas de tais decisões. Ambas se destinam à responsabilização dos agentes políticos, com a tipificação de suas condutas como abuso de autoridade e/ou crime de responsabilidade.

## **5 A EFICÁCIA DO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES**

O êxito dos projetos de lei identificados dependerá, evidentemente, do contexto político do país, a cujo respeito não convém traçar previsões, dada a contínua combustão ocasionada por múltiplos fatores, desde a ameaça de intervenção ou golpe militar até as suspeitas e acusações criminais contra o presidente e seus familiares, passando pela evolução das manifestações nas redes sociais e, claro, nas ruas. Contudo, ainda que algum deles venha a ser aprovado no Congresso e sancionado pela Presidência da República, devem surgir dúvidas quanto a sua constitucionalidade.

Isso porque não existe uma posição unânime quanto à eficácia do inciso XVI, do art. 5º, da Constituição, e à possibilidade de limitação no plano infraconstitucional. Em relação ao primeiro ponto,

convém lembrar a disseminada – porém, não unânime<sup>7</sup> - classificação proposta por Silva (1993, p. 10), segundo a qual as normas constitucionais podem ser: a) “de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral”; b) “de eficácia contida (ou contível) e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral”; e c) “de eficácia limitada”, as quais se subdividem em “declaratórias de princípios institutivos ou organizativos” e “declaratórias de princípios programáticos”.

O primeiro grupo compreende as normas que “produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais” de forma direta e imediata, “porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua exectoriedade, não requerendo normatividade alguma ulterior para sua aplicação”. As de eficácia contida ou contível “têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, valendo dizer, consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas”. Subsiste, assim, uma “margem à atuação restritiva da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”, a fim de conferir limites à norma. Esta, contudo, tem aplicabilidade imediata e direta, isto é, independente da interferência do legislador ordinário (SILVA, 1993, p. 10-11).

A eficácia e a aplicabilidade das normas de eficácia limitada, por fim, dependem de lei ou processo especial ulterior. Podem limitar-se a traçar “esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou instituições” (princípio instituto ou organizativo) ou a estabelecer princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, sem qualquer regulação direta e imediata pelo texto da Constituição. As primeiras, ressalta Silva (1993, p. 11), podem ser identificadas por

---

<sup>7</sup> Virgílio Afonso da Silva reconhece que a classificação proposta por José Afonso da Silva em 1966, durante a ditadura militar, teve o mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de eficácia. Porém, no seu entender, todas as normas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais sempre têm alguma limitação na sua eficácia. Assim, a regulamentação/restricção seria importante para permitir ou estimular ações que criem condições de concretização daqueles direitos, servindo como mecanismo de efetiva proteção (SILVA, 2006).

meio de expressões como “a lei complementar estabelecerá...”, “a lei disciplinará...”, “nos termos da lei...”, entre outras.

O autor, contudo, ressalva que o art. 5º, §1º, da Constituição (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”) não significa que os direitos fundamentais sejam, necessariamente, de eficácia plena. Na realidade, em regra, as normas que “consustanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata” (SILVA, 1993, p. 21).

No caso específico do direito de reunião, o texto constitucional suscita polêmicas. Morais e Silva (2016, p. 44) entendem que a norma goza de eficácia plena, de modo que “não pode o legislador infraconstitucional limitar os seus efeitos”. Aparentemente, a mesma opinião foi defendida pelo ex-Ministro do STF Ayres Britto, enquanto relator da ADI 4.274/DF, oportunidade em que consignou que qualquer restrição àquela liberdade somente poderia ser admitida nas situações excepcionais do estado de defesa e de sítio, previstas nos arts. 136 e 139, da Constituição (BRASIL, 2011b).

Quatro anos antes, no julgamento da ADI 1.969-4, Ayres Britto havia deixado seu entendimento ainda mais claro, ao referir-se ao art. 5º, XVI, da Constituição:

Relativamente à matéria, a Constituição brasileira é tão enfática e comprometida com a liberdade de reunião, que chega a ser regulamentar. Num dispositivo de eficácia plena, quanto ao seu teor de normatividade, ela não só consagra o direito de reunião como também, por conta própria, indica todas as condições para o exercício desse direito (BRASIL, 2007, p. 394)

Na deliberação sobre a ADI 1.969-4/DF, o ex-Ministro Eros Grau, embora tenha concordado com o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, para dar procedência à demanda, consignou que “o direito de reunião pode até ser regulamentado, mas não por decreto, só por lei” (BRASIL, 2007, p. 383).

Em ambos os julgamentos (ADI 4.274/DF e 1.969-4/DF), o Ministro Gilmar Mendes expressou sua preocupação com o objeto da

decisão, ressaltando “a hipótese ou necessidade de que o legislador, eventualmente, viesse a estabelecer algum tipo de limitação” ao direito constitucional de reunião. Ele, inclusive, entende que partes do art. 5º, XVI – “desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local” e “sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente” – sugerem o problema de eventuais colisões e a demanda por “algum tipo de disciplina” (BRASIL, 2007, p. 399-400). Na percepção do ministro, haveria uma reserva legal implícita.

Prevalecendo a ideia de Ayres Britto em eventual novo julgamento sobre o direito de reunião, há significativa probabilidade de que um dos projetos mencionados na seção anterior, caso transformado em lei, seja considerado inconstitucional. Porém, ainda que se assuma que o art. 5º, XVI, da Constituição, está suscetível à regulamentação infraconstitucional, a doutrina entende que há limites para tanto.

Dimoulis e Lunardi (2016, p. 175) opinam que as limitações do direito de reunião “para preservar outros direitos fundamentais, em particular a liberdade econômica e a segurança dos demais” podem ser realizadas pelo Executivo e pelo Judiciário em casos concretos, mas, também, pela possibilidade de edição de “lei harmonizadora”. O foco, nesta última hipótese, seria o estabelecimento de competências e procedimentos, como, por exemplo, as regras relativas ao prévio aviso mencionado no art. 5º, XVI, da Constituição.

Por isso, reputam inconstitucionais leis como a de n. 6.528/2013, do Rio de Janeiro, que veda de forma genérica o uso de máscaras ou outras formas de cobrir o rosto, e a de nº 18.363/2014, de Goiás, que impõe comunicação prévia de 30 dias, a necessidade de concordância da polícia militar, a proibição de reuniões que causem “transtornos ou impedimentos à mobilidade urbana” ou que prejudiquem “a tranquilidade e a salubridade pública” (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 171-172).

Martins (2017, p. 482) destaca que o fato de o direito de reunião, como previsto na Constituição, prescindir de regulamentação legislativa, não significa que uma lei com tal desiderato seja, de plano,

inconstitucional. Ele propõe um exame sistemático, que passa pelo juízo de proporcionalidade, pelos limites de competência dos poderes estatais, mas, também, pela abertura que o próprio texto constitucional propicia a eventuais restrições a direitos fundamentais.

Em síntese, entende o autor que o art. 5º, XVI, contém duas condições subjetivas (caráter pacífico e ausência do porte de armas) e uma delimitação espacial (“em locais abertos ao público”). Já as locuções “exigência” de “prévio aviso a autoridade competente” e “desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local” representariam limites autorizadores de intervenções pontuais, com definição de pressupostos gerais, pelo legislador ordinário. Do mesmo modo, seria possível a aplicação de leis (como os arts. 329 e 331, do Código Penal) contra abusos no exercício da liberdade de reunião, desde que atendidos requisitos de constitucionalidade<sup>8</sup>, proporcionalidade e compatibilidade (MARTINS, 2017).

A proporcionalidade também está na base da teoria dos limites dos limites, de origem alemã, segundo a qual “as reservas legais que incidem sobre os direitos fundamentais permitem que o legislador intervenha nesses direitos, a fim de que eles sejam restringidos em determinadas situações, sobretudo em face da preservação de outros bens jurídicos relevantes”. Porém, tal autorização não tem alcance absoluto. A possibilidade de o legislador limitar aqueles direitos não pode atingir seu núcleo essencial, aquele conteúdo (de difícil definição) que deve permanecer “preservado, mesmo após a incidência dessas restrições” (DUQUE; NASCIMENTO, 2018, p. 958).

Estas breves considerações não pretendem esgotar o debate acerca da eficácia e da aplicabilidade da liberdade de reunião, tampouco a construção doutrinária e jurisprudencial acerca do

---

<sup>8</sup> O autor afirma que, como o art. 5º, XVI, da Constituição, não contém reserva legal expressa, “vem à pauta apenas um limite derivado do chamado direito constitucional de colisão. Trata-se de intervenções que possam estar baseadas em norma constitucional, hipótese em que o órgão interventor teria de estar, para esse efeito, perseguindo a concretização de um bem jurídico constitucional” (MARTINS, 2017, p. 472).

conteúdo essencial dos direitos fundamentais e das possibilidades de sua limitação. Não obstante, são necessárias diante da profusão de liminares judiciais, decretos executivos e propostas legislativas que restringem, em maior ou menor grau, a realização de manifestações públicas. Provavelmente, tais questões teóricas – com evidentes motivações e implicações práticas – estarão em pauta, sempre que as referidas iniciativas forem postas em discussão em espaços políticos e jurídicos.

Tomando-se, como exemplos, os decretos estaduais e decisões judiciais que proibiram manifestações públicas em virtude da covid-19, assim como o projeto de lei nº 1.932/2020, que pretende suspender a liberdade de reunião durante a pandemia, é razoável defender o motivo de fundo (direitos, também de ordem constitucional e fundamental, à vida e à saúde). Contudo, impende verificar se a total vedação atende ao juízo de proporcionalidade, preserva o núcleo essencial do direito de reunião e/ou, ainda, se é compatível com as supostas margens de regulamentação fornecidas pelo texto do art. 5º, XVI, da Constituição. A resposta, em um primeiro olhar, tende a ser negativa.

Ainda que não trate especificamente do texto constitucional brasileiro, essa é, também, a posição estampada por cinco organismos internacionais na Declaração Conjunta sobre o Direito à Liberdade de Reunião Pacífica e Governança Democrática. O documento, de 9 de dezembro de 2020, manifesta, nos “considerandos”, a preocupação com as “numerosas medidas restritivas tomadas por governos sob o pretexto de conter e parar a pandemia de covid-19 sem levar em consideração o impacto negativo sobre os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação” e com a adoção de leis e regulamentos restritivos, “notadamente de proibições generalizadas” ao exercício do direito<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Tradução dos autores. No original, em francês: “*Lançant l’alarme concernant les nombreuses mesures restrictives prises par les gouvernements sous prétexte de contenir et d’enrayer la pandémie de COVID-19 sans tenir compte de leur impact négatif sur les droits à la liberté de réunion pacifique et d’association [...] Exprimant également une inquiétude quant à l’adoption de lois et règlements*”

Entre os princípios gerais da declaração, está a ideia de que não há incompatibilidade entre o exercício do direito de reunião pacífica e os objetivos de proteção da saúde, da segurança e da ordem pública.

As situações de crise, inclusas as urgências de saúde pública, não podem, em qualquer caso, ser utilizadas como pretexto para violar os direitos aplicáveis e impor restrições indevidas às liberdades públicas. No particular, as proibições generalizadas de reunião são suscetíveis de constituir uma violação inútil e desproporcional do direito, mesmo nessas situações de urgência<sup>10</sup>. (ONU *et al*, 2020)

Menos de duas semanas após aquela declaração, o Uruguai publicou lei que suspendeu, por 60 dias, prorrogáveis por mais 30, “as aglomerações de pessoas que gerem um notório risco sanitário”, entendendo-se como tais “a concentração, permanência ou circulação de pessoas em espaços públicos ou privados de uso públicos em que não se respeitem as medidas de distanciamento social sanitário, nem se utilizem os elementos de proteção pessoal adequados” (URUGUAI, 2020). Por outro lado, em janeiro de 2021, o Conselho de Estado da França limitou a eficácia de dois dispositivos de decreto emergencial que impunha restrições a reuniões em geral, estabelecendo serem inaplicáveis a manifestações em vias públicas ou locais abertos ao público contemplados pelo Código de Segurança Nacional (FRANÇA, 2021).

A peculiaridade brasileira é que a maioria dos projetos de lei apresentados até junho de 2020, com aptidão para regulamentar ou afetar o direito de reunião no país, nem mesmo envolve toda essa discussão, já que não encontra justificativa no cenário pandêmico, mas, sim, em embates político-ideológicos.

---

*imposant des restrictions indues, notamment des interdictions générales, portant sur la liberté de réunion pacifique, en particulier pendant la pandémie de COVID-19 [...]”.*

<sup>10</sup> Tradução dos autores. No original, em francês: “*Les situations de crise, y compris les urgences de santé publique, ne peuvent en aucun cas être utilisées comme prétexte pour contrevenir aux droits applicables et imposer des restrictions indues aux libertés publiques. En particulier, les interdictions générales de rassemblement sont susceptibles de constituer une violation inutile et disproportionnée du droit, même dans des situations d’urgence”.*

As propostas surgidas na primeira metade da década de 2010 focavam no uso de máscaras e em crimes contra o patrimônio (influência da atuação dos chamados *black blocks* nos protestos da época), denotando, portanto, uma atenção às vestimentas, à identidade (contra o anonimato) e à conduta violenta dos manifestantes.

As atuais iniciativas legislativas, por outro lado, concentram-se na pauta dos atos, como os ataques à separação dos Poderes e ao funcionamento do Congresso e do Supremo Tribunal Federal, e/ou na identificação/categorização de seus participantes (por exemplo, daqueles que se denominam “antifas”). Mantêm-se o apelo e o apego ao direito penal e à tentativa de criminalização, porém, desta vez, algumas proposições flertam com uma espécie de “delito de opinião”. Curiosamente, graças ao fato de tais propostas advirem de espectros político-ideológicos antagônicos, torna-se mais fácil constatar os riscos que representam, já que qualquer cidadão alinhado a um desses campos tenderá a sofrer o receio de que prevaleça a vontade dos seus opositores.

O êxito desses projetos encontra óbices em parte da doutrina. Dias e De Laurentiis (2014, p. 655), por exemplo, entendem que o exercício da liberdade de reunião é mecanismo de controle contra os abusos estatais e de proteção a minorias, ao pluralismo público e à própria democracia e, por isso, não deve estar sujeito a restrições de pautas.

De qualquer forma, a nosso ver, o Estado não deveria proibir uma reunião com o propósito de modificar uma lei criminalizadora de certa conduta, por mais que alguns comportamentos sejam fortemente reprováveis. [...] Como já mencionamos, citando Dworkin, nem a maioria dos cidadãos nem o governante tem o direito de decidir o que estamos aptos a ouvir. Isso seria infantilizar a população e os próprios governantes, que não teriam capacidade de, ouvindo opiniões, decidir o que é certo ou errado (DIAS; DE LAURENTIIS, 2014, p. 656)

Pela mesma trilha, Dimoulis e Lunardi (2016, p. 173) rechaçam a corrente doutrinária que vislumbra, na licitude, um dos requisitos do direito de reunião. Os autores afirmam que tal concepção é equivocada porque não encontra lugar no texto do inciso XVI, do art. 5º, da Constituição (ao contrário do que ocorre no inciso XVII, referente às associações). Além disso, destacam que “qualquer avaliação da licitude estaria carregada de subjetivismo, sendo de duvidosa constitucionalidade”, o que impede a proibição preventiva de reunião em função de “suspeitas de ilicitude”.

De igual modo, a jurisprudência do STF, ao garantir o direito à realização da Marcha da Maconha, na ADPF 187 e na ADI 4.274/DF, e de recentes protestos contra a Corte, na MC 8830/DF, também parece sugerir a declaração de inconstitucionalidade de eventuais leis naquele sentido.

Por outro lado, o inquérito acerca dos chamados atos antidemocráticos pode ser interpretado como um sinal trocado, já que a investigação recai justamente sobre manifestações perpetradas por grupos específicos, defensores de determinadas bandeiras. A dúvida quanto à legalidade foi posta, nesses casos, mais em relação ao conteúdo do que à forma dos protestos. Não se pode, entretanto, perder de vista algumas peculiaridades, como o possível envolvimento direto ou financiamento, por agentes públicos e políticos, de movimentos que reelaboram os sentidos do art. 1º, parágrafo único, e do art. 142, da Constituição, para, em nome de uma suposta democracia (“todo o poder emana do povo...”), defender pautas como intervenção militar e fechamento do STF e do Congresso.

A eventual atuação daqueles agentes tem repercussões significativas, incluindo a configuração de crime de responsabilidade, à luz do art. 85, da Constituição de 1988, e da Lei nº 1079/1950. Resta saber se o conteúdo do discurso prolapado por aqueles movimentos será suficiente, também, para que se reconheça a ilegalidade (ou inconstitucionalidade) das manifestações em si. A conferir.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proliferação de manifestações públicas em um cenário de pandemia e de contraindicações a aglomerações poderia, em tese, ter mobilizado o Legislativo para restringir o exercício do direito de reunião. Disso, justifica-se a hipótese adotada no princípio desta pesquisa, no sentido de que a crise sanitária iniciada em março de 2020 motivaria tentativas de regulamentar aquela liberdade, assegurada pelo art. 5º, XVI, da Constituição de 1988.

Essa hipótese, porém, não se confirmou. Os riscos representados pelas aglomerações em manifestações públicas serviram como justificativas para algumas decisões judiciais e decretos do Poder Executivo, nos âmbitos estadual e municipal. Não figuraram, porém, como motivos relevantes na atuação do Legislativo federal.

Com isso, não se está a afirmar que os legisladores permaneceram inertes ou indiferentes àquelas manifestações públicas. Pelo contrário. A partir da consulta nos sítios das duas casas do Legislativo, observou-se que, no segundo trimestre de 2020, os deputados federais apresentaram dez projetos de lei voltados a regulamentar ou restringir o exercício do direito de reunião no país, o qual, por ora, se encontra previsto apenas em nível constitucional.

Da análise das justificações daqueles projetos, porém, concluiu-se que a aparente incompatibilidade entre a pandemia de covid-19 e as aglomerações características das manifestações públicas ocupou um papel secundário na preocupação dos legisladores.

A maioria das propostas de regulamentação do direito de reunião reflete, na realidade, a orientação político-ideológica dos seus autores, servindo como pretensa resposta ou reação estatal contra as manifestações públicas realizadas por grupos contrários. Essa conclusão decorre das justificações dos projetos, frequentemente voltadas a ataques contra os opositores - ainda que, em algumas, a pandemia seja utilizada como fundamento de reforço.

Contudo, advém também da coincidência entre a sequência de apresentação das propostas e a cronologia das mobilizações de rua no país. Enquanto apoiadores do governo federal monopolizavam as manifestações públicas, os deputados federais de oposição respondiam por todos os projetos de lei voltados à regulamentação ou restrição do direito de reunião. Em um segundo momento, com o início das manifestações contrárias ao presidente Jair Bolsonaro, os legisladores alinhados a sua gestão tomaram a dianteira na apresentação de proposições com aquele mesmo objetivo.

Nesses projetos, verifica-se a busca por respostas no direito penal contra os supostos excessos ou abusos no exercício do direito de reunião, bem como a tendência de tipificação de manifestantes como terroristas e de responsabilização de agentes políticos pela adoção de medidas restritivas ao exercício daquela liberdade, mesmo em estado de calamidade pública.

Apesar da profusão de projetos ligados ao direito de reunião nos primeiros meses da pandemia de covid-19, não há como prever se algum deles obterá êxito e se transformará em lei, tampouco se, alcançando tal *status*, subsistirá a um eventual controle de constitucionalidade. Em um primeiro olhar, considerando o histórico do STF quanto à amplitude da liberdade de reunião, aposta-se que não. Contudo, parece arriscado colocar todas as fichas em jogo, diante do desenrolar do inquérito sobre os chamados atos antidemocráticos e das aposentadorias dos dois ministros com posição mais contundente contra as limitações ao art. 5º, XVI, da Constituição (Ayres Britto, em novembro de 2012, e Celso de Mello, em novembro de 2020 – este último, substituído por Nunes Marques, já indicado pelo presidente Jair Bolsonaro).

Data de Submissão: 30/07/2020

Data de Aprovação: 10/05/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Tamisa Rubia Santos do Nascimento Silva

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão, *Bundesverfassungsgericht* [2020a]. **BVerfG 1 BvR 828/20**. 14 abr. 2020. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415\\_1bvr082820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html). Acesso em: 25 jun. 2020

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão, *Bundesverfassungsgericht* [2020b]. **BVerfG 1 BvQ 37/20**. 17 abr. 2020. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200417\\_1bvq003720.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200417_1bvq003720.html). Acesso em: 25 jun. 2020

AMORIM, Felipe; BORGES, Stella. Ato contra STF e pró-intervenção tem Bolsonaro com criança e uso de cavalo. **UOL**. Reportagem, 31 mai 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/31/protestos-brasilia-31-de-maio.htm>. Acesso em: 25 jun. 2020.

ARAÚJO, Tiago Cisneiros Barbosa de. **O Direito de reunião no Brasil a partir das manifestações da década de 2010:** (im)possibilidades, riscos e vantagens da regulamentação infraconstitucional. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/21679>. Acesso em: 30 jun. 2020

BATISTA JR., João. Protesto contra Bolsonaro tem 112 pessoas detidas por aglomeração em Belém. **Veja Online**, 07 jun. 2020. Reportagem. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/protesto-contra-bolsonaro-tem-112-pessoas-detidas-por-aglomeracao-em-belem/>. Acesso em: 20 jun. 2020

BERGAMO, Monica. Doria descarta proibir manifestações por causa de coronavírus. **Folha de S. Paulo**, 11 mar. 2020. Reportagem. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/03/d>

oria-descarta-proibir-manifestacoes-por-causa-de-coronavirus.shtml. Acesso em: 18 jun. 2020

BOEHM, Camila. Justiça paulista proíbe manifestações simultâneas na Avenida Paulista. **Agência Brasil (EBC)**, 19 jun. 2020.

Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-06/justica-paulista-proibe-manifestacoes-simultaneas-na-avenida-paulista>.

Acesso em: 20 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 1932/2020**.

Altera, temporariamente, a permissão de manifestações públicas, atos e demais aglomerações de pessoas enquanto estiver em vigência o Decreto Legislativo nº 60 de 20 de março de 2020. Autor:

Alexandre Frota (PSDB), 15 abr. 2020 [2020c]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1882216&filename=PL+1932/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1882216&filename=PL+1932/2020). Acesso em: 15 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 2387/2020**.

Altera a Lei nº 1.802, de 1953, que define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social. Autor: André Figueiredo (PDT), 04 mai.

2020 [2020d]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3FC94C79437E81B7A94B299F74419489.proposicoesWebEexterno1?codteor=1889779&filename=PL+2387/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3FC94C79437E81B7A94B299F74419489.proposicoesWebEexterno1?codteor=1889779&filename=PL+2387/2020). Acesso em: 15

jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL)**

**2464/2020**. Altera a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1986, que

“Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras

providências”. Autor: André Figueiredo (PDT), 07 mai. 2020

[2020e]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1891257&filename=PL+2464/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1891257&filename=PL+2464/2020). Acesso em: 15 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 2917/2020**.

Altera a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

Autor: Guilherme Derrite (PP), 26 mai. 2020 [2020f]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1897883&filename=PL+2917/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1897883&filename=PL+2917/2020). Acesso em: 16 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL)**

**2996/2020**. Acrescenta dispositivos à Lei nº 13.869, de 5 de

setembro de 2019, à Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, ao Decreto-

Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 e à Lei nº 13.979, de 6 de

fevereiro de 2020, para caracterizar como crime de abuso de

autoridade e como crime de responsabilidade a violação de direitos

individuais constitucionais durante tempos de paz, impedindo a

liberdade de locomoção e o exercício de outras garantias. Autores: Damasco (PSC), Bia Kicis (PSL), Carla Zambelli (PSL), Hélio Lopes (PSL) e outros (PSC, PSL e PL), 29 mai. 2020 [2020g]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1899215&filename=PL+2996/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1899215&filename=PL+2996/2020). Acesso em: 16 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 3019/2020**. Altera a Lei Antiterrorismo nº 13.260, de 16 de março de 2016, a fim de tipificar os grupos “antifas” (antifascistas) como organizações terroristas. Autor: Daniel Silveira (PSL), 01 jun. 2020 [2020h]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1899405&filename=PL+3019/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1899405&filename=PL+3019/2020). Acesso em: 16 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 3083/2020**. Dá nova redação ao Art. 2º e ao respectivo §2º, da Lei 13.260 de 16 de março de 2016, que disciplina o terrorismo. Autor: Carlos Jordy (PSL), 02 jun. 2020 [2020i]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1900113&filename=PL+3083/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1900113&filename=PL+3083/2020). Acesso em: 16 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 3116/2020**. Aprimora o tratamento penal do terrorismo, alterando a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Autor: Luiz Philippe de Orleans e Bragança (PSL), 03 jun. 2020 [2020j]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1900601&filename=PL+3116/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1900601&filename=PL+3116/2020). Acesso em: 20 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 3226/2020**. Altera a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências” e a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que “regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis ns. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Autor: Nereu Crispim (PSL), 09 jun. 2020 [2020k]. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1902615&filename=PL+3226/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1902615&filename=PL+3226/2020). Acesso em: 20 jun. 2020

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei (PL) 3319/2020**. Revoga o § 2º do art. 2º e altera a redação do caput do art. 2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº

7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013, para inserir o caráter político entre as razões motivadoras do terrorismo. Autor: Vitor Hugo (PSL), 15 jun. 2020 [2020].

Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=EC57ACD840DDE7088770BECA6F67CCCB.proposicoesWebExterno2?codteor=1903951&filename=PL+3319/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EC57ACD840DDE7088770BECA6F67CCCB.proposicoesWebExterno2?codteor=1903951&filename=PL+3319/2020). Acesso em: 20 jun. 2020

BRASIL [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL [Constituição (1891)] **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL [Constituição (1934)] **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL [Constituição (1937)] **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL [Constituição (1946)] **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL. [Constituição (1967)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 jun. 2020

BRASIL. **Lei nº 1.079, de 25 de outubro de 1950.** Dispõe sobre o direito de reunião. Rio de Janeiro: Congresso Nacional [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1207.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1207.htm). Acesso em: 10 jun. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Pleno]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4274/DF.** Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto, 23 nov. 2011 [2011b]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 22 jun. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Pleno]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.969-4/DF.** Requerentes: Partido dos Trabalhadores, Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura e Central Única dos Trabalhadores. Requerido: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 jun. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>. Acesso em: 25 jun. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Pleno]. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF.** Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 15 jun. 2011 [2011a]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [decisão monocrática]. **Medida Cautelar na Petição 8.830/DF.** Requerente: Enio José Verri. Requerido: Paulo Felipe. Relator: Min. Celso de Mello, 07 mai. 2020 [2020a]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet883odecisao.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Pleno]. **Recurso Extraordinário com Agravo 905.149/RJ.** Recorrente: Diretório Regional do Partido da República. Recorrido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 25 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8822/false>. Acesso em: 25 jun. 2020

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Recurso Extraordinário com Agravo 905.149/RJ.** Parecer pelo provimento do recurso extraordinário com fixação das teses sugerida. Procurador-Geral da República: Augusto Aras, 31 mar. 2020

[2020b]. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342797827&ext=.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CAVALCANTI, Henrique Breda; NETO, Edgard Freitas; CERQUEIRA, Nelson. Toque de Recolher e Lockdown: a Mutação Inconstitucional Promovidas pelas Autoridades Locais no Combate   Covid-19 no Brasil. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 19, n. 42, p. 463-489, set-dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/issue/view/2501>. Acesso em: 14 fev. 2021

CORAO, Carlos Ayala. **Retos de la Pandemia del Covid-19 para el Estado de Derecho, la Democracia y los Derechos Humanos**. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*, n. 17-2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3596040> . Acesso em: 12 fev. 2021

CORREIO BRAZILIENSE. Justiça proíbe manifesta o na Avenida Paulista neste domingo. **Correio Braziliense**, 06 jun. 2020. Reportagem. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/06/interna-brasil,861641/justica-proibe-manifestacao-na-avenida-paulista-neste-domingo.shtml>. Acesso em: 19 jun. 2020

DIAS, Roberto; DE LAURENTIIS, Lucas. Liberdade de reunião e democracia: reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 8, n. 30, p. 649-669, Belo Horizonte, Set-dez. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. O valor constitucional dos protestos populares: o fim dos “inocentes do Leblon”. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, ano 16, n. 2, p. 167-178, Osasco, Jul-dez. 2016.

DISTRITO FEDERAL. **Decreto n  40.884, de 16 de junho de 2020**. Determina o fechamento da Esplanada dos Ministérios para veículos e pedestres. Brasília, Governo do Distrito Federal [2020]. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/ab5be697b76c4c659cob7f941c0824ac/Decreto\\_40884\\_16\\_06\\_2020.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/ab5be697b76c4c659cob7f941c0824ac/Decreto_40884_16_06_2020.html). Acesso em: 20 jun. 2020

DUQUE, Marcelo Schenk; NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. O princípio da proporcionalidade   luz da Teoria dos Limites dos Limites: critérios de análise de restri es a direitos fundamentais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, pp. 949-968, Jul-dez. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/308/290>. Acesso em: 04 jul. 2020

ESTADO DE MINAS. Justiça proíbe manifestações e manda processar organizadores em três estados. **Estado de Minas**, 30 mar. 2020. Reportagem. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/03/30/interna\\_politica,1133862/justica-proibe-manifestacoes-e-manda-processar-organizadores-em-tres-e.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/03/30/interna_politica,1133862/justica-proibe-manifestacoes-e-manda-processar-organizadores-em-tres-e.shtml). Acesso em: 19 jun. 2020

FERNANDES, Talita; PUPO, Fábio. Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão ‘ao lado do povo’. **Folha de S. Paulo**, 03 mai 2020. Reportagem. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia-tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2020

FIALHO, Arthur Monteiro Lins; RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. A liberdade de reunião e a exigência de prévio aviso à autoridade competente. **Revista do CEPEJ**, v. 20, p. 61-87, Salvador, Jul-dez. 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/download/27157/16356>. Acesso em: 28 jun. 2020

FRANÇA. Conselho de Estado [10<sup>a</sup> e 9<sup>a</sup> Câmaras Reunidas]. **Décision n. 441265, lecture du 15 janvier 2021. ECLI:FR:CECHR:2021:441265.20210115**. 10<sup>a</sup> e 9<sup>a</sup> Câmaras Reunidas. Relator: M. Laurent Roulaud. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-01-15/441265>. Acesso em: 15 fev. 2021

FRITZ, Karina Nunes. Tribunal Constitucional alemão garante direito de manifestação mesmo em tempos de coronavírus. **Portal Migalhas**, 22 abr. 2020. Coluna *German Report*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/325145/tribunal-constitucional-alemao-garante-direito-de-manifestacao-mesmo-em-tempos-de-coronavirus>. Acesso em: 25 jun. 2020

G1. Bolsonaro discursa em Brasília para manifestantes que pediam intervenção militar. **Portal G1**, 19 abr 2020 [2020a]. Reportagem. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/19/bolsonaro-discursa-em-manifestacao-em-brasilia-que-defendeu-intervencao-militar.ghtml>. Acesso em: 25 jun. 2020

G1. Casos de coronavírus e número de mortes no Brasil em 31 de maio. **G1**, 31 mai 2020 [2020b]. Reportagem. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/31/casos-de-coronavirus-e-numero-de-mortes-no-brasil-em-31-de-maio.ghtml>. Acesso em: 08 jun. 2020.

G1. Entenda inquérito sobre manifestações antidemocráticas. **G1**, 15 jun. 2020 [2020c]. Reportagem. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/15/entenda-inquerito-do-stf-sobre-manifestacoes-antidemocraticas.ghtml>. Acesso em: 25 jun. 2020

GAZETA DO POVO. Justiça do Rio proíbe carreata para pedir o fim da quarentena do coronavírus. **Gazeta do Povo**, 28 mar. 2020. Reportagem. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/justica-rio-proibe-carreata-pelo-fim-da-quarentena-coronavirus/>. Acesso em: 19 jun. 2020

GONÇALVES, Luiz Alcione. **O direito fundamental de reunião e a liberdade de circulação**. 2015. Dissertação (mestrado em direito) - Universidade Federal da Bahia da Bahia, Salvador, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17744/1/LUIZ%20ALCIONE%20GON%C3%87ALVES%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020

GUSMÃO, Hugo César Araújo de; GUIMARÃES, Diego Fernandes. A Liberdade de Reunião sob Cuidados Intensivos. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 94, Dossiê Especial Covid-19, v. 1, p. 100-118, jul/ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4491/Gusm%C3%A3o%3B%20Guimar%C3%A3es%2C%202020>. Acesso em: 13 fev. 2021

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo. **Espaço Jurídico Journal of Law (EJLL)**, v. 18, n. 2, p. 433-490, Joaçaba, Mai-ago. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6179696.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020

MORAES, Alexandre de. Direito de reunião nas sociedades democráticas. In: LOUREIRO, Francisco Eduardo; PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae (coord.). **A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura (EPM), 2019. p. 35-46.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa; SILVA; Luciana Andréa França. Definindo os limites constitucionais da liberdade de manifestação de pensamento: a polêmica acerca da proibição do uso de máscaras em manifestações. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 2, n. 2, p. 37-52, Curitiba, Jul-dez. 2016. Disponível em:

<https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/1468/1926>. Acesso em: 20 jun. 2020

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso. Conflito federativo e o covid-19: ponderações sobre a (in)constitucionalidade dos decretos estaduais e municipais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB**, ano 6, n. 4, p. 2.551-2.585, 2020. Disponível em:  
[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020\\_04\\_2551\\_2585.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_2551_2585.pdf)  
f. Acesso em: 13 fev. 2021

NOVELLINO, Vicente Nicola. As manifestações públicas e o papel constitucional das polícias militares. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**, ed. 19, p. 22-39, Marília, Mai. 2017. Disponível em:  
<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/7013/4499>. Acesso em: 08 jul. 2020

OEA (Organização dos Estados Americanos). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**, 22 de novembro de 1969. Disponível em:  
[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_american\\_a.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_american_a.htm). Acesso em: 14 fev. 2021

ONU (Organização das Nações Unidas); CIDH (Comissão Interamericana dos Direitos Humanos); RSLE (Relator Especial sobre a Liberdade de Expressão); ACHPR (Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos); ODIHR (Escritório das Instituições Democráticas e Direitos dos Homens da OSCE). **Déclaration Conjointe Sur le Droit à la Liberté de Réunion Pacifique et la Gouvernance Démocratique**, 2020. Disponível em:  
<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/FAssociation/joint-declaration-democratic-governance/declaration-fr.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021

PARÁ. **Decreto nº 609, de 16 de abril de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento, no âmbito do Estado do Pará, à pandemia do corona vírus COVID-19. Belém: Governo do Estado do Pará [2020]. Disponível em:  
<https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/5444>. Acesso em: 15 jun. 2020

PARANÁPORTAL. Sob multa de até R\$ 10 mil, Justiça proíbe manifestações em Curitiba por uma semana. **Paranáportal**, 15 jun. 2020. Reportagem. Disponível em:  
<https://paranaportal.uol.com.br/cidades/sob-multa-de-ate-r-10-mil-justica-proibe-manifestacoes-em-curitiba-por-uma-semana/>. Acesso em: 19 jun. 2020

PORTUGAL [Constituição (1976)] **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 10 jun. 2020

SAUNDERS, Joss. ***La Covid-19 y los Derechos Humanos: Obligaciones de los Estados y responsabilidades de las empresas en la respuesta a la pandemia***. Documento de Debate de Oxfam, 2020. Disponível em: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621037/dp-covid-19-human-rights-principles-070820-advance-es.pdf;jsessionid=CFEEEE81A1A89888546E4DBAD9C5B08?sequence=5>. Acesso em: 15 fev. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. **Espaço Jurídico *Journal of Law (EJL)***, v. 18, n. 3, p. 637-660, Joaçaba, Set-dez. 2017. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16256>. Acesso em: 20 jun. 2020

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista Pensar de Ciências Jurídicas**, v. 2, n. 1, p. 7-22, Fortaleza, 1993. Disponível em: <https://portalperiodicos.unifor.br/rpen/article/view/2343>. Acesso em: 28 jun. 2020

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 1, vol. 12, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/72978/43857>. Acesso em: 20 jun. 2020

SOUSA, António Francisco de. Liberdade de reunião e de manifestação no Estado de direito. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 6, n. 21, pp. 27-38, Out-dez. 2012. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/295>. Acesso em: 28 jun. 2020

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico: súmulas

vinculantes, Direito alternativo, *auctoritas* ou *potestas*? São Paulo: LTR, 1996.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo (Repro)**, v. 199, p. 139-149. set. 2011, Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro.

UOL. Justiça barra manifestações e autoriza uso de força policial em Campinas. **Uol Notícias**, 15 mai 2020. Reportagem. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/15/justica-barra-manifestacoes-e-autoriza-uso-de-forca-policial-em-campinas.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020

URUGUAI. **Ley n. 19932, de 21 de diciembre de 2020**. Reglamentación de los arts. 37 y 38 de la Constitución de la República. Centro de Información Oficial. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19932-2020>. Acesso em: 15 fev. 2021

VALADARES, João. Líder de ato pró-Bolsonaro em PE é detido por ignorar decreto contra aglomeração. **Folha de S. Paulo**, 16 mar. 2020. Reportagem. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/lider-de-ato-pro-bolsonaro-em-pe-e-detido-por-ignorar-decreto-contra-aglomeracao.shtml>. Acesso em: 18 jun. 2020

VEJA. Brasil tem manifestações a favor e contra Bolsonaro no Rio, SP e Brasília. **Veja Online**. Reportagem, 31 mai 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/brasil-tem-manifestacoes-a-favor-e-contrabolsonaro-no-rio-sp-e-brasil/>. Acesso em: 03 jul. 2020

VILAR, Filipe. Manifestantes fazem protesto em apoio a Bolsonaro na BR 232. **Diário de Pernambuco**, 19 abr 2020. Reportagem. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/politica/2020/04/manifestantes-fazem-protesto-em-apoio-a-bolsonaro-na-br-232.html>. Acesso em: 18 jun. 2020

## **Public Manifestations In Pandemic Times: Covid-19's Effect On Infra-Constitutional Positivation Of Freedom Of Assembly**

Tiago Cisneiros Barbosa de Araújo

Bruno Galindo

**Abstract:** This work approaches the attempts of infra-constitutional regulation of freedom of assembly in Brazil during covid-19 pandemic. It provides a situation analysis, with basis on sanitary crisis and political-ideological fights, and focus on Federal Legislative performance. The objective is to verify if coronavirus risks have motivated the submission of propositions for establishing rules or limits for the exercise of freedom of assembly. The work has grounds in qualitative research, using public data, and is divided in four parts. In first one, there is a discussion about the concept, the rules and the scope of the freedom of assembly. The second section approaches the responses given by Executive and Judiciary for public acts in the second quarter of 2020, in view of pandemic and some protests' anti-democratic content. In third section, we realize a survey and an analysis of recent legislative proposals about freedom of assembly and their reasons, to solving the problem related to covid-19's influence. Eventually, we discuss the solutions indicated by the three powers in light of the effectiveness and the content of that right, as well as the limitations to restrict it. We refute the hypothesis that covid-19 pandemic encourages attempts of freedom of assembly's infra-constitutional regulation. As a rule, legislative proposals are motivated by political-ideological issues.

**Keywords:** Freedom of assembly. Fundamental rights. Manifestations. Covid-19. Politics. Antifa.

**DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54255>**

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# Toque De Recolher E A Questão Das Restrições A Direitos Fundamentais Em Tempos De Pandemia

**Nilzir Soares Vieira Junior \***

Universidade Federal de Sergipe, Programa de Pós-Graduação em Direito, Aracaju-SE, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-3936-2896>

**Henrique Ribeiro Cardoso \***

Universidade Federal de Sergipe, Programa de Pós-Graduação em Direito, Aracaju-SE, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-8592-7224>

**Resumo:** Diante da pandemia do novo coronavírus, problematiza-se um conjunto de usos e abusos do poder pela administração pública para responder a essa emergência sanitária. Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar a juridicidade das intervenções em direitos fundamentais impostas nos toques de recolher instituídos por decretos municipais. Esse exame se baliza no conceito central de Estado Democrático de Direito, sob os enfoques da separação entre os poderes, da repartição constitucional de competências e do postulado da proporcionalidade. Adota-se o método hipotético-dedutivo, mediante revisão da bibliografia especializada e análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no decurso da emergência em saúde. Conclui-se que, mesmo com uma leitura deferente das iniciativas dos poderes políticos durante a pandemia, são ilegítimas as intervenções em direitos fundamentais determinadas nos toques de recolher, podendo caracterizar abuso de poder. Também se conclui pela importância do dever de justificar imposto às autoridades públicas, com ênfase no recurso às evidências científicas e nas informações estratégicas em saúde, exigência para o exercício racional do controle dos atos estatais.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Restrições a Direitos Fundamentais. Pandemia. Abuso de Poder.

\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe. E-mail: [nilzir@yahoo.com.br](mailto:nilzir@yahoo.com.br)

\*\* Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC - Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB). Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS); Professor de Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (Doutorado/Mestrado/PPGD/UNIT). E-mail: [henrique@mpse.mp.br](mailto:henrique@mpse.mp.br)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54193>

# **Toque De Recolher E A Questão Das Restrições A Direitos Fundamentais Em Tempos De Pandemia**

Nilzir Soares Vieira Junior

Henrique Ribeiro Cardoso

## **1 INTRODUÇÃO**

Assiste-se à escalada de um evento global: a pandemia da COVID-19, infecção causada pelo SARS-CoV-2, nova vertente do coronavírus.

Iniciada na província de Hubei, na China, a epidemia rapidamente se alastrou para quase todos os países, produzindo um elevado número de mortes. Na atualidade, não existe tratamento cientificamente validado para a infecção, de modo que os serviços de saúde geralmente se limitam a tratar os sintomas, para reduzir o desconforto e evitar o agravamento da doença e complicações que levem ao óbito do paciente.

Sobretudo após o reconhecimento da pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11/03/2020, os governos nacionais têm adotado uma miríade de providências, visando à contenção do novo vírus e, após iniciada a transmissão comunitária, à diminuição do ritmo de contágio. Logo vieram as quarentenas ao redor do globo, buscando achatar a curva de casos e, com isso, evitar o colapso dos sistemas de saúde e a multiplicação de mortes por desassistência.

No Brasil, foi aprovada a Lei nº 13.979, de 06/02/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Tais medidas visam, em primeiro lugar, impedir ou desacelerar a propagação da enfermidade, entre as quais isolamento e quarentena e, além disso, criar condições materiais para lidar adequadamente com um evento sanitário de tal magnitude, a exemplo da requisição de bens e serviços particulares.

Após a constatação da transnacionalidade da emergência sanitária, e com a crescente atenção da imprensa em torno do tema, divulgando notícias de seus impactos aqui e em outros países, multiplicaram-se, em quantidade e em diversidade, as providências adotadas pela administração pública federal, estadual e municipal, para refrear a disseminação da doença e preservar a capacidade de resposta dos sistemas de saúde.

Trata-se de manifestações do poder estatal que, no intuito de proteger os direitos à vida e à saúde, importam restrições a outros direitos humanos/fundamentais – liberdade (ambulatória), propriedade, trabalho, reunião, bem-estar, entre outros.

Essa “corrida” na tentativa de deter a infecção resultou em medidas que, aparentemente, extrapolam a moldura dada pelo direito vigente, cujo exemplo mais notável são os “toques de recolher” instituídos por meio de decretos municipais<sup>1</sup>.

A esse elenco podem ser agregadas intervenções menos impactantes, mas não menos controversas, como a diminuição da oferta de transporte público urbano, através da diminuição da frota de ônibus circulante<sup>2</sup>; limitação do quantitativo de atendimentos nas

---

1 Em busca realizada no site “Google” com os termos “toque de recolher” e “COVID-19”, foram encontradas diversas notícias acerca da decretação de “toque de recolher” em Campo Grande, Cuiabá e em vários outros municípios brasileiros. Disponível em: [www.google.com.br](http://www.google.com.br). Acesso em 15.jun.2020.

2 Para ilustrar, o Decreto nº 6101, de 23/03/2020, do Município de Aracaju, no §10º, de seu art. 5º, previu a redução da frota circulante das empresas de transporte coletivo, em 30% fora dos horários de pico, em dias úteis; e em 50% aos sábados, domingos e feriados.

agências bancárias, com agendamento remoto<sup>3</sup>; e a interdição de praças, calçadões e outros espaços comunitários utilizados para atividades físicas e práticas esportiva.<sup>4</sup>

Nesse cenário de contingência, em que as instituições são postas à prova, importa identificar, na ordem constitucional vigente, a moldura normativa à qual devem se ajustar as restrições a direitos fundamentais que, no complexo enfrentamento de uma pandemia, não de ser legitimamente promovidas para a salvaguarda da vida e da saúde.

A partir desse delineamento, será perquirida a juridicidade das intervenções impostas nos toques de recolher e sua legitimidade no Estado Democrático de Direito, sob os enfoques da separação entre os poderes, da repartição de competências na federação brasileira e do postulado da proporcionalidade.

O estudo das restrições a direitos fundamentais terá como referencial teórico as lições de Robert Alexy e Humberto Ávila. Sem desconhecer a proeminência da “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Alexy e sua forte influência na produção científica e na jurisprudência nacionais, este artigo, além de também buscar apoio na “Teoria dos Princípios”, de Ávila, adotará a nomenclatura proposta pelo autor brasileiro, enfocando, entre as espécies normativas, os postulados, normas metódicas que estruturam racionalmente a aplicação dos princípios e regras. Entre essas metanormas se insere a proporcionalidade.

Assume-se a hipótese de que, sem embargo da maior deferência a ser dada às ações estatais de combate à emergência em saúde, no exame de sua juridicidade, as intervenções autorizadas nos decretos de toque de recolher ultrapassam os lindes normativos reconhecidos nessa quadra de excepcionalidade, podendo configurar abuso de poder.

---

<sup>3</sup> Consultar, nesse ponto, o §7º, do art. 2º, do Decreto nº 40.567, de 25/03/2020, do Estado de Sergipe.

<sup>4</sup> Vejam-se os Decretos nºs 6.101 (§8º, do art. 5º) e 6.111/2020 (§6º, do art. 5º), do Município de Aracaju.

O trabalho se desenvolverá através do método hipotético-dedutivo, mediante a revisão da bibliografia especializada e pesquisa documental, com foco nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre questões relativas à ESPII, até 31/05/2020, marco estabelecido em consideração às contínuas mudanças de cenário, resultantes da elevada litigância gerada pelo evento em análise.

## **2 MARCOS NORMATIVOS PARA O ENFRENTAMENTO DAS EMERGÊNCIAS EM SAÚDE: O CASO DA PANDEMIA DA COVID-19**

Inegável o avanço civilizatório indiciado pelo processo de positivação dos direitos humanos que, ao serem incorporados aos textos constitucionais, assumem o *status* de direitos fundamentais, passando a ser oponíveis às maiorias democráticas<sup>5</sup>. Tal blindagem conferida às posições jusfundamentais decorre da supremacia da Constituição no sistema jurídico e das conseqüentes limitações impostas ao legislador infraconstitucional.

Concebidos para conter a potestade estatal, ainda que consentânea com as transitórias maiorias, os direitos fundamentais, paradoxalmente, passaram a depender cada vez mais do próprio Estado para sua concretização, particularmente os direitos sociais, que demandam prestações positivas, a cargo poder público.

No Brasil, a Constituição de 1988, marco jurídico da superação de um regime político autoritário, que perdurou nas duas décadas anteriores, alinhou, entre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, conformando o Estado Democrático de Direito

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, Silva e Pessoa (2017) realçam o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais – com enfoque no direito à saúde –, que se coaduna com a hodierna concepção material da democracia constitucional.

então inaugurado.

Seguindo esse horizonte axiológico, o Constituinte considerou a saúde direito fundamental, com múltiplas dimensões (social, individual, coletiva e de participação) (SILVA; PESSOA, 2017), impondo ao Estado sua efetivação, 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 (CF/1988, art. 196).

Entre as funções do Sistema Único de Saúde (SUS), garantia institucional do direito abordado, está a de executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 200, II). O §2º, do art. 6º, da Lei nº 8.080/1990, define a “vigilância epidemiológica” como conjunto de ações voltadas para “[...] o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”. O exercício dessa função estratégica se estrutura no “Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica”, no qual União, estados, e municípios exercem atribuições comuns e outras específicas, de acordo com os arts. 15 a 19-U, da Lei Orgânica do SUS e a Lei nº 6.259/1975.

A vigilância em saúde encontra suas raízes em um plexo normativo gradualmente construído no âmbito internacional. A própria natureza dos bens e interesses tutelados pelo direito humano à saúde já intui a transnacionalidade de várias de suas manifestações, de que o monitoramento/resposta às epidemias/pandemias se torna o exemplo mais emblemático.

A história da humanidade há muito conhece medidas destinadas a evitar a proliferação de enfermidades ao redor do mundo. A globalização, que diminuiu as distâncias e tornou mais tênues as fronteiras, favorecendo a circulação de pessoas e bens, também concorreu para a disseminação internacional de doenças.

Para confrontar esse cenário desafiador, a Organização

Mundial da Saúde (OMS) aprovou, em 2005, o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), instrumento normativo que estabelece procedimentos para a proteção à saúde contra a propagação internacional de doenças. O RSI, que entrou em vigor em 2007, vincula todos os Estados-Membros da OMS, salvo a hipótese de recusa ou reserva explícitas, na forma do art. 22, da Constituição da OMS.

Deixando de focalizar doenças específicas, o novo RSI se estrutura a partir da definição de “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional” (ESPII ou PHEIC), assim entendido o evento extraordinário que constitui risco de saúde pública para outro Estado, através da disseminação internacional de doenças, ou que possa exigir uma resposta internacional coordenada.

Conquanto surgida no ano passado, na China, a COVID-19 foi formalmente declarada ESPII apenas em 30/01/2020. Após haver se disseminado por todos os continentes, a infecção pelo SARS-CoV-2 foi caracterizada como pandemia, em 11/03/2020. Desde então, sob o influxo de recomendações da OMS, os governos nacionais vêm adotando diversas medidas de prevenção e de contenção do novo coronavírus.

Após reconhecimento formal da ESPII pela OMS, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 188/GM/MS, de 04/02/2020, declarando “Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional” (ESPIN). No mesmo dia, o Presidente da República encaminhou ao Congresso, em regime de urgência, o Projeto de Lei nº 23/2020, que resultou na Lei nº 13.979, de 06/02/2020.

A Lei nº 13.979/2020 elenca, em seu art. 3º, as medidas que as autoridades podem adotar, no âmbito de suas competências, entre as quais: isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de exames, procedimentos e tratamentos de saúde; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; requisição de bens e serviços, mediante pagamento posterior de indenização justa; e autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Vale anotar que o novo diploma legal traz conceitos claramente

inspirados no art. 1º, do RSI 2005.

De qualquer modo, todas essas medidas restritivas somente podem ser impostas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e devem ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo necessário (§1º), reconhecendo-se às pessoas atingidas os direitos de informação, de tratamento gratuito e, ainda, de pleno respeito à sua dignidade e aos seus direitos fundamentais (§2º).

Por força dos §§8º e 9º, do multicitado art. 3º, erigiu-se a necessidade de preservação das atividades e serviços essenciais, assim definidos em decreto do Presidente da República. Com amparo nessa previsão legal, foi editado o Decreto nº 10.282, de 20/03/2020, elencando os serviços públicos e atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, em sua falta, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Ainda no plano infralegal, o Ministério da Saúde emitiu a Portaria MS nº 356, de 11/03/2020, com os declarados propósitos de regulamentar e operacionalizar os dispositivos da Lei nº 13.979/2020, a exemplo dos prazos, condições e procedimentos para o isolamento e a quarentena; procedimento para responsabilização pessoal em caso de descumprimento das medidas; e delimitação das atribuições para o seu acompanhamento.

### **3 TOQUES DE RECOLHER, SEPARAÇÃO DE PODERES E ESTADO DE EXCEÇÃO, NO CENÁRIO DA COVID-19**

Desde que a pandemia da COVID-19 se tornou pauta quase exclusiva da imprensa e o assunto onipresente nas redes sociais,

alcançaram destaque notícias da decretação de toque de recolher em alguns municípios brasileiros.

O termo "toque de recolher" se aplica à proibição, imposta por uma autoridade pública, de que pessoas permaneçam fora de suas residências após determinado horário. Apesar de sua origem nos períodos de guerra, quando soavam sirenes para que a população saísse das ruas, a expressão vem sendo utilizada genericamente para designar impedimentos à circulação em horários específicos. No Brasil, a intervenção vem sendo comumente adotada pelos Juízos da Infância e da Juventude, para vedar a permanência de crianças e adolescentes sozinhos nas ruas à noite, após certo horário, visando coibir a criminalidade e a violência juvenil (SALIBA; BREGA FILHO, 2012, p. 2).

Traz-se, como paradigma para análise, o Decreto nº 14.216, de 25/03/2020, do Município de Campo Grande, que estabeleceu toque de recolher das 20 h às 5 h do dia seguinte, para “confinamento domiciliar obrigatório em todo território”.

Para tanto, proibiu-se a circulação de pessoas, exceto quando necessária para acesso aos serviços essenciais ou sua prestação, comprovando-se a necessidade ou urgência (art. 1º). Essa restrição à liberdade ambulatoria dos cidadãos, no horário de vigência da medida, alcança a circulação em praças públicas municipais, ruas e logradouros, objetivando evitar contatos e aglomerações (art. 3º). Para assegurar o cumprimento da regra, facultou-se às autoridades municipais a apreensão de veículos e até condução forçada de pessoas, sem prejuízo da responsabilização pelas infrações administrativas e das comunicações para apuração dos crimes dos arts. 267, 268 e 330, do Código Penal (arts. 2º e 4º).

Divisam-se, nesse ato administrativo normativo, restrições a direitos fundamentais, mormente à liberdade de ir, vir e permanecer sem ser molestado, com o escopo de proteger outros direitos igualmente fundamentais, a vida e a saúde. Sob outra perspectiva, vê-se ressurgir a conhecida tensão entre interesses coletivos, ora encabeçados pela segurança sanitária ou pela saúde pública, de um

lado, e os direitos humanos/fundamentais, do outro.

Partindo da distinção qualitativa entre princípios e regras vista em Dworkin (2002)<sup>6</sup>, Alexy (2015, p. 43) depurou-a para estruturar sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (caráter empírico-analítico), enfocando “a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais” (caráter normativo-analítico).

O mesmo autor conceitua princípios como mandados de otimização, os quais ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Veiculam, assim, mandamentos *prima facie*, que comportam satisfação em diferentes graus (ALEXY, 2015, p. 90-106).

A partir da natureza principiológica dos direitos fundamentais, Alexy (2015, p. 276-295) acolhe a teoria externa, que distingue conceitualmente tais direitos das restrições aos bens jurídicos e posições *prima facie* por estes tutelados. Compreendem-se as restrições como normas sempre compatíveis com a Constituição, diferenciando-se das meras intervenções em direitos fundamentais, que não atendem a essa exigência.

O controle da racionalidade e da juridicidade das restrições a direitos fundamentais perpassa o exame de sua proporcionalidade, que será objeto do último tópico deste ensaio. Por ora, cabe perquirir os contornos das restrições impostas pelo legislador infraconstitucional com a finalidade de proteger a saúde pública, diante da pandemia da COVID-19.

A esse propósito, o art. 2º, da Lei nº 13.979/2020, perfilhando os conceitos do art. 1º, do RSI 2005, define “isolamento” como a “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens,

---

<sup>6</sup> Gomes (2017, p. 2) identifica, no Brasil, uma polarização em Dworkin e Alexy do debate acerca dos princípios, propondo, para o seu enriquecimento, o exame de críticas desenvolvidas por autores alemães sobre “[...] a ponderação alexyana, internamente vinculada à sua compreensão do que sejam princípios jurídicos, direitos fundamentais e o Direito como um todo”.

meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, [...]”. Já a “quarentena” constitui a “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, [...]”. Tais medidas objetivam evitar a potencial ou efetiva contaminação ou propagação do vírus.

A Portaria nº 356/2020, do Ministério da Saúde, que regulamenta e operacionaliza os preceitos da Lei nº 13.979/2020, definiu prazos, condições e procedimentos para o isolamento e a quarentena. Em seu art. 5º, prevê que, em caso de descumprimento dessas medidas, caberá ao médico ou ao agente de vigilância epidemiológica informar o fato à autoridade policial e ao Ministério Público, para fins de responsabilização pessoal do infrator.

Como se percebe, as restrições estabelecidas pela Lei nº 13.979/2020 não afetam a liberdade dos cidadãos com a mesma intensidade das intervenções autorizadas pelos decretos municipais que estabeleceram o toque de recolher. Em vez de regulamentar as disposições da lei de regência, o decreto, ato normativo situado em patamar hierarquicamente inferior, institui diretamente constrangimentos à liberdade dos indivíduos, sem respaldo legal.

Ao editar um ato normativo primário, impondo sujeições aos cidadãos não autorizadas em lei, o Poder Executivo Municipal viola a legalidade, direito fundamental (art. 5º, II, da CF/1988) e princípio da Administração Pública (art. 37), vulnerando, ainda, a separação e a harmonia entre os poderes, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 2º).

“Estado de exceção” expressa o modo como o direito reage a situações excepcionais ou, ainda, como se dá a suspensão do próprio direito diante de tais circunstâncias extremas.

Essa noção de estado de exceção como suspensão do direito

vigente<sup>7</sup> foi desenvolvida por Agamben (2003, p. 12) que, ao reconhecer as dificuldades geradas pelas indeterminações – de *locus*, terminológica e conceitual – do instituto, situa-o em uma “terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida”.

O filósofo italiano vai além, ao sustentar que o estado de exceção vem se constituindo no paradigma de governo dominante<sup>8</sup>, estruturado sobre a “criação voluntária de um estado de emergência permanente”, de que resulta um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (AGAMBEN, 2003, p. 13).

Essa técnica rompe com o equilíbrio entre os poderes políticos, investindo o Poder Executivo de prerrogativas legiferantes, de produzir atos normativos primários dotados de “força de lei”, e levando à “erosão” do Parlamento. Tende, aliás, a tornar-se duradoura uma das características essenciais do estado de exceção: a indistinção provisória entre os poderes executivo, legislativo e judiciário. Fica então a democracia presa a um círculo vicioso em que as medidas excepcionais que se justificam para a defesa desse regime acabam conduzindo à sua ruína (AGAMBEN, 2003, p. 19-22).

No Brasil, os regimes que configuram estado de exceção estão disciplinados no texto constitucional, nas disposições que tratam do Estado de Defesa (art. 136, da CF/1988) e do Estado de Sítio (art. 137 a 139).

De acordo com o art. 136, da Carta de 1988, o Presidente da República pode decretar o Estado de Defesa, após ouvir os Conselho da República e de Defesa Nacional, para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a

---

7 Nas palavras de Agamben (2003, p. 39), “[...] o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ele instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.”

8 Em semelhante direção, Guerra e Guerra Filho (2019, p. 378) vaticinam que o estado de exceção “[...] tende cada vez mais a se apresentar em todo lado, com intensidade variada, como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”.

paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Submeterá, então, no prazo de 24h, o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

Já a decretação do Estado de Sítio, também pelo Presidente da República, mediante prévia autorização do Congresso Nacional, tem lugar nas seguintes hipóteses: a) comoção grave de repercussão nacional ou comprovada ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa; e b) declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

A abertura semântica dos termos “ordem pública”, “calamidades” e “comoção grave de repercussão nacional” permite que os regimes de exceção disciplinados na Constituição Federal de 1988 alcancem as emergências sanitárias, especialmente as pandemias.

Se a União, detentora da prerrogativa de decretar os estados de defesa e de sítio, não desencadeou o procedimento complexo para o estabelecimento desses regimes excepcionais – envolvendo as cúpulas dos seus Poderes Executivo e Legislativo, decerto não podem os demais entes federativos fazê-lo, mediante a emissão de decretos “com força de lei”, ainda que a pretexto de confrontar a pandemia.

#### **4 A QUESTÃO FEDERATIVA E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19**

As restrições a direitos fundamentais se originam de normas de competência, que autorizam o Estado a editar normas de conduta aplicáveis coercitivamente aos seus cidadãos.

No estudo dos desenhos institucionais historicamente experimentados para organizar essas competências, tem lugar de destaque a Federação, concebida para compatibilizar, em um equilíbrio dinâmico, as necessidades de uniformidade e de diversidade no exercício do poder político, no território de um Estado. Ínsita à

ideia de federação é a repartição constitucional de competências entre os entes federados, que estabelecem os fins e os limites do exercício de seus poderes-deveres de editar normas primárias e de produzir atos administrativos e políticas públicas.

A respeito desse arranjo institucional, tem-se o relativo consenso de que o Brasil conta atualmente com um “federalismo cooperativo”, marcado pela busca do equilíbrio entre a “homogeneidade”, resultado direto do exercício das competências da União e da coordenação de esforços nacionais daí resultantes, de um lado; e a “pluralidade”, com a preservação ou reforço da autonomia dos entes parciais, do outro (FISCHER; MACHADO, 2018; KRELL, 2009; BERCOVICI, 2002).

O caráter analítico da atual Constituição e o correspondente detalhamento prescritivo na conformação do federalismo brasileiro deveriam levar, ao menos logicamente, a uma maior segurança na definição das competências constitucionais. Não é isso, porém, o que se nota, por múltiplos fatores, destacando-se: a) ausência de edição das leis complementares de que trata o parágrafo único do art. 23, da CF/1988, para organizar a cooperação interfederativa; e b) ausência de clareza semântica e de uniformidade dos critérios usados pelo Judiciário para definição da competência, quando há divergência a esse respeito entre os entes federados<sup>9</sup>.

Sob outra perspectiva, Fischer e Machado (2018) identificam uma crise do pacto federativo brasileiro, na crescente transferência de atribuições administrativas aos municípios, com a manutenção da hegemonia da União na arrecadação e na repartição das receitas tributárias, em prejuízo da segurança jurídica e das políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Esses fatores, incidindo isolada ou cumulativamente, tendem a produzir efeitos disfuncionais no cumprimento das responsabilidades

---

9 Em estudo comparado com a Suprema Corte norte-americana, Rangel *et al* (2016) sustentam que o Supremo Tribunal Federal vinha aplicando o critério da “predominância do interesse”, para geralmente firmar a competência em favor da União, reforçando a expressiva centralização da República Federativa do Brasil.

cometidas aos entes políticos, inclusive as relacionadas à proteção e à promoção dos direitos fundamentais e, ainda, na eficácia dos mecanismos democráticos dispostos a manter essa engrenagem em pleno funcionamento.

Em um primeiro plano, retroalimentam os conflitos de competências, quebrando o delicado equilíbrio que se busca alcançar com a forma federativa de estado.

Ainda pior, no entanto, sobretudo no terreno das políticas públicas direcionadas à satisfação dos direitos sociais – a exemplo do direito à saúde –, é o comportamento do ente federativo que, no exercício de suas competências, pauta-se pela inércia, pela indiferença quanto aos objetivos traçados pelo Constituinte, dando ensejo a uma anomalia a que se pode denominar “descentralização por ausência” (BERCOVICI, 2002).

De qualquer modo, na definição de critérios demarcatórios, há de ser respeitada “a especificidade de cada matéria tratada”, analisando-se, nos casos concretos, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, “se o fortalecimento do poder normativo dos entes políticos inferiores levará também a uma melhoria do bem-estar da população”, objetivo maior de um Estado Democrático e Social de Direito (KRELL, 2009, p. 660).

Focalizando essa ordem de ideias na tutela do direito fundamental à saúde, a partir do exame dos arts. 23, II, 24, XII, e 196 a 200, da Constituição de 1988, visualiza-se um modelo organizatório, ainda em construção, revelador de um “federalismo cooperativo sanitário” (RAMOS; MIRANDA NETTO, 2017; DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2012). Além das diretrizes constitucionais da descentralização do sistema de saúde e da regionalização da rede de assistência, a definição das competências sanitárias deve nortear-se pelas disposições da Lei nº 8.080/1990, que parametrizam uma “repartição infraconstitucional de competências” (DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2012, p. 22).

Não se pode, contudo, perder de vista a *ratio* ou o fim último do estabelecimento de tais competências: o de tornar efetivo o direito

à saúde, em suas múltiplas dimensões. Assim, na interpretação das normas que delimitam os encargos em saúde de cada unidade política, há de se perseguir a máxima efetividade desse direito social.

Postas essas premissas, após a declaração formal da ESPII decorrente da COVID-19, União, estados, DF e municípios, adotaram inúmeras medidas preordenadas à contenção do contágio ou, ao menos, à sua desaceleração. Algumas dessas providências parecem extrapolar do quadro federativo esboçado na Lei Maior, produzindo, assim, conflitos de competência, que também podem vulnerar direitos fundamentais dos cidadãos.

Não se deve olvidar, contudo, que as perplexidades geradas pelos traços de ineditismo da pandemia causada pelo SARS-CoV-2, abordadas ao longo deste trabalho, podem demandar uma modulação do modelo federativo que se tinha até então como ideal, fazendo surgir uma variante mais competitiva do federalismo cooperativo pátrio, orientada pela maximização da proteção do direito à saúde. Essa hipótese parece se confirmar diante da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), durante a emergência sanitária ainda em curso.

Na ADPF nº 672/DF, ao conceder medida cautelar, o Ministro Alexandre de Moraes assegurou o exercício da competência concorrente dos estados e do DF e suplementar dos municípios, no âmbito de seus territórios, quanto às medidas previstas na Lei nº 13.979/2020. Legitimou-se o exercício de tais competências, independente da superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso venha a entender necessário.

A feição competitiva desse arranjo demandado pela emergência pandêmica também pode ser visualizada na apreciação da cautelar da ADI nº 6.341-DF. Nessa demanda, partido político buscou ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Carta Política, da Medida

Provisória nº 926/2020<sup>10</sup>, relativamente às alterações promovidas no art. 3º, *caput*, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei nº 13.979/2020, disposições que pretendem conferir certa homogeneidade, segundo diretrizes federais, aos cerceamentos ordenados pelos entes regionais e locais às liberdades de seus cidadãos.

Ao deliberar sobre o pedido de liminar, o plenário do Supremo, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020, explicitando que, preservada a atribuição de cada esfera federativa, o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Da leitura do voto condutor do Ministro Edson Fachin, ressaí que a emergência em saúde não outorga “discrecionabilidade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito.” (BRASIL, 2020f, p. 33). No exercício de suas competências na área da saúde, as autoridades políticas não devem seguir “parâmetros materiais específicos”, devendo sempre justificar suas ações, de modo a permitir o controle a ser exercido pelos demais poderes e pela sociedade.

De qualquer forma, considerou-se a omissão como “pior erro”, reputando grave que, sob o pálio 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.” (BRASIL, 2020f, p. 38).

Por outro lado, segundo essa posição majoritária, a União pode afastar a competência dos demais entes, sempre que veicular, “de forma nítida”, por lei geral ou complementar, norma organizadora da cooperação federativa, exercendo, assim, a *presumption against*

---

<sup>10</sup> A Medida Provisória nº 926/2020 foi convertida na Lei nº 14.035, de 11/08/2020. Entre as alterações promovidas em seu texto, destaca-se a permissão a que o órgão estadual de vigilância sanitária emita recomendação técnica destinada à restrição da locomoção intermunicipal (BRASIL, 2020c).

*preemption*. Todavia, no silêncio da União, “não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais” (BRASIL, 2020f, p. 35).

O STF afirmou, ainda, ser a legislação “[o] caminho mais seguro para a identificação do fundamento constitucional do exercício da competência dos entes federados” (BRASIL, 2020f, p. 35). Sendo a Lei nº 13.979/2020 expressão da competência federal de legislar sobre vigilância epidemiológica, a partir da leitura da Lei nº 8.080/1990 e de normas internacionais que estatuem parâmetros regionalizados para o atendimento mínimo à capacidade de vigilância e resposta em saúde, definiu-se que o exercício da competência da União para legislar sobre o tema deve resguardar a atuação dos demais entes federativos.

Na ADI nº 6.343-DF, ajuizada por agremiação partidária, foram questionadas disposições da Lei nº 13.979/2020 relativas ao transporte de passageiros, especificamente quanto à suspensão das competências estaduais para restringir o transporte intermunicipal (art. 3º, VI, “b”) e, ainda, à disciplina dessa medida por ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e da Infraestrutura (§6º).

Trazida a plenário a decisão que indeferiu a cautelar, em 06/05/2020, o STF decidiu, por maioria, na linha do voto do Ministro Alexandre de Moraes, “suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II” (BRASIL, 2020g, p. 125-126), reconhecendo que estados e municípios podem adotar medidas de restrição aos transportes intermunicipal e local, respectivamente, sem a necessidade de autorização da União. Remanesce, porém, intacta a competência do ente central para decretar medidas desse gênero, quando assim exigir o interesse nacional, reafirmando-se, ademais, a necessidade de lastrear essas intervenções em recomendação técnica e fundamentada e de preservar a circulação de produtos e serviços essenciais, definidos em decreto do ente federativo, nos limites de suas competências.

Depreende-se, assim, das decisões proferidas até o presente

momento pelo STF, a tendência em se resolver os eventuais conflitos entre os entes federados, prestigiando a conduta daquele que exercer suas competências no sentido de proteger o direito à saúde.

De qualquer modo, nem mesmo essa orientação adotada pelo Supremo – de induzir a ação, em detrimento da omissão –, tem o condão de legitimar os toques de recolher adotados por municípios brasileiros, a pretexto de combater a pandemia e de lidar com seus efeitos.

É que, como ressaltado na decisão plenária proferida na ADI nº 6.341-DF, é a legislação o “caminho mais seguro” para a delimitação das competências dos entes federados no contexto da emergência sanitária. Na hipótese em apreço, pretende-se referir à Lei nº 8080/1990 (Lei Orgânica do SUS) e, mais especificamente, à Lei nº 13.979/2020.

Ora, nenhuma das medidas restritivas do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020, ostenta o alcance e a gravidade das intervenções contempladas nos toques de recolher, que autorizam a apreensão de veículos e até a condução forçada de pessoas, sem prejuízo da responsabilização pelas infrações administrativas e das comunicações para apuração criminal.

Depara-se com invasão de competências da União, de acordo com os balizamentos da Carta de 1988, da Lei nº 8.080/1990 e do Regulamento Sanitário Internacional. Nesse eixo de análise, as normas gerais estão inseridas na Lei nº 13.979/2020, que, em seu art. 3º, elenca e delinea as medidas de isolamento, quarentena, e outras restritivas das liberdades individuais, que podem ser adotadas pelos entes políticos, no exercício de suas competências. Nenhuma dessas medidas restritivas de direitos – inclusive da liberdade ambulatoria dos cidadãos –, previstas na legislação federal de regência, tampouco em sua regulamentação, dada pela Portaria nº 356/2020, do Ministério da Saúde, oferece paralelo conceitual àquelas autorizadas pelos decretos de toque de recolher.

Em tempos de paz, a liberdade de locomoção somente poderia sofrer cerceamento com essa extensão, na eventualidade de decretação

dos estados de defesa e de sítio (CF/1988, arts. 136 a 139), estando ambos os regimes jungidos às competências da União. Sob esse prisma, e a partir das premissas teóricas já vistas em Agamben (2003), os toques de recolher instituem um “estado de exceção”, consubstanciando inequívoco abuso no exercício do poder estatal, passível de correção judicial.

A ilegitimidade dessas intervenções é de tal monta que, para além da investigação fundada na manifesta inconstitucionalidade formal dos atos normativos que as veiculam, também se revelam materialmente viciadas, a partir de uma análise pautada pelo postulado da proporcionalidade. É o que se verá a seguir.

## **5 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA ADMINISTRAÇÃO SANITÁRIA**

O controle da racionalidade e da juridicidade das restrições a direitos fundamentais encontra na proporcionalidade o seu principal vetor. Ao se observar esse postulado, evita-se que as soluções para situações de colisão entre normas-princípios que veiculam tais direitos recaiam em subjetivismo ou se apoiem em fundamentos insondáveis.

Segundo Alexy (2015, p. 588-611), do enquadramento dos direitos fundamentais como normas-princípios se deduz a “máxima da proporcionalidade”, com suas máximas parciais, que permitem compreender como se dá a otimização: a) Adequação: critério negativo, que elimina os meios não adequados; b) Necessidade: exige que, entre os meios aproximadamente adequados, seja selecionado aquele que intervenha de forma menos intensa; e c) Proporcionalidade

em sentido estrito: coincide com a “lei do sopesamento”, parâmetro para solucionar, no plano jurídico, colisões entre princípios<sup>11</sup>.

Devem, ainda, nortear os sopesamentos de direitos fundamentais, sobretudo em situações de incerteza, os “princípios formais”, entre os quais se destaca o “princípio formal da decisão por parte do legislador democraticamente legitimado”, concernente à “competência decisória do legislador”<sup>12</sup>.

Ávila (2018, p. 164-203) conceitua “postulados” como normas imediatamente metódicas, que estabelecem critérios de interpretação e de aplicação das outras espécies normativas: regras e princípios. Como já antecipado na parte introdutória, é nessa categoria que o autor enquadra a proporcionalidade, de grande serventia na compreensão dos limites da administração sanitária na imposição de restrições a direitos fundamentais, no combate à COVID-19.

A proporcionalidade impõe aos poderes estatais que elejam, para a realização de seus fins (resultados concretos extrajurídicos), meios adequados, necessários e proporcionais. A aplicação da proporcionalidade envolve, assim, uma “relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim” (ÁVILA, 2018, p. 203).

O exame da adequação deve admitir que legislador e administrador selecionem um meio que promova minimamente o fim. Para os atos normativos, a medida será adequada, se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim; ao passo que, para os atos individuais, se, concreta e individualmente, cumprirem esse desiderato. De qualquer modo, a qualidade da avaliação deve ser aferida no momento da escolha do meio, de acordo com as circunstâncias que lhe sejam contemporâneas e, não, quando

---

11 “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 593).

12 Esse princípio formal se relaciona intimamente com o reconhecimento ao legislador de “discrecionabilidade epistêmica (ou cognitiva)”, quando se revela incerto ou inseguro aquilo que é obrigatório, proibido ou facultado, por força dos direitos fundamentais, quanto às suas premissas empíricas ou normativas (ALEXY, 2015, p. 295).

for eventualmente revista por órgão de controle ou pelo Poder Judiciário (ÁVILA, 2018, p. 210-216).

O exame da necessidade, por sua vez, pressupõe meios alternativos àquele escolhido pelo Poder Público, que igualmente promovam o fim, restringindo com menor intensidade os direitos afetados. Envolve duas etapas de investigação: “exame de adequação dos meios”, para verificar se os meios alternativos realizam igualmente o fim; e “exame do meio menos restritivo”, para avaliar, entre tais meios, qual o que restringe menos os direitos atingidos (ÁVILA, 2018, p. 216-219).

Com essa mesma orientação, o parágrafo único, do art. 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, exige que a motivação das decisões proferidas nos âmbitos administrativo, controlador e judicial, demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, em face das alternativas possíveis.

Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, marcadamente subjetivo, opera-se com a “[...] comparação entre a importância de realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2018, p. 219).

Ávila (2018, p. 220-221) propõe, ainda, critérios para modular a intensidade do controle judicial sobre os atos do Legislativo e do Executivo que restringem direitos fundamentais. O âmbito desse controle e a exigência de justificação da restrição a uma posição jusfundamental deverão ser tanto maiores, quanto maior for: (1) a condição para que se construa um juízo seguro sobre a questão tratada; (2) a evidência do equívoco da premissa da restrição ou de sua justificativa; (3) a restrição ao bem constitucionalmente tutelado; e (4) a importância desse bem. Na direção oposta, tanto menores serão o âmbito de controle judicial e a exigência de justificação, quanto mais: “(1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; e (3) aberta for a prerrogativa

de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição.” (ÁVILA, 2018, p. 221).

Tais parâmetros podem nortear não somente o controle da compatibilidade das leis com a Constituição, quanto à racionalidade de seus critérios e aos seus limites, mas todo o controle de juridicidade (ou constitucionalidade) dos atos estatais que exteriorizam o exercício do poder, sejam estes administrativos, legislativos ou jurisdicionais. Incidem não apenas sobre o controle exercido pelo Poder Judiciário, a que cabe dar a última palavra, mas às demais instâncias de controle interno e externo (*e.g.* Ministério Público, Tribunal de Contas, entre outras) dos atos e políticas emanados do Estado.

Diante de uma emergência em saúde de abrangência global como a COVID-19, as autoridades sanitárias caminham em terreno movediço, no domínio dos conhecimentos empíricos e científicos. A convicção em torno da eficácia de uma estratégia para a contenção da pandemia cambia da noite para o dia.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 5592/DF, reconheceu a aplicação, no direito sanitário, dos princípios formais, originários da área ambiental, “da precaução”, que orienta a aplicação do direito no sentido de evitar os riscos (abstratos), em situações de incerteza; e “da prevenção”, que pretende elidir a provável ocorrência dos danos em si.

De qualquer modo, as autoridades públicas devem atentar para os estudos já produzidos pelas instituições acreditadas no meio científico e, ainda, orientações dos órgãos de referência nacionais e internacionais, quando da edição de medidas predispostas a tutelar a saúde pública e que, ao mesmo tempo, afetem outros direitos de semelhante envergadura. Parece ter sido esse o intento do legislador federal ao ordenar, no §1º, do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020, que as medidas de prevenção e contenção da nova variedade do coronavírus somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre informações estratégicas em saúde.

A essa altura, ganha importância o dever imposto às autoridades públicas de justificar suas escolhas, corolário dos

princípios da publicidade, da transparência e, ainda, do Estado Democrático de Direito. Viabiliza-se, com sua estrita observância, não somente o exercício racional das competências dos órgãos de controle – jurisdicional, político e administrativo –, mas também o da “liberdade pública”, prerrogativa do povo de conhecer as razões e criticar as decisões de seus representantes<sup>13</sup>.

Como já visto ao longo deste artigo, após a declaração da ESPII decorrente da COVID-19, vários municípios brasileiros adotaram toques de recolher, visando à contenção do vírus ou, ao menos, à diminuição do ritmo de contágio da infecção.

De modo geral, as medidas de combate à pandemia, legislativas ou administrativas, têm como ponto de partida o relativo consenso, já acolhido pela OMS e pelo Ministério da Saúde, de que, na falta de um tratamento eficaz, cientificamente avalizado, o distanciamento/isolamento social constitui a estratégia adequada para retardar a velocidade de propagação da doença. Essa desaceleração pode ser representada pelo achatamento da curva de casos, que passa a ser perseguido para evitar o colapso dos serviços de saúde e mortes por desassistência.

Também prevalente até o momento a orientação de que o distanciamento deve-se dar no plano horizontal, alcançando indistintamente a maioria da população<sup>14</sup> e, não apenas, no vertical, focando os grupos de risco (pacientes idosos, ou portadores de comorbidades).

Dessa maneira, as medidas examinadas devem eleger como fins (resultados concretos extrajurídicos) a redução do contágio e, de modo mais factível, de sua velocidade, bem como a preservação da capacidade de resposta dos sistemas de saúde às crescentes demandas assistenciais. Em última análise, mira-se a proteção da saúde pública.

---

13 Sob esse enfoque, no julgamento do pedido cautelar na ADI nº 6341/DF, o Ministro Edson Fachin, em seu voto condutor, enalteceu o “dever de justificação” (ou de fundamentação) das restrições impostas no atual estado de emergência sanitária, para preservar as “liberdades individuais” e a “liberdade pública”.

14 Acerca do tema, cf. IMPERIAL COLLEGE COVID-19 RESPONSE TEAM (2020).

Contudo, tomando-se a proporcionalidade como critério para aferição da juridicidade das intervenções em direitos fundamentais, divisa-se que os toques de recolher, adotados já nos primeiros dias da epidemia, constituem medidas ilegítimas, denotando abuso de poder (excesso de poder ou desvio de finalidade). Essa hipótese se sustenta, ainda que não se desvie do norte apontado pelo princípio da deferência, ainda mais firme diante do caráter técnico dos juízos envolvidos e da incerteza nos prognósticos, que têm sido a tônica na vivência da corrente crise sanitária e social.

Não se desconhece a tese segundo a qual o Estado deve tolerar um nível previsível de desgoverno, mesmo de abuso de poder, como subproduto inevitável para se atingirem fins desejáveis, de interesse público, mormente em situações de crise, a exemplo daquela ora vivenciada, dando forma ao denominado “abuso de poder otimizado” (VERMEULE, 2019).

Sem desconsiderar a quase inevitabilidade da ocorrência de excessos na tela caótica que se defronta, em respeito ao Estado Democrático de Direito, há de se apartar as restrições aos direitos fundamentais, justificadas pela ingente necessidade de tutela da vida e da saúde pública, das intervenções desproporcionais, que indiciam abuso de poder.

Adequados são os meios que promovem os fins. Os toques de recolher criam limitações à liberdade de ir e vir dos cidadãos, em certos dias, horários ou locais, sob a cominação de graves consequências jurídicas para sua inobservância, incluindo a condução forçada do infrator e sua responsabilização criminal. Diante dessa configuração, não pairam dúvidas acerca da eficácia dessas intervenções para promover o distanciamento social e, conseqüentemente, atingir o escopo final de proteger a saúde pública.

A análise seguinte, pautada pelo exame da necessidade, parece conduzir a conclusões bem diferentes. Tal exame é essencialmente comparativo, pressupondo a investigação de alternativas com efetividade igual ou superior à intervenção que lhe serve de parâmetro e que afetem, com menor intensidade, os outros direitos fundamentais

atingidos – na hipótese, os direitos ao trabalho, ao bem-estar e, sobretudo, à liberdade (ambulatoria).

O isolamento, previsto no art. 1º, do RSI 2005, e nos arts. 2º, I, e 3º, I, da Lei nº 13.979/2020, aplica-se em situações mais específicas e pontuais, a partir da identificação de pessoas doentes ou bens contaminados. Bem mais abrangente é a quarentena, que, na dicção do art. 2º, I, da mesma lei, constitui restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam enfermas ou de bens nessa condição, de maneira a evitar a possível propagação do coronavírus. A quarentena serve, assim, a afastar ou diminuir riscos potenciais de disseminação da infecção, tentando reduzi-la.

De modo geral, na emergência sanitária em curso, estados e municípios têm publicado decretos que, com base no art. 3º, II, da Lei nº 13.979/2020, impedem o exercício de determinadas atividades econômicas (industriais, comerciais, de prestação de serviços, entre outras), preservando-se aquelas tidas como essenciais, nos termos do Decreto nº 10.282/2020.

O cerceamento à liberdade de ir e vir dos cidadãos incide de forma indireta: suspensas as atividades empresariais objeto da quarentena, diminui-se a circulação de trabalhadores e consumidores, promovendo-se o desejado distanciamento social, medida não farmacêutica de prevenção e contenção do contágio.

Manejando a escala triádica proposta por Alexy<sup>15</sup>, toma-se como médio o grau da afetação do direito de liberdade resultante da quarentena implementada através da interdição de parte do setor produtivo. No exercício comparativo exigido no exame da necessidade, é inegável que essa restrição afeta a liberdade de ir e vir dos indivíduos em menor grau do que as intervenções autorizadas nos toques de

---

15 A partir da adoção de um modelo em três níveis, ou triádico, o sopesamento entre a intensidade da intervenção em um princípio, sempre avaliada no caso concreto, de um lado, e a importância da satisfação do princípio colidente, grandeza dimensionada tanto concreta, quanto abstratamente, de outro, torna possível a imposição de “limites à atividade estatal de forma racional” (ALEXY, 2015, p. 599).

recolher, entre as quais, a condução forçada de eventuais infratores a repartições policiais, para a formalização de procedimento criminal.

Não é tarefa difícil antecipar as situações de constrangimento a que podem ser submetidos os cidadãos que resolvam desatender esses decretos, ainda que justificadamente.

Mesmo que se venha a adotar medidas de coerção mais severas que a limitação das atividades não essenciais, a exemplo da interdição de vias públicas ou a aplicação de multas aos infratores – o que se admite juridicamente viável, desde que haja previsão legal –, ainda assim, tais intervenções seriam menos intensas que as estabelecidas nos toques de recolher.

Como já anotado, deve-se, de regra, deferência à ponderação realizada pelo legislador. A Lei nº 13.979/2020 contemplou restrições que pouco se assemelham, em sua conformação, alcance e gravidade, àquelas estatuídas nos decretos de toque de recolher. Portanto, as intervenções em análise não passam pelo teste da proporcionalidade, em seu viés da necessidade, eis que identificados meios igualmente eficazes para proteção da saúde pública e menos danosos aos demais direitos vulnerados.

Em acréscimo, da leitura do Decreto nº 14.216/2020, do Município de Campo Grande, tomado como paradigma, observa-se a carência de uma fundamentação consistente, à míngua de uma indicação clara das evidências científicas ou das informações estratégicas em saúde em que se baseia. Essa omissão desconsidera o dever de justificar imposto às autoridades públicas pelo §1º, do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020, dificultando o controle desses atos, seja o institucional, com destaque para o judicial, seja aquele exercido pela sociedade, através dos mecanismos de participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado.

A busca da solução de um problema conduz, em realidade, a outros problemas. Como adverte Boaventura de Sousa Santos (2020, p. 13), a pandemia “confere à realidade uma liberdade caótica, e qualquer tentativa de a aprisionar analiticamente está condenada ao

fracasso, dado que a realidade vai sempre adiante do que pensamos ou sentimos sobre ela”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem desconsiderar o ambiente de incertezas, característico da sociedade de risco e, em especial, da emergência sanitária que se vivencia, o presente trabalho buscou investigar a juridicidade dos toques de recolher instituídos em decretos municipais, a pretexto de combater a pandemia da COVID-19.

À luz dos princípios do Estado Democrático de Direito e da separação dos poderes, da repartição constitucional de competências e, ainda, do postulado da proporcionalidade – sob o viés da necessidade –, concluiu-se pela ilegitimidade das intervenções autorizadas nos toques de recolher, caracterizando abuso de poder.

Essa asserção se sustenta ainda que o exame empreendido não tenha negligenciado o princípio da deferência às decisões dos poderes políticos, cuja observância ganha ainda maior relevo no momento atual, em que as restrições a posições jusfundamentais tentam se firmar em solo pantanoso, quanto aos seus pressupostos empíricos, técnico-científicos e até jurídicos.

Deixou-se de investigar o problema formulado sob a lente da proporcionalidade *stricto sensu*, por se antever que a complexidade e a amplitude da tarefa de sopesar os direitos afetados com aqueles tutelados pelas medidas examinadas extrapolam os limites impostos a este ensaio, perpassando os reflexos econômicos e sociais desta crise sanitária.

Em todos os critérios eleitos para balizar o estudo desenvolvido, avulta a importância do dever de justificar imposto às autoridades públicas, com ênfase no recurso às evidências científicas e às informações em saúde, exigência para o exercício racional do controle

dos atos estatais, seja o institucionalizado, encimado pelo controle judicial, seja aquele vinculado a outros mecanismos democráticos protagonizados pelos cidadãos.

Retomando as lições de Boaventura de Sousa Santos (2020), o futuro pode exigir uma distinção não apenas entre Estado democrático e Estado de exceção, mas entre Estado de exceção democrático e Estado de exceção antidemocrático.

Ainda que se tenha presente a inevitabilidade fática de abusos eventuais no desenhado cenário de emergência, a contenção do arbítrio e a valorização dos direitos fundamentais despontam como missões inafastáveis do Estado Democrático de Direito.

Data de Submissão: 28/07/2020

Data de Aprovação: 01/03/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Andréa Neiva Coelho

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARACAJU. **Decreto 6.101 de 23/03/2020**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391544>. Acesso em: 30.abr.2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o Federalismo Cooperativo Brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar.2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5/10/1988**. Brasília, DF, 5 out. 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: 31.mar.2020.

BRASIL. **Decreto 10.282 de 20/03/2020**. Brasília, DF, 20 mar. 2020a. 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: 31.mar.2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 04/09/1942**. Brasília, DF, 4 set. 1942. 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: 30.abr.2020.

BRASIL. **Lei 6.259 de 30/10/1975**. Brasília, DF, 30 out. 1975. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm). Acesso em: 31.mar.2020.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19/09/1990**. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 31.mar.2020.

BRASIL. **Lei 13.979 de 06/02/2020**. Brasília, DF, 6 fev. 2020b. 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: 31.mar.2020.

BRASIL. **Lei 14.035 de 11/08/2020**. Brasília, DF, 11 ago. 2020c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm). Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 356 de 11/03/2020**. Brasília, DF, 11 mar. 2020d. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 04.jun.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672/DF**. Brasília, DF, 8 abr. 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 30.abr.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5592/DF**. Brasília, DF, 4 abr. 2019.

Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5054307>.

Acesso em: Acesso em: 30.abr.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341/DF**. Brasília, DF, 15 abr. 2020f.

Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343/DF**. Brasília, DF, 6 maio 2020g.

Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&ext=.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

Acesso em: 21 fev. 2021.

CAMPO GRANDE. **Decreto 14.216 de 25/03/2020**. Disponível em: <http://www.campogrande.ms.gov.br/sesau/downloads/decreto-n-14-216-de-25-de-marco-de-2020-toque-de-recolher-covid-19-campo-grande-ms/>. Acesso em: 30.abr.2020.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação**. A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

DOURADO, Daniel de Araújo; DALLARI, Sueli Gandolfi; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. Federalismo Sanitário Brasileiro: perspectiva da regionalização no sistema único de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 10-34, nov.2011/fev.2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISCHER, Octavio Campos; MACHADO, Luciano Marlon Ribas. Pacto Federativo em Crise: Uma Análise na Visão dos Municípios da Segurança Jurídica e da Dignidade Humana. **Revista Jurídica**, vol. 04, n.º. 53, Curitiba, 2018. pp. 233-254.

GOMES, Davi F. L. Novas possibilidades para o debate nacional acerca dos princípios: sobre “Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Social”. **Prim@Facie**, v. 16, n. 33, 2017.

GUERRA, Paola Cantarini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Breve alusão ao atual Estado (Inconstitucional) de Exceção em que estamos vivendo e morrendo. **Revista Jurídica**, vol. 04, n.º. 57, Curitiba, 2018. pp. 374-398.

IMPERIAL COLLEGE COVID-19 RESPONSE TEAM. **Report 9: Impact of non - pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID - 19 mortality and healthcare demand.** 16

March 2020. Disponível em:

<https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2020.

KRELL, Andreas J. A Necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: da Redefinição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coordenadores). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MIRANDA NETTO, Edson Barbosa de. O federalismo e o direito à saúde na Constituição Federal de 1988: Limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico Federalismo Sanitário Cooperativo no Brasil. **Revista Jurídica**, vol. 04, n.º. 49, Curitiba, 2017. pp. 304-330.

RANGEL, Henrique; FADEL, Alexandre Fadel; NERI, Bianca Neri; BOLONHA, Carlos. Judicialização do federalismo e federalismo formal. **Revista Direito GV**, São Paulo, V. 12, n. 1, p. 217-250, jan./abr.2016.

SALIBA, Maurício Gonçalves; BREGA FILHO, Vladimir. Toque de Recolher: Reflexões acerca de sua utilidade e constitucionalidade. **Revista Argumenta - UENP Jacarezinho**, n.º 17, p. 303-319, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SERGIPE. **Decreto 40.567 de 24/03/2020**. Disponível em: <https://www.se.gov.br/uploads/download/midia/12/8e27be55ccfdff-d7c243b7d57000211c.pdf>. Acesso em: 30.abr.2020.

SILVA, Orlando Sampaio de Almeida Monteiro da; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A Efetivação Democrática do Direito à Saúde Mediante a Tutela Coletiva e o Incidente de Coletivização de Demandas Individuais. **Prim@ Facie**, v. 16, n. 32, 2017.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Administrative Law Review**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 15-43, Sep./Dec. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Constitution Of The World Health Organization**. Disponível em:

[https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf).

Acesso em 25.mai.2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Dashboard Coronavirus (COVID-19)**. 11 de maio de 2020. Disponível em:

<https://who.sprinklr.com/>. Acesso em 11.mai.2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **International Health Regulations**. 2005. Disponível em:

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496->

[eng.pdf;jsessionid=4BC06375BDA45E0EB4848C1AE8A33D85?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf;jsessionid=4BC06375BDA45E0EB4848C1AE8A33D85?sequence=1). Acesso em 30.mar.2020.

## Curfew And The Question Of Fundamental Rights Restrictions In Pandemic Times

Roberto Leonardo da Silva Ramos

**Abstract:** Faced with the pandemic of the new coronavirus, a set of uses and abuses of power by the public administration is problematized to respond to this health emergency. In this context, the present study aims to analyze the legality of interventions in fundamental rights imposed on curfews instituted by municipal decrees. This examination is based on the central concept of the Democratic State of Law, under the focus of the separation between powers, the constitutional division of powers and the principle of proportionality. The hypothetical-deductive method is adopted, through a review of the specialized bibliography and analysis of Supreme Federal Court's decisions during the sanitary emergency. It is concluded that, even with a respectful reading of the actions of the political powers during the pandemic, interventions in fundamental rights determined in curfews are illegitimate, which may characterize abuse of power. It is also concluded by the importance of duty to justify of the public authorities, with an emphasis on the use of scientific evidence and strategic health information, a requirement for the rational exercise of control over state acts.

**Keywords:** Democratic State of Law. Fundamental Rights Restrictions. Pandemic. Power abuse.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54193>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# Da Pandemia Do Coronavírus (Covid-19) E O Distanciamento Social: Repensando O Direito À Convivência Familiar Para Além Do Espaço Físico

**Diego Fernandes Vieira\***

Centro Universitário de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maringá-PR, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0001-5351-9023>

**Carlos Alexandre Moraes \*\***

Centro Universitário de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maringá-PR, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0002-2230-0368>

**Geiseli Mariany Bonini \*\*\***

Centro Universitário de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maringá-PR, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0002-3588-1085>

**Resumo:** O presente artigo analisa os reflexos do distanciamento social ocasionado pelo Coronavírus no que tange ao direito à convivência familiar. A pesquisa foi pautada nos métodos hipotético-dedutivo e jurídico descritivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, abordando-se, assim, as questões envolvendo a pandemia do Coronavírus, o direito à convivência e, ainda, uma nova perspectiva quanto a esse direito da criança e do adolescente de livre e ampla comunicação e contato com o genitor. Finalizou-se a pesquisa com uma reflexão acerca da necessidade da regulamentação da convivência familiar virtual em conjunto com a física, que permite, por meio das novas tecnologias, a manutenção e o fortalecimento dos vínculos parentais e a estruturação da personalidade do filho, mesmo em tempos de distanciamento social.

**Palavras-chave:** Convivência familiar virtual. Covid-19. Direitos da Personalidade. Família.

\* Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. E-mail: [diego.vieira\\_180@hotmail.com](mailto:diego.vieira_180@hotmail.com)

\*\* Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar (UniCesumar), Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), Doutor em Direito pela FADISP; Doutor em Ciências da Educação pela UPAP, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Editor chefe da Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO. E-mail: [camoraes.adv@hotmail.com](mailto:camoraes.adv@hotmail.com).

\*\*\* Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. E-mail: [adv.geisibonini@gmail.com](mailto:adv.geisibonini@gmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54181>

# **Da Pandemia Do Coronavírus (Covid-19) E O Distanciamento Social: Repensando O Direito À Convivência Familiar Para Além Do Espaço Físico**

Diego Fernandes Vieira<sup>1</sup>

Carlos Alexandre Moraes<sup>2</sup>

Geisieli Mariany Bonini

## **1 INTRODUÇÃO**

Inicialmente, tem-se, por objetivo, compreender o direito à convivência familiar, voltando-se às questões relacionadas ao distanciamento social ocasionado pelo Coronavírus. Ademais, procura-se analisar o posicionamento jurisprudencial acerca da temática, verificando se este coaduna com os ditames doutrinários e legais voltados ao direito à convivência da criança e do adolescente, bem como ao dever de assistência não só material, mas também moral e afetiva dos pais.

Nesse sentido, o estudo percorrerá os ensinamentos doutrinários, tecendo considerações sobre estes, e trará o posicionamento jurisprudencial acerca do tema “Covid-19 e o Direito à Convivência familiar”, para que, assim, consiga-se uma melhor compreensão acerca da problemática a ser enfrentada, tendo em vista

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior -Brasil (CAPES) através do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES).

<sup>2</sup> Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI)

que a criança e o adolescente são, hoje, o centro e o sujeito destinatário de toda a atenção e proteção jurídica.

A pesquisa foi pautada nos métodos hipotético-dedutivo e jurídico descritivo, utilizando-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica e documental. Ainda, tem-se como premissa a ser enfrentada a questão que envolve a essencialidade da efetivação do direito à convivência familiar, bem como sua plasticidade e adaptabilidade diante de cada situação concreta. Assim, busca-se verificar se a convivência virtual é algo benéfico ou maléfico diante da pandemia do Coronavírus.

O estudo foi dividido em três seções: na primeira, o objeto do estudo é discorrer sobre o novo Coronavírus e a doença causada por ele (Covid-19), bem como as medidas que o Brasil adotou para a contenção do contágio. Já na segunda seção, o estudo é voltado para o direito à convivência familiar e sua influência para com os direitos da personalidade.

Na terceira e última seção, os esforços foram direcionados para a compreensão dos objetivos do direito à convivência familiar e outras formas de alcançá-los, mesmo que remotamente. Além disso, observou-se que a pandemia e toda essa situação social de isolamento possibilitaram e colocaram em evidência “novas” formas de convivência para além do mesmo espaço físico. Por fim, a pesquisa foi concluída com o entendimento de que as novas tecnologias devem ser implementadas na regulamentação da convivência familiar, a fim de possibilitar uma maior interação entre pais e filhos.

Por consequência lógica, havendo impossibilidade do contato físico, é preciso reinventar os recursos já existentes, com o objetivo de suprir a necessidade gregária de comunicação. Ainda, é preciso utilizar as ferramentas disponíveis para que a pessoa do filho não fique desassistida e prejudicada no que se refere ao seu direito à convivência familiar e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

## **2 DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) E AS DIRETRIZES DE AFASTAMENTO/ ISOLAMENTO SOCIAL**

É sabido que, desde o início do ano de 2020, o Brasil e o mundo vêm enfrentando um dos maiores desafios do Século XXI: “*un nuevo Coronavirus, designado como 2019-nCoV, surgió en Wuhan, China, a finales del año 2019, causando manifestaciones respiratorias, digestivas y sistemáticas que afectan la salud humana*” (BONILLA-ALDANA, *et al*, 2020, p. 109).

O Coronavírus faz parte de uma família viral caracterizada por causar infecções respiratórias, possuindo, ainda, um alto grau de contágio (MACEDO; ORNELLAS; BOMFIM, 2020, p. 2). Por conta dessas duas características, ele ganhou rapidamente uma dimensão mundial, visto que, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde - OMS declarou situação pandêmica envolvendo o vírus Sars-CoV-2, causador da patologia denominada Covid-19.

Diante desse cenário de pandemia, o Estado brasileiro veio a editar a Lei n. 13.979/20, que, em seu artigo 3º, autoriza a tomada de medidas para conter a pandemia, adotando-se o isolamento social, a quarentena e a determinação compulsória de exames. Em 12 de março de 2020, o Ministério da Saúde publicou a Portaria n. 356/20, tentando regulamentar esses mecanismos de contenção da contaminação. Logo em seguida, em 20 de março do mesmo ano, veio o Presidente da República, em Decreto Presidencial n. 10.282/20, definir quais seriam os serviços públicos e atividades essenciais; nessa mesma data, o Congresso, em Decreto Legislativo 6/20, reconheceu o estado de calamidade pública.

O Ministério da Saúde, seguindo as orientações e os estudos da Organização Mundial de Saúde (OMS), identificou que a melhor forma de prevenção da contaminação em massa, o que, conseqüentemente, sobrecarregaria o Sistema Único de Saúde (SUS), seria a adoção do

isolamento social. “Os processos de redução de infecção em todos os lugares do mundo se dá (*sic*) pelo isolamento e quarentena da sociedade, higienização e medidas para pormenorizar as contaminações” (MACEDO; ORNELLAS; BOMFIM, 2020, p. 6).

Seguindo essas diretrizes, os Governos estaduais e municipais vieram a adotar medidas mais severas quanto ao isolamento, distanciamento social e fechamento de fronteiras intermunicipais, em determinados casos (MENEZES; AMORIM, 2020, p. 3). Até o presente momento, não houve demonstração de que outra medida mais eficaz no combate ao Coronavírus do que o distanciamento social (MARQUES, *et al.*, 2020, p. 3). “Apesar das medidas já estabelecidas, o surto da doença está em constante evolução e sobrecarregando os hospitais” (OLIVEIRA; MORAIS, 2020, p. 2).

Sob este prisma, Luiz Carlos Amorim Robortella e Antonio Galvão Peres (2020, p. 76) asseveram que

[...] os impactos severos sobre nosso modo de vida e nossas instituições são de caráter global e atingirão a todos, independentemente do tipo de isolamento; horizontal – preferido pela esmagadora maioria dos países, com adaptações locais – ou vertical, dirigido apenas aos grupos de risco (idosos, cardiopatas, hipertensos, diabéticos etc (*sic*)).

Houve, em todo o Brasil, a interrupção das atividades escolares, desde creches a faculdades, públicas e privadas, além da mudança de alguns serviços para a modalidade de teletrabalho – como é o caso do Poder Judiciário, entre outras mudanças sociais envolvendo as atividades do ramo público e privado. Com isso, a dinâmica das famílias foi, também, alterada, exigindo-se um maior esforço dos pais, responsáveis e/ou cuidadores (MARQUES, *et al.*, 2020, p. 3). “Além de um medo concreto da morte, a pandemia da Covid-19 tem implicações para outras esferas: organização familiar, fechamento de escolas, empresas e locais públicos, mudanças nas rotinas de trabalho, isolamento [...]” (ORNELL, *et al.*, 2020, p. 3).

As mudanças na vida das pessoas impulsionadas pela pandemia são nítidas (MULTEDO; POPPE, 2020, p. 374): de um lado, residem

as determinações do Poder Executivo, que visam o controle e contenção da Covid-19 por meio do distanciamento social; de outro, reside o direito fundamental à convivência familiar da criança e do adolescente. Diante de tal cenário, torna-se urgente um certo equilíbrio no que tange aos direitos fundamentais, “[...] ainda mais no que se refere à convivência familiar, importante direito que visa não apenas o convívio físico, mas o desenvolvimento psicoemocional do menor” (VIEIRA; MORAES, 2020, p. 106).

A família contemporânea tem encarado, então diversas novas situações. Diante delas, os conflitos são formados e, muitas vezes, transformam-se em litígios judiciais (FERMENTÃO; FERNANDES, 2020, p. 58). Ademais, vivencia-se, com a Covid-19 e as medidas de isolamento social, uma realidade nunca antes vivida; “porém, a relação entre pais e filhos deve ser mantida e preservada para que o isolamento social não traga um distanciamento afetivo entre o filho e o genitor que com ele não pode estar presencialmente” (FOGAÇA; STEFANO, 2020, *on-line*). Esse é o motivo pelo qual se faz necessário repensar o direito à convivência familiar, a fim de garantir a integridade psicofísica dos filhos e seus genitores.

É fato que a convivência entre pais e filhos possibilita o fortalecimento dos vínculos parentais, afastando os sentimentos de rejeição e abandono e reforçando a ideia de que o convívio é importante não apenas para o filho, mas também para os genitores (TARTUCE, 2019a, p. 434). Nessa mesma linha, Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p. 53) explica que a convivência familiar deve ser compreendida como um direito que “[...] é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo”.

A falta da relação e de cuidados parentais pode vir a causar sérios prejuízos de desenvolvimento, especialmente psíquico, dificultando tanto os relacionamentos interpessoais do filho quanto os dele com os genitores, o que caracteriza prejuízos à sua personalidade, que são, geralmente, irreparáveis, tendo em vista o modo com que se estrutura e se desenvolve a sua psique (SILVA, 2012, p. 211). “Como

faltaram-lhe os estímulos sociais e afetivos, todo um aspecto capital da personalidade da criança, de sua ‘humanidade’, poderíamos dizer que jamais se constituiu” (TOMASZEWSKI, 2004, p. 86).

Portanto, entende-se que o direito à convivência familiar se encontra, de uma certa forma, ameaçado, frente às medidas de distanciamento social, a depender da localização do genitor não-guardião, bem como sua distância em relação ao filho ou, até mesmo, de atitudes do genitor guardião posam impedir a convivência, sob o argumento do cumprimento das medidas estaduais e municipais de isolamento na contenção da Covid-19. Esse fato impõe uma melhor compreensão sobre esse direito e seus reflexos nos direitos da personalidade do filho.

### **3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR (VISITAS)**

Com a evolução da sociedade, houve, também, a evolução da família e de suas necessidades, acarretando na conseqüente evolução do direito e sua interpretação, não se considerando mais crianças e adolescentes como objetos sob o poder e vontade do *pater familias*. Hoje, os menores de 18 (dezoito) anos são pessoas detentoras de dignidade, personalidade e especiais direitos e princípios voltados à sua integral proteção.

Sendo assim, abandonou-se a compreensão da família como instituição, assumindo esta a posição de um espaço de realização pessoal e coletiva de seus membros, fundada no dever de afeto/cuidado (ANGELINI NETA, 2016, p. 62). Além disso, hoje, “[...] a família ultrapassa o seu perfil eudemonista, para se tornar, também, solidarista, uma vez que os membros se corresponsabilizam uns pelos

outros, principalmente quando existir algum tipo de vulnerabilidade” (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020, p. 15).

O rompimento afetivo entre os genitores não pode significar o rompimento afetivo entre pais e filhos. Por este fato é que se fala: separam-se os pais, mas nunca estes em relação aos seus filhos menores (LÔBO, 2008, p. 168). Os pais continuam titulares da autoridade parental e precisam se empenhar nesta reorganização para que minimizem os efeitos da separação nos filhos. Dessa maneira, reafirma-se que “[...] o rompimento do casal não atinge os liames jurídicos e naturais existentes entre o filho e um de seus pais” (STRANGER, 1991, p. 37).

A autoridade parental deve ser exercida em favor dos direitos fundamentais do filho, garantindo-lhe a promoção de sua personalidade (TEIXEIRA, 2005, p. 85). Em razão da tenra idade e no início de sua formação e desenvolvimento, as crianças e adolescentes são carecedores de especial proteção (BARRETO; CARDIN, 2007, p. 297). Sob este prisma, “[...] o interesse da criança traduz, assim, a finalidade primeira da família que se estrutura como um conjunto de funções” (GROENINGA, 2009, p. 154).

Reconhece-se que existem diferenças entre o cuidado paterno e o materno, que um complementa o outro e, a partir dessa compreensão de complementaridade, corresponsabilidade e solidariedade entre os pais, poderá a família, mesmo que transformada, atingir sua finalidade de proporcionar um espaço de desenvolvimento da personalidade de seus membros (GROENINGA, 2009, p. 165). “A solidariedade está no centro de tudo neste momento, devidamente acompanhada de desejos de muita saúde, fraternidade e alteridade” (AGUIAR, 2020, p. 101).

Logo, suprir apenas as necessidades patrimoniais dos filhos tornou-se completamente insuficiente no plano jurídico, que valorizou, com a Constituição Federal de 1988, muito mais os aspectos imateriais e existenciais da pessoa. “Desse modo, não basta apenas o provimento da assistência material; é necessário, também, que os pais prestem a devida assistência moral aos seus filhos, o que implica, pois,

em (*sic*) cuidado, convivência, educação, afeto” (ANGELINI NETA, 2016, p. 168). “O desafio que se coloca ao jurista e ao Direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão antológica e não como simples a abstrato sujeito de relações jurídica” (LÔBO, 2008, p. 12).

A convivência familiar ganha espaço nesse novo plano normativo dignificado. Essa relação parental fora concebida como um verdadeiro princípio do Direito das Famílias, reconhecido no plano internacional por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos - art. XVI, 3/1948, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (20 de novembro de 1959) e pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989.

Portanto, “a convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum” (LÔBO, 2008, p. 52). O ordenamento jurídico nacional, compreendendo a importância desse natural direito à convivência familiar (JABUR, 2019, p. 1114), veio a prevê-lo no art. 227 da Constituição Federal de 1988, art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), entre outros artigos em todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

O direito fundamental à convivência familiar não tem, como foco, a satisfação dos interesses dos genitores, mas se perfaz como dever destes em face do bem-estar e adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos (STRANGER, 1991, p. 58). “Na verdade, tal direito/dever impõe de maneira jurídica e moral uma comunicação e contínua correspondência entre o menor e seus ascendentes” (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 739).

A convivência familiar ainda enfrenta desafios em sua regulamentação, tendo em vista que, normalmente, subentende-se ser possível aplicar a mesma fórmula a todos os tipos de família, sem se atentar à diversidade de núcleos familiares. Assim, basicamente, a regulamentação trata sobre conviver com o genitor não-guardião aos

finais de semana de forma alternada<sup>3</sup>. Logo, o desafio reside em ampliar esse instituto e sua regulamentação para além de finais de semanas alternados, sendo preciso estimular o real convívio, a troca de afeto e os ensinamentos<sup>4</sup>.

Os conflitos familiares, em sua grande maioria, acabam sendo judicializados ou até submetidos a uma mediação totalmente desvirtuada, na qual se perfazem pseudoacordos<sup>5</sup>. Enquanto a mediação for aplicada objetivando outro fim, por exemplo, um simples acordo, este último estará totalmente prejudicado, visto que as partes, em novo conflito, retornarão para o judiciário, devido ao fato de a mediação anterior não os ter capacitado para a solução dos próprios conflitos, tampouco restabelecido a comunicação entre ambas.

A mediação deveria ir além da simples solução dos conflitos; deveria – conforme a doutrina – reorganizar e reformular a comunicação entre as partes (TARTUCE, 2019b, p. 245), promovendo, assim, a verdadeira pacificação social, e não apenas uma solução simplista para um conflito complexo. Dessa forma, Gisele Câmara Groeninga (2009, p. 154) sustenta que “[...] as questões relativas à reorganização das relações entre pais e filhos que chegam ao Judiciário, (*sic*) resistem a serem tratadas de forma simplista”.

Os pais representam a ancoragem de que os filhos precisam para o seu sadio e pleno desenvolvimento, sendo que a forma de sua materialização acontece por intermédio da convivência familiar (ALBUQUERQUE, 2014, p. 625-626). A convivência entre pais e filhos

---

<sup>3</sup> DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. DIREITO DE VISITA UMA VEZ POR SEMANA. APELO PROVIDO. 1) A guarda compartilhada consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, razão pela qual não há motivos para que se estabeleça ao pai o direito de visita somente uma vez na semana; 2) Apelo provido para estabelecer o exercício do direito de visitas ao pai aos finais de semana alternados, com pernoite; 3) Recurso provido. (TJ-AP - APL: 00053244820168030002 AP, Relator: Juíza Convocada STELLA SIMONNE RAMOS, Data de Julgamento: 24/08/2017, Tribunal).

<sup>4</sup> Leia-se sobre este tema, os ensinamentos de Diego Fernandes Vieira e Carlos Alexandre Moraes (2020, p. 105): “A convivência entre os membros familiares é de extrema importância para o desenvolvimento tanto dos filhos como de seus pais, pois é nesta troca de afeto e cuidado que os laços se fortalecerão e prosperarão”.

<sup>5</sup> Termo utilizado por Fernanda Tartuce (2019a, p. 32) para remeter a um acordo *fake*, que são “falsos, improvisados e certamente ensejarão problemas posteriores”.

direciona-se, precipuamente, para o pleno desenvolvimento biopsicossocial do menor, tendo em vista ser fundamental para o processo de personificação e socialização do filho (BOSCHI, 2005, p. 78). “Os exemplos a serem transmitidos às crianças de hoje serão os pais e os adultos de amanhã, que têm importância fundamental na formação e evolução saudável de uma sociedade” (MULTEDO; POPPE, 2020, p. 377).

Não restam dúvidas de que o cuidado dos pais, que se traduz, muitas vezes, pela convivência, é elemento primordial para a formação saudável e harmônica da personalidade humana, o que, de forma direta, colabora para a tutela da dignidade (SILVA, 2012, p. 219)<sup>6</sup>. Além do mais, a importância da efetivação do direito à convivência familiar, em seu maior grau e extensão, justifica-se pelo fato de que, por meio desse contato entre pais e filhos, outros direitos fundamentais e direitos da personalidade se concretizarão no plano material, e não apenas no formal<sup>7</sup>. Esse direito torna-se “imprescindível para que se venha a implementar a enorme gama dos direitos fundamentais do visitado, e, nesse sentido, a visita servirá como mais um instrumento a beneficiar o pleno desenvolvimento biopsicossocial do menor” (BOSCHI, 2005, p. 79).

Neste ínterim, “[...] a convivência familiar saudável e duradoura possibilita à criança efetivar o direito a sua integridade psicofísica, à honra, ao respeito e ainda ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 752). É preciso que se compreenda que “os pais são os arautos da esperança ética no desenvolvimento da personalidade dos filhos” (MORSELLO, 2019, p. 446).

---

<sup>6</sup> Sob o tema, Artur Canabrava Rodrigues e Francisco Cardozo Oliveira (2015, p. 346) elucidam que: “Nesse sentido, restou demonstrado que a afetividade, o cuidado, a convivência e a atenção são elementos necessários para que o sujeito cresça de forma sadia e desenvolva sua personalidade”.

<sup>7</sup> De maneira a reforçar tal argumento, Fabíola Santos Albuquerque (2014, p. 632) discorre que é “[...] fundamental que os pais tenham a exata compreensão do sentido do princípio constitucional da paternidade responsável, da exata medida do dever de cuidado, sob o lastro de uma genuína relação de afetividade com a transmissão de valores sólidos e essenciais a uma hígida formação **fisiopsíquica** daqueles vulneráveis sujeitos de direitos em desenvolvimento chamado filho”.

Toda pessoa precisa da comunidade – sendo a família a primeira – para poder desenvolver-se em seus aspectos físico, intelectual, emocional e espiritual, assimilando para si os valores axiológicos da comunidade e adaptando o seu comportamento conforme os valores ali inseridos (FERMENTÃO, 2007, p. 77). “Daí a importância do respeito a este direito – o de convivência, tanto dos filhos quanto dos pais, tendo-se em vista seus Direitos da Personalidade” (GROENINGA, 2009, p. 162).

Os direitos fundamentais exercem grandes influências e irradiam seus preceitos para toda a comunidade e suas relações, sejam estas públicas, privadas, contratuais ou extracontratuais (EHRHARDT JÚNIOR; TORRES, 2018, p. 350). Quando se faz uma leitura civil-constitucional de todo o ordenamento jurídico, é possível enxergar a mudança de enfoque do patrimônio para a pessoa, para seus aspectos imateriais, uma vez que a tutela da pessoa e de sua dignidade se tornaram prioridade do Estado (BRANCO; BARROS; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 77).

Identifica-se, por meios de leis e princípios, uma obrigação (e não uma faculdade) dos pais à atuação de forma promocional e preventiva em relação aos filhos, evitando, sempre, condutas que possam causar danos ao menor (SILVA; GONÇALVES; FABRIZ, 2014, p. 114). O sistema jurídico incumbiu os pais do dever de conceder o suporte psicoafetivo necessário para o desenvolvimento saudável da prole, conforme é possível verificar no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>8</sup>. “Assim, compete aos pais o dever de acompanhar o processo de desenvolvimento da criança até o seu amadurecimento fornecendo-lhe referenciais de conduta e prestando-lhe assistência material e moral à criança e/ou ao adolescente [...]” (CARDIN, 2017, p. 46).

---

<sup>8</sup> Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (BRASIL, 1990).

Nesse entendimento, envolto às obrigações parentais, Eduardo de Oliveira Leite (2019, p. 537) elucida que

[...] o vínculo que une pais e filhos, conforme se viu, não é apenas legal, mas desborda no terreno da afetividade, determinante e garantidor do equilíbrio físico e psicológico saudável, que se espera de uma relação paterno-materno-filial normal. Toda a legislação atual, acompanhada de perto pela doutrina, reitera não só a obrigação dos pais para com os filhos, nos cuidados próprios do poder familiar (criação, sustento, guarda, educação e companhia) como igualmente a responsabilidade decorrente de qualquer omissão ou ação da prática de determinados atos que possam afetar os filhos.

Os genitores não são os carecedores de proteção, e sim os filhos menores, pessoas em desenvolvimento, tendo em vista que estão mais suscetíveis à manipulação e negligência de seus “protetores” – normalmente, os pais. Por esse motivo, a tutela, preferencialmente, é direcionada aos interesses dos filhos, e não dos genitores (LEITE, 2019, p. 527). Há de se observar a necessidade da convivência familiar, tendo em vista que o desenvolvimento da personalidade da pessoa é considerado requisito primordial para a concretização de uma vida digna, ou seja, tudo o que envolver esse desenvolvimento deve ser tutelado. Essa discussão é ainda mais importante quando contempla o distanciamento social e as dificuldades envolvendo a pandemia do novo Coronavírus, visto que tudo é novo para a criança, que, muitas vezes, não consegue compreender a totalidade dos acontecimentos e medidas a serem tomadas.

O novo Coronavírus (Covid-19) vem a atingir diretamente as relações parentais, principalmente aquelas nas quais os genitores não mais convivem, à medida que a locomoção entre cidades se tornou excepcional e que o contato físico com outra pessoa representa um perigo real de contágio. Nessa perspectiva, exigem-se dos cidadãos “[...] posturas pontuais para prevenção de contágio, bem como reanálise das relações familiares estabelecidas em condições normais” (BUFULIN; BRAZ; VITÓRIA, 2020, p. 13).

Além do mais, a pandemia veio a interferir diretamente no exercício da autoridade parental e na convivência familiar do genitor não-guardião. Desse modo, é primordial que os magistrados e operadores do Direito tenham sensibilidade o bastante ao depararem-se com conflitos familiares que tratam sobre esse direito capital da criança e do adolescente – a convivência familiar. O objetivo sempre e a qualquer custo deve ser a saúde psicofísica dos menores, mesmo que, para isso, seja necessário impor, temporariamente, certos comportamentos e limites aos genitores (PAIXÃO, 2020, p. 169). “A vulnerabilidade dos filhos deve ser atendida no intuito de protegê-los. Afastada a ideia de um direito potestativo, o poder familiar representa, antes de tudo, um conjunto de responsabilidades, sem afastar os direitos pertinentes” (PEREIRA; FRANCO, 2009, p. 357).

O direito à convivência familiar é um direito fundamental, previsto da Constituição Federal, que se perfaz como um verdadeiro princípio voltado às relações parentais e materializa-se como um instrumento de efetivação de outros direitos, em especial, os direitos da personalidade. Portanto, pode-se vislumbrar, também, que esse direito é, fundamentalmente, da criança e do adolescente; em contrapartida, é, também, um dever dos pais, os quais devem conviver com seus filhos, independentemente da relação que nutrem entre si. Por isso, é necessário, diante da situação social pandêmica, repensar esse direito, bem como as formas de seu cumprimento, a fim de assegurar a possibilidade de contato afetivo e da convivência, essenciais e insubstituíveis para a pessoa do filho.

#### **4 DA MANUTENÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR QUANDO DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTATO FÍSICO**

A pessoa humana foi colocada no centro das destinações jurídicas e, por esse motivo, compreende-se que apenas a satisfação da obrigação alimentar em tempos de distanciamento social é uma afronta a toda ordem jurídica, que valorizou muito mais o ser ao invés do ter. A pessoa e seus direitos devem receber a devida proteção do ordenamento jurídico e de seus agentes por intermédio de uma tutela privada, indenizatória e, principalmente, preventiva e atenuante (BELTRÃO, 2004, p. 128).

Diante de uma das maiores crises sanitárias do mundo, buscase, primordialmente, assegurar, como estabelece a Constituição Federal, os direitos à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

#### 4.1 DA NOÇÃO POLIMORFA E PLÁSTICA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O objetivo do direito à convivência familiar, como todos os outros direitos da criança e do adolescente, é o bem-estar e proteção dessa pessoa. Assim, o convívio entre pais e filhos tem o intuito primário de atender às necessidades inerentes ao pleno desenvolvimento da criança e/ou adolescente inserido no núcleo familiar. “O direito de visita busca estreitar os laços de afinidade e afetividade entre o pai ou a mãe para com seu filho. Não visa somente o estar presente, é muito mais do que isso, há uma relação emocional” (FOGAÇA; STEFANO, 2020).

Não existe qualquer vedação acerca da convivência física em tempos de surto de Coronavírus. Entretanto, é nítido que, em certos casos, precisa-se analisar, com mais cautela e profundidade, o exercício da convivência familiar e seu cumprimento (BUFULIN; BRAZ; VITÓRIA, 2020, p. 4). Observa-se que, nos casos em que o genitor não tiver contraído o vírus e não resida com quem o tenha; não tiver se exposto a situações de perigo de contágio; e estiver tendo

condições de cumprir as determinações de isolamento e higienização, garantindo, assim, a segurança da criança e/ou adolescente, não haverá qualquer justificativa para a modificação do contido em título executivo judicial que regulamenta esta convivência<sup>9</sup> (MENEZES; AMORIM, 2020, p. 9).

As medidas estaduais e municipais envolvendo o distanciamento social não são suficientes para obstar o exercício da convivência entre pais e filhos, tampouco se mostra como justificativa para a redução, modificação ou limitação deste direito fundamental. Dessa forma, se alguma pessoa tiver o intuito de alteração envolvendo a convivência junto ao Poder Judiciário, é preciso ter, como argumento, questões que vão além do fato isolado da pandemia, comprovando que o interesse do menor esteja prejudicado (art. 1.586 e art. 1.589 do Código Civil de 2002)<sup>10</sup> (MENEZES; AMORIM, 2020, p. 10).

Quando se coloca em análise uma situação na qual o filho estará em risco de contágio pelo Coronavírus ao conviver com o genitor não-guardião, poderá o direito de convivência ser submetido a certas restrições e alterações, visando, sempre, o melhor interesse da criança. Isto é, será a proteção integral o melhor interesse da criança e do

---

<sup>9</sup> VISITAS – Pedido que objetiva a suspensão de visitas paternas em razão de agressividade do genitor e do cenário de pandemia instaurado pela Covid-19 – Acolhimento – Impossibilidade – Pelo que consta dos autos, a litigiosidade e agressividade seria em face da ex-cônjuge e não da menor – Necessidade do contraditório acerca da análise da questão – Preservação da convivência – Princípio do melhor interesse da menor – Direito fundamental da criança – Inteligência dos arts. 227 da CF/88 e 4º e 19 do ECA – Decisão mantida – Recurso improvido (TJSP; Agravo de Instrumento 2096991-09.2020.8.26.0000; Relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 22/06/2020; Data de Registro: 22/06/2020).

<sup>10</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAS DO GENITOR AOS FILHOS. PEDIDO DE SUSPENSÃO. PANDEMIA COVID-19. DESCABIMENTO. 1. O transcurso dos meses de abril e maio esvaziou a pretensão recursal relativa à suspensão das vistas do pai aos filhos no referido período. 2. Não comprovada cabalmente a situação de risco no convívio dos filhos com o genitor, em razão da pandemia da Covid-19, descabido o pleito de suspensão das visitas. 3. A visitação mostra-se adequada para preservar um vínculo saudável das crianças com o seu pai, não havendo qualquer prejuízo às atividades escolares, uma vez que estão sendo realizadas de forma virtual. Recurso prejudicado em parte e desprovido. (TJ-RS; AI: 70084139682 RS, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 24/06/2020, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 29/06/2020).

adolescente, que dirá em cada situação fática, se o convívio parental necessitará sofrer ou não algumas modulações, conforme pode-se verificar pelo art. 1584, § 2º do Código Civil (CALDERÓN, 2020). Ainda, pode-se colocar em evidência aquelas situações nas quais o genitor não-guardião reside em outra comarca, estado ou país, onde a locomoção e o contato físico tornam-se inviáveis e perigosos, impossibilitando, claramente, a convivência física.

Enfrentando essas situações de impossibilidade de convivência presencial, Elke Regina de Carvalho Contreiras (2020, p. 183) compreende que,

[...] não havendo a possibilidade de convivência mútua, por impossibilidades de idade, questões de saúde, localização, chances de transmissão e contágio, situação de risco a idosos, existem outras formas de se manter o convívio familiar, utilizando de todo aparato tecnológico disponível existente, a fim de amenizar a ausência física do outro genitor.

O interesse do menor tem “uma noção polimorfa, plástica e, essencialmente, não objetivável, que pode assumir todas as formas, esposar todas as épocas e todas as causas [...]” (STRANGER, 1991, p. 37). Logo, todas as questões envoltas às crianças e adolescentes, bem como todos os conflitos e resoluções, não se limitam a uma dada interpretação, mas podem e devem ir além, desde que respeitado e coadunado o interesse do menor.

Ainda, quando existirem situações que inviabilizam a efetivação da convivência familiar anteriormente acordada, é preciso adequar-se à nova realidade, ajustando, modificando e repensando este direito fundamental. Logo, quando houver uma impossibilidade de realização da convivência, conforme regulamentado, ou mesmo por questões territoriais, a convivência virtual, por intermédio das tecnologias disponíveis, mostra-se ferramenta fundamental para auxiliar na manutenção dos ditames constitucionais<sup>11</sup> (ROSA, 2020), pois é

---

<sup>11</sup> MENOR. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS EM FAVOR DO GENITOR. AMPLIAÇÃO. REALIZAÇÃO DA VISITA DURANTE A SEMANA, MEDIANTE

observado que “[...] existem meios de comunicação que promovem essa convivência de forma digital” (CONTREIRAS, 2020, p. 183).

A convivência familiar, conforme já exposto, deve ser garantida à pessoa do filho, independentemente da situação que acomete a sociedade, na proporção que a falta desta pode causar danos irreversíveis e imensuráveis, mesmo que temporariamente. Dessa maneira, Fernanda Tartuce (2019a, p. 428) preceitua que,

[...] sob a perspectiva bilateral, ao revés, crianças e adolescentes também são vistos como titulares do direito à convivência e ao relacionamento familiar porque esse direito contribui para a satisfação de suas necessidades emocionais e pessoais. Por tal prisma, é necessário também contar com mecanismos que assegurem a satisfação de um direito que também é seu.

A convivência familiar, o exercício da parentalidade responsável e da autoridade parental vão muito além da mera presença física ou compensação material. É preciso pensar em uma convivência qualitativa, que realmente estimule a transmissão de valores, bem como cimenta e reforça as relações afetivas e interpessoais (MORSELLO, 2019, p. 441). Isso pode (e deve), também, perfazer-se em um ambiente virtual, de forma remota, tendo em vista que o exercício da paternidade/maternidade se resume em atitudes diárias, as quais não precisam ser exercidas exclusivamente de forma presencial. “A criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, tem necessidade de amor e compreensão” (TOMASZEWSKI, 2004, p. 224).

---

VÍDEO-TRANSMISSÃO. ADMISSIBILIDADE. GENITOR QUE RESIDE NO EXTERIOR. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUALQUER RISCO DE NATUREZA CONCRETA AO MENOR. IMPORTÂNCIA DO CONVÍVIO PATERNO. AMPLIAÇÃO QUE CONTRIBUI PARA O FORTALECIMENTO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE A MENOR E O GENITOR. AMPLIAÇÃO DEFERIDA EM PARTE, CONSIDERANDO QUE O RÉU RESIDE NO EXTERIOR DE FORMA IRREGULAR. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO DO DEMANDADO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - AC: 10024244920168260224 SP 1002424-49.2016.8.26.0224, Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 03/12/2019, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/12/2019).

A pandemia do novo Coronavírus veio salientar a necessidade de uma nova interpretação e visão sobre este instituto, o qual ainda enfrenta resistência em sua modulação e estipulação. Ainda, a convivência virtual, diante desse cenário, tem-se mostrado cada vez mais benéfica e necessária, como poderá ser visto adiante.

#### 4.2 DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR VIRTUAL

O Direito sempre se encontra em constante movimento. Todas as questões sociais influenciam o Direito, seja de maneira direta ou indireta, na mesma medida em que o Direito também influencia a sociedade e os comportamentos individuais e coletivos. É evidente que o Direito serve à sociedade e sua organização, cabendo a este satisfazer as demandas criadas pela sociedade (SCHERBAUM; ROCHA, 2018, p. 15).

Ademais, a evolução jurídica, tanto teórica quanto tecnológica, é extremamente necessária para o desenvolvimento humano, para que continuem sendo tutelados os seus interesses e clamores, conseguindo adequação ao tempo em que se encontra e proporcionando, assim, a promoção da dignidade humana (FERMENTÃO, 2007, p. 60). Dessa forma, é preciso que o raciocínio jurídico vá além da simplista aplicação da lei em termos teleológicos (LORENZONI, 2020).

No dia 25 (vinte e cinco) de março de 2020, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) veio a expedir um documento em favor da proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes sob o título “Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da Covid-19”. Na recomendação 18<sup>o12</sup> (décima oitava), contém a

---

<sup>12</sup> 18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações: a. As visitas e os períodos de convivência

necessidade de que a convivência presencial deveria ser substituída por meios de comunicação telefônicos ou *on-line*, evitando-se colocar em risco a pessoa do filho.

Seguindo tais recomendações, foi decidido, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgamento de Agravo de Instrumento n.º 0019170-55.2020.8.19.0000, que a convivência presencial deveria ser substituída pela virtual, conforme recomendações do CONANDA, a fim de evitar riscos desnecessários de contaminação e, assim, preservar os laços de afeto entre o genitor e o infante<sup>13</sup>. “Assim, o afastamento compulsório é possível e recomendável, desde que a convivência apresente real risco à saúde da criança, devendo tal afastamento ser cessado tão logo haja condições saudáveis para a retomada do convívio” (PAIXÃO, 2020, p. 171).

---

devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou *on-line*, permitindo que a convivência seja mantida; b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável; c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos a situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado; d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado; e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas; f. O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como um todo (CONANDA, 2020).

<sup>13</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAÇÃO DE MENOR. Pedido de suspensão temporária da visitação paterna fundado no risco de contaminação da criança por Coronavírus. Núcleo familiar do menor composto por idosos. Indivíduos inseridos no denominado grupo de risco, notadamente o avô materno, portador de cardiopatia e hipertensão. Deslocamento do genitor suscetível de potencializar o risco de contágio por Covid-19, em prejuízo à integridade física da criança e de seus parentes. Possibilidade de supressão ou restrição da visitação diante de situação grave e excepcional. Modificação judicial das condições originais da guarda autorizada pelo art. 1.586, do Código Civil. Substituição da visitação presencial por contato telefônico ou virtual, consoante recomendação emitida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Preservação da convivência familiar, ainda que de forma indireta, de forma a assegurar os laços de afeto com o genitor e o bom desenvolvimento emocional do infante. Providência que preserva, simultaneamente, o melhor interesse do menor e a vida e saúde de seus familiares. Recurso provido. (TJRJ – 18.ª Câm. Cív. – Ag. Intr. n.º 0019170-55.2020.8.19.0000 – Des. Rel. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos –j. 13/05/2020 –p. 14/05/2020).

É incontestável o fato de que os avanços tecnológicos, a integração dos meios de comunicação e a internet fazem parte do cotidiano de todas as pessoas nos atuais. O Direito deve, dessa forma, adaptar-se a estas novas tecnologias e utilizá-las ao seu favor, objetivando a concretização dos direitos fundamentais e, principalmente, na tutela da dignidade humana das crianças e adolescentes. “Já é possível notar na prática da advocacia familiarista a inserção de cláusula em acordos ou formulação de pedido em processo litigioso no sentido de determinar-se que o pai/mãe que não reside com a criança tenha frequente contato virtual com o filho” (BUFULIN; BRAZ; VITÓRIA, 2020, p. 10).

Assim, a fim de garantir o direito à convivência familiar frente a uma realidade pandêmica, os tribunais vêm a relativizar a forma de cumprimento deste direito, impondo-se a convivência virtual/remota quando a convivência física demonstrar perigo ao menor e aos membros da família (FOGAÇA; STEFANO, 2020). “E o futuro já chegou e em forma de calamidade, clamando por solidariedade” (AGUIAR, 2020, p. 105).

Ainda, é possível vislumbrar que a tecnologia pode vir a reduzir os conflitos e servir, verdadeiramente, como ferramenta de efetivação do direito à convivência familiar, possibilitando a comunicação do genitor não-guardião com sua prole (PAIXÃO, 2020, p. 174). “Embora a ‘visitação’ e a convivência física possam ser suprimidas em tempos de Coronavírus, a *convivência* no sentido lato da palavra pode – e deve – ser mantida entre o *não-guardião* e o filho” (BUFULIN; BRAZ; VITÓRIA, 2020, p. 10).

Acerca da convivência virtual, Thais Elislaglei Pereira Silva da Paixão (2020, p. 174) sustenta que

[...] faz-se necessário que as redes sociais e os diversos meios de comunicação hoje existente sejam transformados em mecanismos de efetiva aproximação entre as crianças e os seus genitores que se encontram afastados por uma distância geográfica. Tal medida, além de garantir o cumprimento, ainda que virtual, dos termos estabelecidos para a guarda compartilhada, neste período de pandemia, uma vez que perante a convivência virtual entre a criança

ou o adolescente e o genitor, também garante o equilíbrio mental de crianças e adolescentes.

É fundamental zelar e primar pela saúde física, mas, em igual proporção, deve-se buscar a tutela da saúde emocional e psíquica do filho, que pode restar prejudicada quando houver uma ruptura da convivência familiar com ambos os genitores. Logo, o contato e a comunicação, mesmo que virtuais, precisam ser garantidos, sob o risco de gerar danos não somente morais, mais também existenciais às crianças e aos adolescentes.

Não existe qualquer dúvida de que a convivência familiar deve ser exercitada preferencialmente de forma física e presencial. Todavia, nada impede que esta ocorra de maneira remota e virtual, a fim de evitar o distanciamento afetivo parental e danos à pessoa do filho (MENEZES; AMORIM, 2020, p. 33). Nesse sentido, a tecnologia possibilita que a distância física não signifique uma distância afetiva (FOGAÇA; STEFANO, 2020).

Há de se ressaltar que não existe uma regulamentação que verse sobre o tema, porém os tribunais vêm manifestando-se positivamente a respeito dessa “nova” modalidade de convivência. Sobre a imposição do convívio virtual em tempos de Coronavírus, vários tribunais já decidiram sobre, podendo-se elencar o Tribunal de Justiça de São Paulo, que optou pelo convívio virtual nas seguintes situações: i) a pessoa do filho demonstrou, nos autos, que possui problemas respiratórios, com necessidade de isolamento social prescrito por atestado médico<sup>14</sup>; ii) o genitor não-guardião concordou

---

<sup>14</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL C/C DECLARAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. Pretensão de retomada de convivência presencial com o petiz M. Impossibilidade. Suspensão desse tipo de regime em razão da pandemia da Covid-19. Medida excepcional justificada em razão da atual situação vivenciada no país. Menor, ademais, que possui problemas respiratórios, com necessidade de isolamento social prescrito por atestado médico. Possibilidade de comunicação por meio virtual expressamente ressalvada na decisão recorrida. Precedentes. DECISÃO PRESERVADA. AGRAVO DESPROVIDO. (TJ-SP; Agravo de Instrumento 2103203-46.2020.8.26.0000; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Assis - Vara do Ofício da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020).

com a suspensão da convivência física<sup>15</sup>. Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão de Agravo de Instrumento, compreendeu não só a importância da convivência familiar, mas também da excepcionalidade envolvendo a pandemia da Covid-19, determinando que o contato do pai com o filho seria por meio visual virtual diário<sup>16</sup>. Por fim, coloca-se sob análise a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao julgar uma Apelação Cível, momento em que se determinou que a convivência fosse dada de maneira remota, tendo em vista os problemas respiratórios da criança, bem como as medidas sanitárias adotadas pelas autoridades governamentais<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Regulamentação de visitas. Insurgência contra decisão que fixou regime de visitas e indeferiu o pedido de suspensão em virtude dos riscos decorrentes do novo Coronavírus. Genitor que concorda com a suspensão das visitas em virtude da Pandemia. Agravante que deve providenciar todos os meios necessários para realização de comunicação entre pai e filha por videoconferência ou similar. Elementos constantes nos autos que não autorizam a reforma da tutela. Visitas paternas que deverão ocorrer em fins de semana alternados. Recurso a que se dá parcial provimento (TJ-SP; AI: 2053408-71.2020.8.26.0000, Des. José Rubens Queiroz Gomes, Publicação do Acórdão 16/04/2020).

<sup>16</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITA PATERNA AOS FILHOS MENORES. COVID-19. VISITAS NO MODO VIRTUAL. O convívio com o pai não guardião é indispensável ao desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes. Situação excepcional configurada pela pandemia da Covid-19 e recomendação do Ministério da Saúde para manutenção do distanciamento social que aponta para o acerto da decisão recorrida, ao determinar contato do pai com o filho por meio de visita virtual diária, pelo menos por ora. Medida direcionada não só à proteção individual, mas à contenção do alastramento da doença. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento, nº 70084141001, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vera Lucia Deboni, Julgado em: 16-04-2020). (TJ-RS; AI: 70084141001 RS, Relator: Vera Lucia Deboni, Data de Julgamento: 16/04/2020, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 17/04/2020).

<sup>17</sup> APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. NÃO OCORRÊNCIA. REVERSÃO DA GUARDA. LIMITES DO PEDIDO. REGIME DE VISITAS LIVRE. DIFICULDADES DE RELACIONAMENTO ENTRE AS PARTES. NÃO RECOMENDAÇÃO. REGULAÇÃO FIXA. CONVERSÃO DA VISITAÇÃO PRESENCIAL EM VIRTUAL. PROVISÓRIA. MEDIDAS SANITÁRIAS. O princípio da adstrição ou congruência determina que a resposta dada pelo Judiciário a uma demanda deve guardar estreita vinculação com aquilo que a parte pediu, não sendo lícito ao magistrado proferir decisão sem que esteja diretamente relacionada ao que foi pedido pelas partes. Revela-se descabido o pedido de inversão da guarda, formulado em sede recursal, pelo fato de a parte autora ter condicionado seu acolhimento à prova da ocorrência de alienação parental, não verificada na espécie. Demonstrado que o regime de visitação livre, estabelecido na sentença, não se coaduna com o estado de espírito das partes e é capaz de produzir constantes conflitos entre elas, a fixação de regime de visitas pré-estabelecido, requerido por uma das partes e aceito pela outra, é medida que se impõe. Em virtude das medidas sanitárias atualmente adotadas pelas autoridades governamentais e das restrições delas decorrentes, e da constatação de

Não cabe ao Poder Judiciário estipular qual seja a melhor forma de se perfazer os cuidados parentais para cada núcleo familiar (CALDERÓN, 2017, p. 160), mas é incumbida a este a responsabilidade de dar respostas viáveis para os conflitos que lhe são postos. O juiz deve atuar de forma preventiva na proteção dos direitos da personalidade (BELTRÃO, 2004, p. 130) e, por esse motivo, evitar, ao máximo, a suspensão e o distanciamento afetivo entre o genitor não-guardião e o infante.

Coaduna-se com o que foi exposto o princípio da presença virtual, que traz, em seu núcleo, a compreensão de que o comparecimento da pessoa, utilizando das tecnologias de comunicação em tempo real, equivale e acaba por produzir os mesmos efeitos jurídicos que o comparecimento físico (DELGADO, 2020). Assim, a convivência familiar estará adimplida, mesmo que virtualmente, podendo o genitor não-guardião utilizar-se dos mais variados meios, seja por chamada telefônica ou plataformas digitais de comunicação (*Zoom, Microsoft Teams, Hangouts, Skype*, entre outras) ou, até mesmo, pelas redes sociais, como *WhatsApp* e/ou *Instagram*. “A natureza dialética de qualquer estrutura normativa pressupõe a compreensão da totalidade do sistema, mediante o diálogo entre os vários princípios e sua articulação axiológica, teleológica e fenomenológica” (ROBORTELLA; PERES, 2020, p. 81).

Quando se coloca em pauta o relacionamento paterno-materno-filial, o ciberespaço demonstra ser uma ferramenta importante para a comunicação e convívio entre pais e filhos. “Resta forçoso então concluir que o ambiente familiar como se discorre, por exercer enorme influência, deve proporcionar um mínimo de condições para o desenvolvimento da personalidade da criança” (TOMASZEWSKI, 2004, p. 97). Essas condições, em certa medida, podem ser supridas pela convivência virtual. O direito à convivência de forma virtual tende

---

que o menor é portador de problemas respiratórios, recomenda-se que as visitas sejam realizadas por via remota, enquanto perdurar a determinação de afastamento social (TJ-DFT; AC: 1254680 DFT, Relator: Des. Esdras Neves, Data de Julgamento: 03/06/2020, Sexta Turma Cível, Data de Publicação: 18/06/2020).

a tornar-se uma realidade necessária em tempos tecnológicos e cada vez mais dinâmicos, rompendo-se com a distância e promovendo, assim, um convívio mais diário e afetuoso.

Por fim, cabe dizer que o Poder Judiciário precisa acompanhar os avanços nas diversas searas da vida, assimilando, para si, as novas tecnologias e as possibilidades que surgem destas. Cabe, então, ao Estado, por intermédio de seus agentes, não somente proteger, mas também promover, seja qual for o meio, o direito à convivência familiar, “na exata medida em que tal se mostra essencial e fundamental ao desenvolvimento digno e escorreito dos referidos infantes [...]” (BAHIA; TOLEDO, 2020, p. 213).

A convivência virtual deve ser implementada conjuntamente com a convivência física e assim promover, de fato, a efetivação desse direito, observando-se, sempre, a rotina e as peculiaridades de cada família. “Enfim, o melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o seu direito de convivência precisa ser efetivado de fato na realidade brasileira, à medida que, sem ele, a vida digna não se realizará e, conseqüentemente, os direitos da personalidade do filho restarão lesionados” (VIEIRA; MORAES, 2020, p. 109).

Dessa forma, pode-se concluir que a convivência virtual é uma forma de estreitar e fortalecer os laços entre pais e filhos, podendo, ainda, tal direito ser estendido a todo núcleo familiar. A pandemia do Coronavírus demonstrou isso de forma clara, quase que forçando, em alguns casos, a determinação judicial do convívio virtual, com o intuito de não haver a quebra afetiva entre as partes e reconhecendo a importância capital desse direito fundamental para a personalidade da criança e do adolescente. Assim, resta-se claro que, para um futuro, além da necessidade de regulamentação da convivência física/presencial, deve-se observar a convivência virtual/remota.

## **5 CONCLUSÕES**

Utilizar-se do contexto de pandemia e das medidas de isolamento social como justificativa para o inadimplemento do cuidado imaterial para com os filhos ou, até mesmo, para impedir que o genitor não-guardião realize a convivência, são atitudes que devem ser rechaçadas. A autoridade parental (poder familiar) impõe um fazer, isto é, atitudes que vão além do convívio físico e que devem ser exercitadas por ambos os genitores. O distanciamento social não faz diminuir o cuidado em face da prole; ao contrário, deve ser o motor para o desenvolvimento e criação de resoluções criativas.

Observa-se que qualquer alteração momentânea do direito de convivência familiar entre os pais e os filhos não será pautada unicamente nas determinações estaduais e municipais de distanciamento social. Além disso, nas situações que careçam desse distanciamento físico, deve-se garantir, indubitavelmente, a comunicação e contato virtual, preservando-se, sempre, a manutenção e perpetuação da convivência e diálogo entre o genitor não-guardião e os filhos menores.

Cabe ao Direito estabelecer as regras, inclusive aquelas de convivência familiar, em tempos de pandemia. Mesmo que se fale que a convivência pelos meios virtuais, deve ser imposta apenas nos casos em que o deslocamento físico não seja possível ou apresente algum risco ao menor. Para os autores do presente artigo, a convivência virtual deve ser regulamentada para todas as situações, e não apenas àquelas em que não se pode ter o convívio físico.

A Covid-19 colocou em evidência a fragilidade e os problemas envoltos à regulamentação da convivência familiar, mostrando que a tecnologia, além de ser um instrumento facilitador da comunicação entre pais e filhos, deve ser integrada de maneira obrigatória, quando da regulamentação do direito à convivência familiar, impulsionando a comunicação e a interação entre as partes, promovendo, assim, o pleno desenvolvimento da personalidade do filho e o respeito à dignidade de todos.

É preciso que se estabeleça um convívio entre pais e filhos aceitável tanto no ambiente físico quanto em ambiente virtual, ampliando-se esse direito fundamental da criança e do adolescente para além do espaço físico e efetivando-se, de forma concreta, uma convivência entre o genitor não-guardião e o filho, vindo a romper com a antiquada ideia de “visitas” aos finais de semana alternados.

Data de Submissão: 27/07/2020

Data de Aprovação: 18/02/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Jaíne Araújo Pereira

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos. O vetor constitucional da solidariedade em tempos de Coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord.). **O Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 101-111.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de cuidado dos pais no desenvolvimento emocional da criança. *In*: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 621-632.

ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. **Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016.

BAHIA, Claudio José Amaral Bahia; TOLEDO, Claudia Mansani  
Queda de. O estado e seu dever inafastável de concretização do  
direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças  
e adolescentes também em tempos extraordinários: A Covid-19 e a  
concessão do auxílio emergencial retratado pela Lei n.º  
13.982/2020. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n.  
26, p. 208-222, 2020. Disponível em:  
<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4060>  
O. Acesso em: 14 mai. 2020.

BARRETO, Máira De Paula; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Os  
princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os  
direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**,  
v. 7, n. 1, p. 277-308, 2007. Disponível em:  
<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/527>. Acesso em: 09 mai. 2020.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade e o novo  
Código Civil**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) –  
Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de  
Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em:  
<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4000> Acesso em: 07  
jul. 2020.

BONILLA-ALDANA, D. Katterine; *et al.* Una nueva zoonosis viral de  
preocupación global: Covid-19, enfermedad por Coronavírus 2019.  
**Iatreia**, vol. 33, p. 107-110, abr./jun. 2020. Disponível em:  
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/iatreia/article/view/341260>.  
Acesso em: 16 mai. 2020.

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa  
Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga.  
Fundamentação dos direitos fundamentais na contemporaneidade.  
**Prim@ Facie**, v. 8, n. 15, p. 64-95, 2009. Disponível em:  
<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4348>.  
Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o  
Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.  
Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 18  
jul. 2019.

BUFULIN, Augusto Passamani; BRAZ, Miryã Bregonci da Cunha;  
VITÓRIA, Fernanda Montalvão da. Coronavírus e direito de família:  
as implicações do enfrentamento da emergência de saúde pública de  
importância internacional decorrente do surto de Covid-19 no regime  
de convivência familiar. **Civilistica.com: Revista eletrônica de**

**direito civil**, v. 9, n. 1, p. 1-15, 2020. Disponível em:  
<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/518>. Acesso em: 14 mai. 2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Pandemia do Coronavírus pode levar a suspensão compulsória da convivência dos pais com os filhos.

**Migalhas**, 23 mar. 2020. Disponível em:  
<https://www.migalhas.com.br/depeso/322284/pandemia-do-coronavirus-pode-levar-a-suspensao-compulsoria-da-convivencia-dos-pais-com-os-filhos>. Acesso em: 12 mai. 2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da quebra dos deveres paternais. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (Org.). **Famílias, Psicologia e Direito**. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017, p. 41-55.

CONANDA – CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da Covid-19. 25 mar. 2020. Disponível em:  
[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes\\_conanda\\_covid19\\_25032020.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

CONTREIRAS, Elke Regina de Carvalho. Impactos da Covid-19 no direito de família na redução da capacidade econômica do devedor. *In*: LEAL, Andrea; MELO, Ezilda; BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis (Coord.). **Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos** [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 176-183.

DELGADO, Mário Luiz. A pandemia e o princípio da presença virtual. **Migalhas**, 16 jul. 2020. Disponível em:  
[https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20\(CC%2C%20art](https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20(CC%2C%20art). Acesso em: 18 jul. 2020.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Marcio Roberto. Direitos Fundamentais e as Relações Privadas: Superando a (Pseudo) Tensão entre Aplicabilidade Direta e Eficácia Indireta para Além do Patrimônio. **Revista Jurídica**, v. 53, n. 4, p. 326-356, 2018. Disponível em:  
<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3222>. Acesso em: 08 mai. 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e Axiologia—O valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 7, n. 1, p. 57-80, 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/516>. Acesso em: 08 mai. 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A Resolução N.º 125/2010 Do CNJ Como Política Pública De Tratamento Adequado Aos Conflitos Nas Relações Familiares: Em Direção À Proteção Da Dignidade Da Pessoa Humana E A Efetivação Dos Direitos Da Personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 2, p. 53-82, 2020. Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/791>. Acesso em: 09 jul. 2020.

FOGAÇA, Cristiano Padial; STEFANO, Isa Gabriela de Almeida. Conrado Paulino da. Covid-19 e reflexos no direito de família: o direito de visita virtual. **Migalhas**, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328725/covid-19-e-reflexos-no-direito-de-familia-o-direito-de-visita-virtual>. Acesso em: 08 jul. 2020.

GROENINGA, Gisele Câmara. Guarda compartilhada – a efetividade do poder do poder familiar. *In*: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 149-170.

JABUR, Gilberto Haddad. O afeto (ou sua falta) na formação dos filhos: do dever à reponsabilidade. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 20, n. 3, p. 1.107-1.120, 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1210>. Acesso em: 13 mai. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A omissão (abandono afetivo) e a ação (alienação parental) como condutas desencadeadoras da reparação de dano moral. *In*: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord.). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. Barueri/SP: Manole, 2019, p. 526- 545.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LORENZONI, Pietro Cardia. Coronavírus, isolamento social e o Direito: uma reflexão sobre os limites do Poder Executivo. **Estado da Arte**. 03 abr. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/isolamento-social-direito-limites-executivo/>. Acesso em: 23 mai. 2020.

MACEDO, Yuri Miguel; ORNELLAS, Joaquim Lemos; BOMFIM, Helder Freitas do. Covid-19 no Brasil: o que se espera para população subalternizada?. **Revista Encantar-Educação, Cultura e Sociedade**, v. 2, p. 01-10, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.uneb.br/index.php/encantar/article/view/8189>. Acesso em: 15 mai. 2020.

MARQUES, Emanuele Souza; *et al.* A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela Covid-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. 1-6, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/>. Acesso em: 15 mai. 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Os impactos do Covid-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia. **Civilistica.com: Revista eletrônica de direito civil**, v. 9, n. 1, p. 1-38, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/517>. Acesso em: 15 mai. 2020.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente?. **Revista Jurídica Luso-Brasileira [RJLB]**, ano 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. *In*: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coord.). **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. Berueri/SP: Manole, 2019, p. 425-448.

MULTEDO, Renata Vilela; POPPE, Diana. O Coronavírus e os seus efeitos na responsabilidade parental. *In*: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (coord.). **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 369-378.

OLIVEIRA, Erivan de Souza; MORAIS, Arlandia Cristina Lima Nobre de. Covid-19: uma pandemia que alerta à população. **Interamerican Journal Of Medicine And Health**, v. 3, p. 1-7, 2020. Disponível em: <https://iajmh.com/iajmh/article/view/80>. Acesso em: 16 mai. 2020.

ORNELL, Felipe; *et al.* Pandemia de medo e Covid-19: impacto na saúde mental e possíveis estratégias. **Revista debates in**

**psychiatry**, Ahead of print, ano 10, p. 2-7, 2020. Disponível em: <https://www.abp.org.br/rdp2020>. Acesso em: 23 mai. 2020.

PAIXÃO, Thais Elislaglei Pereira Silva da. Os impactos da covid-19 no exercício da guarda compartilhada: o limite entre o bom senso e o direito. *In*: LEAL, Andrea; MELO, Ezilda; BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis (Coord.). **Covid-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos** [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 168-175.

PEREIRA, Tânia da Silva; FRANCO, Natália Soares. O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada. *In*: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 344-358.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antonio Galvão. Interpretação jurídica em tempos de pandemia. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord.). **O Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 75-88.

RODRIGUES, Artur Canabrava; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. O abandono afetivo no direito das famílias à luz da teoria do reconhecimento. **Revista Jurídica (UNICURITIBA)**, v. 1, n. 38, p. 328-348, 2015. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1423/966>. Acesso em: 05 jul. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. Coronavírus e direito de convivência. **IBDFAM**, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1385/Coronav%C3%ADrus+e+direito+de+conviv%C3%Aancia>. Acesso em: 12 ma. 2020.

SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves; ROCHA, Leonel Severo. A constitucionalização no direito de família no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro [RECONTO]**, v. 1, n. 1, p. 1-21, 2018. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/62>. Acesso em: 13 mai. 2020.

SILVA, Heleno Florindo da. A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. **Nomos – Revista do programa de pós-graduação em direito da UFC**, v. 32, n. 2, p. 205-221, 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/358>. Acesso em: 07 jul. 2020.

SILVA, Heleno Florindo da; GONÇALVES, Suelen Florindo; FABRIZ, Daury César. A proteção integral e prioritária à criança como dever fundamental dos pais: uma análise a partir da relação entre pais fumantes e seus filhos. **Nomos – Revista do programa de pós-graduação em direito da UFC**, v. 34, n. 1, p. 109-125, 2014.

Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1190>. Acesso em: 09 jul. 2020.

STRANGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019b.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: teoria e prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019a.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Fundamentos do Direito Civil – vol. 6: Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

VIEIRA, Diego Fernandes; MORAES, Carlos Alexandre. Análise acerca da liberdade individual versus a convivência familiar: colisão de direitos e a tutela geral dos direitos da personalidade. **Mision Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, vol. 13, n. 18, enero – junio, p. 97-113, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/1703>. Acesso em: 29 jun. 2020.

## **Of The Coronavirus Pandemic (Covid-19) And Social Distancing: Rethinking The Right To Family Living Beyond Physical Space**

Diego Fernandes Vieira

Carlos Alexandre Moraes

Geisieli Mariany Bonini

**Abstract:** This article analyzes the reflexes that the social distance, caused by the Coronavirus, to the right to family life. The research was based on hypothetical-deductive and legal descriptive methods, using bibliographic and documentary research. In this way, the issues involving the Coronavirus pandemic, the right to coexistence and a new perspective on this right of children and adolescents of free and wide communication and with the non-guardian parent are addressed. The research ended with a reflection on the need to regulate virtual family coexistence - together with physics -, which allows, through new technologies, the maintenance and strengthening of parental bonds and structuring of the child's personality even in times of social distance.

**Keywords:** Covid-19. Family. Personality Rights. Virtual family life.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54181>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



## A Proteção Contratual Do Consumidor E A Lei Nº 14.046/2020

**Marcos Ehrhardt Júnior \***

Universidade Federal de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió-AL, Brasil.

 <http://orcid.org/0000-0003-1371-5921>

**Eduardo Henrique Costa \*\***

Universidade Federal de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió-AL, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-2791-465X>

**Natália Tenório Fireman Camelo \*\*\***

Universidade Federal de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió-AL, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-8367-7436>

**Resumo:** O artigo examina a Lei nº 14.046/2020, que trata do cancelamento, do reembolso e da responsabilidade civil de serviços ligados à indústria do turismo e do entretenimento, e as suas repercussões no direito do consumidor, na perspectiva do diálogo de fontes com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. O objetivo é investigar se o tratamento conferido pela referida lei respeita o núcleo normativo do microsistema de proteção ao consumidor, mormente o de equilíbrio dessas relações contratuais. A pesquisa foi realizada a partir do método científico dedutivo de revisão bibliográfica e documental em doutrina e em legislação nacional e estrangeira. Constatou-se que a legislação analisada traz retrocesso a conquistas sociais nas relações privadas, alcançadas constitucionalmente, como a proteção do vulnerável em condições de desequilíbrio negocial. A vedação, a priori, de danos extrapatrimoniais é uma clara demonstração da assimetria do diploma legal com o sistema de proteção ao consumidor e da reparação integral do dano. Por fim, verificou-se que as singularidades de cada conflito contratual, e eventual comportamento desleal, não devem ser desprezados com a limitação imposta pela norma quanto à responsabilidade do fornecedor, necessitando de aferição casuística pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Pandemia. Direito do Consumidor. Contratos de consumo. Responsabilidade Civil.

\* Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da UFAL e Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor do Centro Universitário CESMAC. Editor da Revista Fórum de Direito Civil (RFDC). Diretor Nordeste do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). E-mail: [contato@marcosehrhardt.com.br](mailto:contato@marcosehrhardt.com.br)

\*\* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito do Consumidor do Centro Universitário CESMAC. E-mail: [eduardo@eduardocosta.adv.br](mailto:eduardo@eduardocosta.adv.br)

\*\*\* Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Professora do Centro Universitário Mario Pontes Jucá – UMJ. E-mail: [natalia@frlnadvogados.com.br](mailto:natalia@frlnadvogados.com.br)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54080>

# **A Proteção Contratual Do Consumidor E A Lei Nº 14.046/2020**

**Marcos Ehrhardt Júnior**

**Eduardo Henrique Costa**

**Natália Tenório Fireman Camelo**

## **1 INTRODUÇÃO**

Os impactos da pandemia do coronavírus repercutiram em todas as atividades econômicas, com maior ou com menor abrangência, de acordo com as peculiaridades na sua execução ou no fornecimento. A indústria do turismo e a do entretenimento figuram entre aquelas mais afetadas, pelo caráter presencial e pela atual impossibilidade de aglomerações, que mesmo diante das medidas de relaxamento do isolamento social, ainda não são amplamente recomendadas pelos especialistas em saúde pública.

Diante da emergencialidade do momento e da constatação de que essas serão atividades econômicas que tardarão a retomar o seu funcionamento pleno, foi publicada a Lei nº 14.046/2020<sup>1</sup>, em 25 de agosto de 2020, a fim de regular o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e de cultura. A norma busca reequilibrar tais relações, assim como ocorreu com o setor de aviação civil por meio da Lei nº 14.034/2020.

---

<sup>1</sup> O tema foi tratado inicialmente pela Medida Provisória (MPV) nº 948/2020, editada em 08 de abril de 2020, e, a partir do dia 25 de agosto de 2020, foi convertida na Lei nº 14.046/2020.

As medidas que visam proteger as empresas, contrabalanceando as normas de proteção ao consumidor, têm sido objeto de severas críticas pela modificação substancial encetada pelo regime especial instituído em relação ao regramento ordinário de tais relações negociais. A Lei nº 14.046/2020 altera significativamente as relações contratuais de consumo diante da previsão de dispensa de reembolso em caso de prestação posterior do serviço ou da conversão em crédito para o consumidor, além de criar regra excepcional, de redação bastante trincada, que parece indicar a impossibilidade de reparação civil decorrente da não prestação de serviços no período pandêmico.

A partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema, o artigo investiga se as disposições da Lei nº 14.046/2020 flexibilizam os direitos dos consumidores a ponto de manter o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade necessários aos contratos de consumo. A investigação prossegue avaliando se, diante da pluralidade de fontes normativas e do necessário diálogo das fontes, há compatibilidade desse regramento com a defesa do consumidor.

## **2 A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A NORMALIDADE DA EXCEÇÃO**

Em 20 de março de 2020, foi declarado estado de calamidade pública no Brasil por meio da edição do Decreto Legislativo nº 6, em consonância com a Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde, reconhecendo a pandemia decorrente da infecção humana pelo novo coronavírus como uma situação de emergência de saúde pública de importância internacional<sup>2</sup>. A necessária agilidade

---

<sup>2</sup> Neste sentido, a Lei nº 14.010/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) para o período da pandemia do coronavírus (Covid-19), prescreve, em seu art. 1º, que o dia

para contenção da doença exigiu a adoção de ações urgentes por parte dos governos. No âmbito do Poder Executivo Federal, enxergou-se a emergência sanitária como hipótese de relevância e urgência nacional, admitida pelo art. 62 da Constituição Federal, que autoriza a edição de medidas provisórias.

Nesse contexto, em abril de 2020, 26 instrumentos excepcionais dotados de força imediata de lei foram editados, entre eles a MPV nº 948/2020, que dispôs sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e de cultura, com o evidente propósito de regular de forma transitória os contratos de consumo advindos desses setores, que tiveram suas atividades abruptamente interrompidas pelos efeitos da pandemia. Posteriormente, a aludida medida provisória foi objeto de conversão legal com a publicação da Lei nº 14.046/2020, sob a qual se debruça a presente análise.

A legitimidade e a adequação das regulações excepcionais têm sido questionadas, pois na pretensão de controlar o caos econômico provocado pelos efeitos da pandemia, assumem a indisfarçável opção política de proteger o mercado, em completo detrimento dos mais vulneráveis, que o texto constitucional sempre primou por proteger.

Seria o argumento da imprevisibilidade da pandemia suficiente para justificar a adoção de medidas excepcionais que violam garantias constitucionais e causam um retrocesso às árduas conquistas do sistema jurídico brasileiro?

Neste particular, é oportuno reproduzir o questionamento de Rodotá (2003, p. 201): “pode sobreviver o direito em um mundo que parece dominado pelas leis férreas da economia e pela potência cega da técnica, em que a lógica da força quer cancelar as regras jurídicas e as grandes constituições da modernidade jurídica?”.

Tal qual a pandemia da cegueira branca, apresentada na obra ensaio sobre a cegueira de José Saramago, a transparência da

---

20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, é o termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19) em nosso país.

pandemia do coronavírus criou uma claridade que cega, que impede de enxergar com exatidão que, não obstante a urgência das dificuldades apresentadas, não se deve perder de vista a evidência de que as respostas para lidar com essa crise sanitária estão no próprio ordenamento, na dignidade humana, na natureza normativa da Constituição e na dogmática jurídica, como adiante será observado.

### **3 AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 14.046/2020**

A Lei nº 14.046/2020 disciplina os contratos de consumo vinculados à indústria do turismo e do entretenimento. Em linhas gerais, o referido diploma legislativo limita de forma genérica a autodeterminação contratual dos consumidores e preestabelece um modelo de responsabilidade civil que contraria o direito à reparação integral, ao retirar da apreciação do magistrado a possibilidade de indenização por dano extrapatrimonial.

Segundo a citada norma, serão regidas as relações travadas com prestadores de serviços turísticos e com sociedades empresárias elencadas no art. 21 da lei nº 11.771/08, tais como meios de hospedagem, agências de turismo, transportadoras turísticas, organizadoras de eventos, parques temáticos e acampamentos turísticos, bem como cinemas, teatros e plataformas digitais de vendas de ingressos pela internet.

Note-se que não está abrangendo o transporte aéreo, regido pela Lei nº 14.034/2020; tampouco há encaixe interpretativo que regule os *sites* que agregam em sua plataforma um combo de serviços (pacote aéreo, reserva de hotel e ingressos). Esta grave lacuna também não restou preenchida pelo diploma legal afeto ao transporte aéreo.

O art. 2º da Lei nº 14.046/2020 reza que na hipótese de adiamento ou cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o fornecedor do serviço não terá o dever

de reembolso ao consumidor desde que: 1) seja assegurado o direito de remarcação, com respeito aos valores e as condições dos serviços originalmente contratados, a fim de evitar a locupletação do consumidor em condições superiores às adquiridas, a ser fruída no prazo de 18 (dezoito) meses após a cessação do estado de calamidade pública gerado pela pandemia; e, 2) a disponibilização de crédito ou abatimento na compra de outros serviços, cuja fruição fica limitada a 12 (doze) meses após o fim da pandemia.

Ainda determina que o referido direito de escolha do consumidor seja exercido prontamente a partir do dia 1º de janeiro de 2020 até o prazo de: i) 120 (cento e vinte) dias, que será contado da comunicação do adiamento ou do cancelamento dos serviços; ou, ii) 30 (trinta) dias antes da realização do evento, o que acontecer primeiro, sem a incidência de qualquer encargo ou acréscimo decorrente dessa operação. Se não houver manifestação do consumidor, o referido prazo de escolha poderá ser excepcionalmente restituído em caso de internação do consumidor, aos seus herdeiros ou sucessores em caso de falecimento, ou ainda em virtude de hipótese de força maior.

Decorrido o prazo de escolha, a norma não veda a exigibilidade de cobrança de taxa ou multa pela escolha intempestiva, nem menciona pormenores sobre a liberdade contratual para a aplicação eventual de tais encargos. Todavia, o referido prazo de escolha poderá ser excepcionalmente restituído em caso em que não houver a manifestação do consumidor em razão de sua internação, de transmissão de direito aos seus herdeiros ou sucessores em caso de falecimento, ou ainda em virtude de hipótese de força maior.

Importante notar que a possibilidade de restituição foi abordada no texto legal no art. 2º, §6º, mas de forma restrita, isto é, somente se as opções previstas não forem passíveis de cumprimento, é que o fornecedor terá a obrigação de reembolsar a quantia paga pelo consumidor, com correção monetária aferida pelo índice do IPCA, no prazo de 12 meses, contados da superação oficial da pandemia pelo

Estado. O legislador fez um importante acréscimo no texto original da medida provisória 948/2020, ao prever a dedução de eventuais valores que se refiram a serviços já prestados de agenciamento ou de intermediação, a exemplo da taxa de conveniência e/ou de entrega, tanto para uso ou para abatimento na compra de novos serviços, quanto na hipótese de restituição.

Em razão da incerteza quanto à cessação dos efeitos da emergência de saúde pública, nos casos de escolha pela remarcação, as disposições já vistas se aplicam, inclusive, às hipóteses em que o serviço, a reserva ou o evento adiado necessitar de novo adiamento. Bem assim, tal previsão também se aplicará aos novos eventos lançados, no decorrer do período de emergência em saúde pública, e que não puderem ser realizados por esse motivo.

Por fim, o art. 5º cuida da responsabilidade civil dos casos regidos pela lei com uma redação, no mínimo, confusa. A norma preconiza que todas as relações de consumo por ela tuteladas são hipóteses de caso fortuito ou força maior e não autorizam a reparação indenizatória por danos morais, nem a aplicação de multas ou outras penalidades aplicáveis pelo Estado na esfera administrativa. Ressalvam-se desta regra geral os casos de dedução dos valores referentes a serviços de agenciamento ou de intermediação, contanto que caracterizada a má-fé do prestador de serviço ou da sociedade empresária<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Eis a íntegra do referido dispositivo: “Art. 5º. Eventuais cancelamentos ou adiamentos dos contratos de natureza consumerista regidos por esta Lei caracterizam hipótese de caso fortuito ou de força maior, e não são cabíveis reparação por danos morais, aplicação de multas ou imposição das penalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ressalvadas as situações previstas no § 7º do art. 2º e no § 1º do art. 4º desta Lei, desde que caracterizada má-fé do prestador de serviço ou da sociedade empresária.”

#### **4 PLURALIDADE DE FONTES E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

A excepcionalidade ocasionada pela Covid-19 demanda a adoção de algumas medidas, inclusive no âmbito jurídico, que se afastam do cenário de normalidade das relações entre particulares. Não se perca de vista que a proteção ao consumidor não é diretriz isolada, pois como a Constituição assenta, em seu art. 170, que a ordem econômica deve ser articulada a partir de diversos princípios, como a proteção à livre concorrência, a defesa do consumidor, a valorização do trabalho humano e entre outros. Sem uma hierarquia previamente definida, tais princípios devem ser conjugados de acordo com os objetivos constitucionais, que são consubstanciados na própria finalidade da ordem econômica, a saber, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (CUNHA JUNIOR, 2020, p. 1.269).

Nesse sentido, Eros Grau (2018, p. 161) sustenta que a Constituição não se interpreta em pedaços, de modo que qualquer texto normativo impõe ao intérprete o percurso que se projeta a partir do texto constitucional. Com efeito, uma das formas de efetivamente proteger o consumidor é justamente lhe assegurar um mercado diversificado e não concentrado, afinal a livre concorrência preconizada na Constituição federal de 1988 é um processo comportamental competitivo, que também é forma de tutela do consumidor, porquanto a competitividade induz uma distribuição de recursos a mais baixo preço (FERRAZ JUNIOR, 1989).

Miragem (2019) aduz que o conceito de bem-estar do consumidor está relacionado a vantagens obtidas, como: 1) melhores preços, 2) melhor qualidade, 3) maior diversidade de oferta. Para ele, “é a compatibilização de interesses legítimos de consumidores entre si e dos fornecedores e demais agentes econômicos que permitem

identificar *in concreto* o bem-estar do consumidor” (MIRAGEM, 2019, p. 101).

A necessidade de contraponto entre os interesses de consumidores e de fornecedores foi positivada como um dos vetores da Política Nacional das Relações de Consumo, tendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) previsto expressamente o dever de harmonização e compatibilização dos interesses dos participantes das relações de consumo a partir da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Ao buscar proteger o mercado de eventos e de atividades turísticas, o tratamento conferido pela Lei nº 14.046/2020 novamente lança novamente lança luzes em um dos problemas do direito privado na contemporaneidade, que é a pluralidade de fontes normativas e a necessidade de coexistência sistemática entre elas, no que a doutrina pátria convencionou denominar de diálogo de fontes.

A edição de leis emergentes para dirimir conflitos nos contratos privados em virtude da pandemia é medida bem-vinda, dada a agudeza da emergência sanitária e do colapso iminente da economia, mas, ao mesmo tempo, reforça a discussão sobre o alcance de suas disposições em relação ao núcleo normativo da proteção ao consumidor. Dito de outro modo: estaria a lei em análise no mesmo diapasão de todo o sistema jurídico protetivo das relações de consumo, que tem como marco zero os valores assegurados na Constituição Federal?

Na perspectiva do Superior Tribunal de Justiça, a tutela prioritária da pessoa humana nas relações de consumo e a necessária compatibilização da pluralidade de fontes normativas advém da legalidade constitucional, como fundamento de unidade do ordenamento. Essa tutela prioritária e a obrigatória compatibilização das fontes se origina na proteção da dignidade humana, especialmente quando em situação particular de vulnerabilidade, e privilegiando valores não patrimoniais. (OLIVA; TEPEDINO, 2020, p. 49)

Para a unificação do sistema jurídico proposta pela Constituição Federal, foi desenvolvida a metodologia de constitucionalização das

relações privadas, em que todo o Direito, inclusive o privado, deve ser interpretado à luz da Constituição. Imprescindível, portanto, “que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e princípios fundantes da ordem pública” (OLIVA; TEPEDINO, 2020, p. 52). Este processo hermenêutico busca assegurar que “cada interpretação é um microcosmo da imensa tarefa de realização de uma sociedade livre, justa e solidária” (LÔBO, 2019, p. 59).

Logo, a divisão estanque entre direito público e direito privado, em que o Código Civil atuava como diploma legal de vértice, foi suplantada pela necessidade de uma interpretação atenta à unidade da Constituição e, em consequência, do próprio ordenamento jurídico que dela colhe o seu substrato de validade.

Não fosse isso o bastante, a produção legislativa tem se tornado, cada vez mais, setorial e especializada em razão da complexidade que as relações sociais têm assumido, privilegiando a criação de pequenos estatutos temáticos. Há quem anote, como Natalino Irti (1999, p. 40), que o Código Civil sofre uma inversão de função, passando de lei geral para lei residual, já que a eclosão de leis especiais passa a assumir classes inteiras de relacionamentos, conferindo tratamento jurídico próprio e provocando o surgimento de novos princípios em leis especiais.

A proteção ao consumidor no Brasil é direito humano social e econômico positivado na Constituição Brasileira, que assegura tutela especial enquanto agente econômico mais vulnerável no mercado globalizado (MARQUES, 2004. p. 17). E o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), que é a materialização desse substrato constitucional, admite de modo expresso, em seu art. 7º, a pluralidade de fontes para a regência dos interesses dos consumidores.

No entanto, importante anotar que a existência de fontes normativas específicas sobre determinada matéria de consumo não afasta, por si só a incidência do CDC, pois, enquanto microsistema, conforma toda a produção normativa de consumo, de modo que as

normas especiais sobre relações de consumo não devem ferir o núcleo do Código de Defesa do Consumidor. É sob esta ótica que deve ser analisada a intensidade da intervenção do Estado nos contratos de consumo por meio da Lei nº 14.046/2020.

## **5 REPERCUSSÕES CONTRATUAIS DA LEI Nº 14.046/2020**

O Código de Defesa do Consumidor estabelece um claro diálogo de fontes com o Código Civil no campo contratual, mas possui pressupostos interpretativos próprios, adaptados à sua finalidade de reger relações essencialmente díspares, marcadas pelo traço da vulnerabilidade.

Ao estabelecer a morfologia dos contratos de consumo em busca de um equilíbrio efetivo, o CDC proíbe a existência de cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, II); que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV); que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (art. 51, IX); que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51, XI); ou que simplesmente estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV).

Se os contratos de consumo não podem ser concebidos em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, tampouco o poderá a produção legislativa, dada a recondução axiológica da proteção ao consumidor à Constituição Federal, como já delineado no tópico antecedente.

É fato que o modelo vigente de revisão dos contratos de consumo sempre foi concebido a partir de uma presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor. Todavia, o cenário atípico gerado pela pandemia fragilizou ambos os polos da relação jurídica.

Segundo Mucelin e D'Aquino, na esteira da Covid-19, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou uma previsão de prejuízo de US\$ 50 bilhões para a indústria do turismo. No início de março de 2020, a Associação Internacional do Setor Aéreo calculava uma perda de receita de até US\$ 113 bilhões em razão da pandemia, número que deve crescer depois da divulgação das medidas proibitivas pelo governo norte-americano (D'AQUINO; MUCELIN, 2020, p. 9).

Como destaca Schreiber (2020, p.3), cabe ao Direito fornecer à sociedade instrumentos jurídicos “que preservem, tanto quanto possível, os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros e as bases econômicas necessárias para que esses direitos sejam exercidos em sua máxima intensidade”, a fim de evitar a utilização oportunista dos instrumentos contratuais. As relações contratuais devem ser reavaliadas à luz da boa-fé e do equilíbrio, que são vetores de mão dupla, servindo tanto para aferir concretamente a posição de consumidores quanto de fornecedores, como alinhavado na política nacional de defesa do consumidor.

Essa constatação, mais uma vez, remete ao paradoxo do liberalismo: necessitar da intervenção do Estado Social. Em momentos de estabilidade, o livre mercado (e o seu eficientismo) busca afastar tanto quanto possível a intervenção do Estado na atividade econômica, mas se socorre justamente da tutela estatal, seja pela instituição de auxílios econômicos, ou seja, pela adoção de medidas legislativas, as quais regulam favoravelmente seus interesses.

O *New Deal*, plano de recuperação econômica operado pelo governo Roosevelt nos Estados Unidos, na década de 30, após a crise de 1929, e as medidas adotadas, em escala global, durante a crise de 2008, cujo epicentro foi o colapso de crédito do sistema imobiliário americano, retratam com clareza esse movimento. Com ou sem culpa, o mercado socorre-se do Estado para equilibrar sua situação diante de uma imprevisão ou de um problema incontornável. O reflexo dessas injunções na esfera contratual pode ser assim demonstrado:

No campo dos contratos, entretanto, um novo debate vem aflorando. Atualmente podemos claramente definir duas concepções opostas sobre este instituto: uma tradicional, focada no liberalismo econômico, que o enxerga como compromisso de interesses divergentes (antagônicos), e outra mais inclinada a entendê-lo como um ato de auxílio mútuo (colaboração) a partir de uma perspectiva solidarística. (EHRHARDT JUNIOR, 2008, p. 73)

Na quadra atual, há de se destacar o solidarismo contratual que, no dizer de Daniel Sarmiento (2004, p. 338), “implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum”.

O solidarismo não ignora as posições e os interesses contrapostos das partes, mas corresponde a uma busca pela superação de modelo adversarial, pois o contrato implica efeitos existenciais e econômicos para todos os envolvidos e deve ser compreendido como “a obrigação imposta aos contratantes de colaboração mútua, sobretudo para melhor deslinde de relações cada vez mais complexas entre as pessoas” (EHRHARDT JUNIOR, 2008, p. 74).

Mas, qual seria o limite da solidariedade contratual em tempos de pandemia?

Embora a complexidade do tema não permita uma resposta singela e objetiva, Tartuce (2020, p. 8) defende enfaticamente a adoção de três vetores para a superação das dificuldades contratuais, quais sejam bom senso, boa-fé e solidariedade, nos seguintes termos:

Chegou o momento de as partes contratuais no Brasil deixarem de se tratar como adversários e passarem a se comportar como parceiros de verdade. Ao invés do confronto, é preciso agir com solidariedade. De nada adiantará uma disputa judicial por décadas, com contratos desfeitos e relações jurídicas extintas de forma definitiva. Bom senso, boa-fé e solidariedade (TARTUCE, 2020, p.8).

Pelas linhas transcritas acima, parece adequada a adoção de mecanismos que privilegiem o diálogo e a adaptação dos contratos à realidade singular das partes de um contrato. No entanto, pela assimetria típica dos contratos de consumo, tal orientação não teria o

condão de evitar a judicialização maciça das relações negociais efetivadas antes da pandemia.

Buscando reduzir a insegurança jurídica sobre o tema enquanto o Poder Judiciário não estabelecesse seus *standards* interpretativos, veio a lume o diploma legal em comento para regular os setores abrangidos; a generalização de suas disposições suscita o questionamento inicial: há equilíbrio, boa-fé e solidariedade nas suas disposições em defesa do consumidor?

A variedade e a complexidade de serviços absolutamente distintos, mas tutelados identicamente pela Lei n 14.046/2020, trazem à tona a primeira crítica, entre as muitas possíveis, sobre os anacronismos e as omissões nela presentes: tratar desiguais como iguais.

As soluções contidas no art. 2º do texto legal, já comentadas em tópico anterior, resolvem uniformemente relações singulares e de complexidade e de execução diferenciadas. O consumidor que adquiriu ingressos para uma sessão de cinema tem uma situação complementamente distinta de quem adquiriu um pacote de viagem para o exterior e por qualquer razão de foro íntimo não possua mais interesse na continuidade do negócio. Mas o tratamento dispensado na norma, repita-se, é o mesmo.

De acordo com o referido dispositivo, em suma: o fornecedor deve oferecer duas opções ao consumidor, que consistem: 1) no direito de remarcação; e, 2) na conversão em crédito ou abatimento no preço na contratação de outros serviços. A escolha do consumidor deve ser exercida, sem nenhum encargo, entre o dia 1º de janeiro de 2020 até o prazo de 120 (cento e vinte) dias, que será contado da comunicação do adiamento ou do cancelamento dos serviços, ou até o prazo de 30 (trinta) dias antes da realização do evento, o que ocorrer primeiro. Em caso de internação ou de força maior, o prazo de 120 (cento e vinte) dias é devolvido em favor do consumidor, ou de seus herdeiros ou sucessores, por motivo de falecimento. Oferecida a prestação futura do

serviço, não haverá direito de reembolso, e quando existir, ficará condicionado ao prazo de até 12 meses após a cessação da pandemia.

A proteção ao livre mercado é medida salutar para os interesses dos próprios consumidores, mas a lei extravagante não pondera adequadamente os interesses, conforme analisado a seguir.

**Ausência de unidade no tratamento legislativo.** A Lei Federal nº 14.010/20, que trata do regime Jurídico Especial Transitório, mais conhecido como RJET, estabelece normas de regência das relações privadas em razão dos precalços gerados pela Covid-19. Malgrado as disposições sobre contratos do referido diploma legal tenham sido vetadas pela Presidência da República<sup>4</sup>, o seu texto original continha previsão expressa de que os contratos de consumo não sofreriam nenhuma restrição para a sua revisão em decorrência da pandemia. É dizer, mesmo reconhecida a excepcionalidade do momento, a vulnerabilidade do consumidor não poderia ser agravada pelo Estado justamente porque sua missão é o oposto disso.

É oportuno destacar que a Lei Federal nº 14.010/20 nasceu do regular processo legislativo, com o auxílio de renomados especialistas em Direito Privado na elaboração de seu texto, enquanto a Lei nº 14.046/2020, aqui em análise, decorreu da conversão da Medida Provisória nº 948/2020, e, inobstante algumas inclusões das casas legislativas, é inegável que adveio de iniciativa do Poder Executivo. A diferença apontada no nível de intervenção estatal nos contratos de consumo, em ambos os diplomas, somente ressalta a vulnerabilidade política do consumidor, defendida por Paulo Dal Pai Moraes (2009, p. 164), que aduz:

Cada vez mais as discussões, principalmente as jurídicas, pendem para a proteção dos valores econômicos ao invés dos valores sociais, estabelecendo odiável hierarquia e aumentando a vulnerabilidade política que macula os consumidores, quando, em realidade, deveriam estar os sistemas mesclados para o atendimento das necessidades de todos os homens, e não somente de alguns.

---

<sup>4</sup> No momento em que este artigo foi redigido, o veto presidencial ainda se encontrava sujeito à derrubada pelo Congresso Nacional, o que tornaria válidas as normas previstas no RJET sobre contratos civis, interempresariais e de consumo.

**Escasso prazo para o exercício do direito de escolha.** O objetivo da norma é possibilitar aos empreendedores tempo adequado para reorganizar suas operações e, assim, futuramente cumprir com as obrigações contratuais. Todavia, a Lei n° 14.046/2020 determina que o consumidor opte pela remarcação ou conversão em crédito entre o dia 1º de janeiro de 2020 e o prazo de 120 (cento e vinte) dias, que será contado da comunicação do adiamento ou do cancelamento dos serviços; ou até o prazo de 30 (trinta) dias antes da realização do evento, o que ocorrer primeiro. A norma autoriza que a escolha seja realizada posteriormente, mas com a incidência de encargos para a remarcação.

Diversamente da técnica adotada no RJET, que condiciona os prazos para o período após a cessação da pandemia, a referida lei impele o consumidor a exercer o direito de escolha prematuramente, mesmo que não se possa atualmente antever o futuro, vale dizer, a extensão da pandemia e dos seus impactos econômicos na vida pessoal de cada um, como eventual desemprego, perda de renda ou excessiva desvalorização cambial.

**Limitação substancial do direito de escolha do consumidor e o desestímulo à adoção de soluções negociadas entre as partes.** A norma do artigo 2º da Lei n° 14.046/2020 parece ser inspirada na mesma técnica legislativa utilizada pelos art. 18 (direito de escolha pela não sanção do vício do produto no prazo) e art. 35 (descumprimento da oferta) do CDC, que lhe oferece um direito postetativo a ser exercido soberanamente entre as duas opções legais respectivamente apresentadas.

Não se observa no mencionado art. 2º um direito de escolha entre obrigações proporcionalmente satisfatórias para a tutela dos interesses do consumidor; este se vê compelido a prosseguir no contrato mesmo sem desejar a fruição futura do serviço. A norma confere como opções o reagendamento do serviço e a sua conversão em crédito, cuja fruição poderá ocorrer no prazo de 18 (dezoito) meses em caso de remarcação, ou de 12 (doze) meses para a disponibilização

do crédito ou abatimento do seu valor para outro contrato com a mesma empresa, após a cessação da pandemia; limitando o direito ao reembolso à não execução futura do serviço. Portanto, diante da promessa de prestação do fornecedor, o consumidor não tem autonomia de vontade apta a discutir outra solução que lhe seja substancialmente satisfatória, o que, em parte, esvazia o dever de renegociar, imposto pelo solidarismo contratual.

Assim, não é exagero concluir que a preocupação com o fluxo de caixa das empresas e com o ambiente econômico em geral ignora a situação econômica dos consumidores, circunstância que antecede o desarranjo provocado pela pandemia, afinal empresas superendividadas contam com um regime legal de recuperação judicial, enquanto consumidores, na mesma situação, carecem de instrumentos normativos nesse sentido, malgrado as proposições legislativas em trâmite no Brasil.

**Ônus adicional decorrente da escolha de conversão em crédito.** A redação da medida provisória 948/2020 assegurava ao consumidor a escolha dentre o direito de reembolso, à remarcação do serviço ou outra solução negociada sem qualquer ônus adicional, exceto pela possibilidade de cobrança de multa pelo exercício de escolha fora do prazo legal. Ao se debruçar sobre o texto da M.P, o Congresso Nacional acrescentou mais um encargo a ser suportado pelo consumidor, que é o dever de dedução sobre o crédito de valores referentes a serviços de agenciamento e de intermediação já prestados, tais como taxa de conveniência e/ou de entrega.

A medida contida no §7º do art. 2º representa um agravamento na condição contratual do consumidor ao impor uma diferenciação substancial entre as opções legais, induzindo o contratante vulnerável a preferir o reagendamento à conversão em crédito, dadas as consequências apresentadas. Além disso, a legalização da incidência da taxa de conveniência está na contramão dos parâmetros adotados recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do Recurso Especial nº 1.737.428/RS, realizado em 12/03/2019 considerou abusiva a cobrança de taxa de conveniência na venda de

ingressos em meio virtual (internet). Nesse sentido, explicam Ehrhardt e Costa (2020, p. 529) que:

[...] a taxa de conveniência é uma prática abusiva pela violação sistemática de princípios e cláusulas abertas que regem a aplicação do direito privado na contemporaneidade. Na concepção do STJ, o desenho do negócio jurídico das empresas de bilheteria digital viola os padrões negociais da boa-fé objetiva.

Com efeito, a opção legislativa poderá sofrer contestação no Poder Judiciário, ocasionando desnecessária insegurança jurídica. A norma determina o oposto da *ratio decidendi* do precedente citado, que foi construído a partir de uma interpretação sistemática dos interesses envolvidos. Mas seu principal efeito é gerar um desequilíbrio qualitativo e quantitativo nas opções postas para a escolha do consumidor, pois não há de fato um direito potestativo de escolha diante de opções assimétricas, que apelam em uma direção.

**Ampliação excessiva do prazo de reembolso.** A Lei nº 14.046/2020, além de condicionar o reembolso à escolha do fornecedor em não prestar o serviço contratado, concede-lhe um prazo de 12 meses, após o fim da pandemia, para reembolsar os valores pagos pelos consumidores, acrescidos de correção monetária. A necessidade de reorganização das empresas não pode importar em um grave desequilíbrio que beneficie apenas um dos sujeitos da relação de consumo, e justamente o polo mais forte.

A respeito desse prazo de reembolso, igualmente previsto na Lei nº 14.034/2020 (que regula o transporte aéreo), comenta Tartuce (2020, p.6):

De todo modo, não se pode admitir, com essa solução, uma proteção exagerada de qualquer uma das partes para que, por exemplo, os valores sejam devolvidos somente após um longo período de tempo, fora da esperada razoabilidade. Assim, um prazo de doze meses para a devolução dos valores relativos às passagens áreas me parece algo excessivo.

Além de vedar a responsabilização dos fornecedores – tema tratado a seguir –, a proteção conferida pela Lei nº 14.046/2020 aos fornecedores não se coaduna com o sistema de proteção ao

consumidor vigente. Normas tão assimétricas com a tutela do consumidor, especialmente quando adotadas sem a realização de nenhum estudo técnico ou a demonstração de critérios objetivos para a fixação de tal prazo, de acordo com as injunções sociais, em vez de equilibrar as relações, em verdade, aprofundam a disparidade existente e desestimulam o diálogo entre as partes na construção de soluções consensuais.

## **6 A TUTELA DA PERSONALIDADE E A IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS**

Como demonstrado nos itens anteriores, não se pode abandonar os valores supremos que estão na base da Constituição, irradiados em todo o ordenamento, em prol de um esforço para salvaguardar o capital, que subverte a ordem social a fim de proteger o livre mercado. É preciso reconhecer na própria legislação, a ordem legal que emergiu espontaneamente como consenso moral da comunidade, como a única arma disponível para lidar com situações emergenciais ou em condições de evidente desequilíbrio (SCRUTON, 2015, p. 88-89).

O empenho para garantir a sustentabilidade do setor econômico não pode refletir um pensamento utilitarista, implicando um volver para a tradição patrimonialista, trajetória incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana. A “restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é condição primeira da adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais” (LÔBO, 2019, p. 64).

É fundamental sublinhar o entendimento de Rodotá (2012, p. 10), para quem a repersonalização das relações civis se desenvolve na constitucionalização da pessoa, que é o produto de uma marcha antropológica que parte do sujeito como proprietário e contratante, na

direção do seu reconhecimento como pessoa, como indivíduo, lastreado na humanidade e na dignidade social, que não se submetem à lógica do mercado ou à razão pública.

Como exemplo de valores que não podem ser menosprezados, a defesa do consumidor expressa uma das garantias fundamentais previstas no art. 5º, XXXII, da CF, e como já visto, prestigiada mais de uma vez no texto da Magna Carta, em seu art. 170, V, constitui um princípio geral da atividade econômica.

Atendendo ao comando constitucional previsto no art. 48 do ADCT, a promulgação do Código do Consumidor objetivou reger o fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, priorizando a proteção contratual do consumidor e a responsabilidade do fornecedor dos produtos e do prestador dos serviços ofertados (LÔBO, 2019, p. 25).

A defesa do consumidor sempre teve como função “reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas do mercado” (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 23). Não por acaso, os contratos de consumo, embora não se desvinculem dos valores adotados para os contratos de direito privado em geral, diferenciam-se destes por buscar evitar os abusos provocados pelo fornecedor do bem ou pelo executor do serviço, entendidos como estamentos econômicos mais fortes (DELGADO, 1999, p. 56).

Dito de outro modo, nas relações de consumo, há uma clara assimetria que advém da posição de preponderância exercida pelo fornecedor, com mais poder nas decisões afetas ao curso ou cumprimento do contrato, e acaba desempenhando um papel dominante. Em razão deste desequilíbrio, a proteção dos interesses do consumidor vulnerável é medida que se impõe para limitar o poder do fornecedor mediante uma política de prevenção de danos, que somente é possível graças à intervenção legislativa do CDC na autonomia contratual privada (MIRAGEM, 2019, p. 114), alcançada ao assegurar um “direito de danos voltado ao consumidor, vedando

práticas que tragam prejuízo (tanto patrimonial quanto extrapatrimonial) ao vulnerável”. (D’AQUINO; MUCELIN, 2020, p. 38-39)

Esta proteção do consumidor se relaciona com a proteção da dignidade da pessoa humana e, como tal, insere-se no estudo da tutela da personalidade. Schreiber (2014, p. 15), ao interpretar a proteção da personalidade e dos direitos fundamentais, com base na metodologia da constitucionalização das relações privadas, pontua que:

A maior parte dos direitos da personalidade mencionados no Código Civil brasileiro (imagem, honra, privacidade) encontra previsão expressa no art. 5º do texto constitucional. Mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais.

No caso de ofensa à dimensão subjetiva da dignidade humana do consumidor, é cabível a reparação por danos morais. Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 127) enxerga nesse raciocínio a evidência da tutela da personalidade, ao ponderar que “eis aí as razões pelas quais as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana”.

Ocorre que, em sentido oposto ao ora apresentado, a Lei nº 14.046/2020, na pretensão de regular de forma transitória as relações de consumo e no intuito de evitar um colapso do setor do turismo e da cultura, praticamente eliminou a possibilidade de danos morais (art. 5º), enquadrando as relações de consumo por ela tuteladas como hipóteses de caso fortuito e força maior em patente violação do princípio constitucional da reparação integral dos danos.

O caso fortuito e a força maior estão regulados pelo art. 393 do Código Civil, no capítulo que trata sobre o inadimplemento das obrigações, com a seguinte redação:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

A norma extravagante enquadra os cancelamentos e adiamentos dos seus vínculos de consumo, de forma categórica, como situações que não ensejam a responsabilização do fornecedor, pois o “caso fortuito ou de força maior terá o condão de afastar o nexo de causalidade, liberando o indigitado responsável de qualquer tipo de dever indenizatório”. (SILVA, 2020. p.222). E é preciso ressaltar que nem todas as impossibilidades imputáveis ao devedor se exoneram por conexão direta com o caso fortuito ou de força maior, mas, ao revés, são inclusive elas a causa do dever de indenizar eventuais danos que o credor sofra. (SILVA, 2020, p. 236-237)

Ao se afastar de forma peremptória, e quase que completamente, a possibilidade de se pleitear dano moral, incorre-se em grave erro, uma vez que o texto legal em análise parte de uma vedação *a priori*, deixando de excepcionar as hipóteses que envolvam eventuais comportamentos oportunistas e mercenários de fornecedores e prestadores, em prejuízo dos direitos de personalidade dos consumidores. Essa leniência no tratamento de fornecedores de um setor específico, sem justificativa alguma, certamente ressoará como um estímulo à adoção de comportamentos abusivos vedados pelo artigo 187 do Código Civil, que prestigia a observância da função social e da boa-fé nas relações entre particulares.

Até mesmo a ressalva prevista pela norma, ao excepcionar desta vedação os casos de má-fé quanto à dedução dos valores referentes a serviços de agenciamento ou de intermediação pelos prestadores de serviço ou sociedade empresária, reforça a ofensa ao sistema protetivo tão caro ao Código de Defesa do Consumidor de forma agravada por advir do próprio legislador, pois limitar a possibilidade de aferição de comportamento desleal, contrário a boa-fé contratual esperada, “um dos fins perseguidos pelo sistema, que é a lealdade, a honestidade, a probidade, a cooperação, a proteção da confiança nas relações de

consumo” (ZANELATO, 2020, p. 142) potencializa a fragilidade do consumidor ainda mais vulnerável com os efeitos da pandemia.

Para garantir a legalidade constitucional, os conflitos decorrentes das relações tuteladas pela Lei nº 14.046/2020 necessitam ser resolvidos pelo intérprete, pois na contemporaneidade, o panorama brasileiro impõe que cabe a ele a integração do sistema jurídico (OLIVA; TEPEDINO, 2018, p. 52). E nesse exercício integrativo, é imperioso reconhecer que a vedação do dano moral, salvo restrita exceção, ofende a dignidade humana do consumidor, cuja vulnerabilidade já inflamada pelo fenômeno pandêmico, cresceu ainda mais, colimada pela intervenção estatal indevida.

Portanto, como principal intérprete, caberá ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade da vedação de se buscar reparação por danos morais, atualmente descrita no diploma legal em comento, que flagrantemente viola o princípio da isonomia, por criar hipótese de exclusão sem nenhum elemento necessário ou adequado que corrobore a necessidade de tratamento distinto aos envolvidos, não havendo respaldo para se blindar da apreciação do Judiciário ofensas à esfera jurídica extrapatrimonial de quem se relaciona no campo dos serviços culturais em nosso país.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo buscou revelar pontos de inadequação e de não conformidade constitucional observados na Lei nº 14.046/2020 com o sistema legal vigente. Procurou-se demonstrar que regulações excepcionais e transitórias não devem ser consideradas legítimas quando retiram garantias historicamente asseguradas a sujeitos vulneráveis, ofendendo os valores constitucionais e aumentando o abismo entre os atores das relações de consumo nos contratos de turismo e de cultura.

Reconhece-se que algumas medidas excepcionais podem ser tomadas, mas não pela forma e pela extensão eleita na Lei nº

14.046/2020, porquanto na pretensão de proteger o mercado de um colapso econômico, preterem-se os direitos do consumidor naquilo que não tem preço: sua dignidade.

Além de causar embaraços para a restituição dos valores pagos pelos serviços contratados, impondo prazos descabidos para acelerar uma eventual composição – que é apenas conveniente aos fornecedores e aos prestadores – enquanto os consumidores amargam seus próprios colapsos financeiros pela redução de salários e até pela perda de empregos, o texto legal analisado vulnera a dignidade do consumidor ao impossibilitar a reparação por dano moral em qualquer hipótese.

A existência de fontes normativas específicas sobre determinada matéria de consumo não afasta a incidência do CDC. A proteção ao livre mercado é medida salutar para os interesses dos próprios consumidores, entretanto a Lei nº 14.046/2020 não pondera adequadamente os interesses contrapostos, realçando a posição de vulnerabilidade do consumidor de tais serviços a partir da limitação excessiva na autonomia de vontade deste. Tudo isso em um claro paradoxo: a medida nasce de uma perspectiva de solidarismo contratual, mas concretamente só cuida da mitigação dos prejuízos do lado dominante na relação negocial.

Data de Submissão: 21/07/2020

Data de Aprovação: 11/02/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araujo

Assistente Editorial: Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel

## **REFERÊNCIAS**

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

DELGADO, José Augusto. **O contrato no Código Civil e a sua função social**. In Revista Jurídica. V. 47, n. 263, p. 52-77, set., 1999.

D'AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme. **O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à Pandemia de COVID-19**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 129. ano 29. p. 17-46. São Paulo: Ed. RT, maio-jun./2020

EHRHARDT JUNIOR. Marcos. **Revisão Contratual: a busca pelo equilíbrio durante da mudança de circunstâncias**. Salvador: Juspodium, 2008.

EHRHARDT JUNIOR. Marcos; COSTA, Eduardo Henrique. **A ilegalidade na cobrança de taxa de conveniência por ingressos vendidos na internet: Análise do REsp Nº 1.737.428/RS**. In Revista de Direito do Consumidor. vol. 130. ano 29. p. 515-532. São Paulo: Ed. RT, jul-ago./2020

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**. Parecer publicado in O Estado de São Paulo, ed. 4.6.89.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Sergipe, n. 7, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato**,

**na publicidade, nas demais práticas comerciais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OLIVA, Milena Donato. **Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas.** *Revista Brasileira de Direito Civil* – *RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 15-33, abr./jun. 2018.

OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil**, Vol. 1. Grupo GEN, 2020.

RODOTÁ, Stefano. ***Il diritto de avere diritti***. Roma-Bari: Laterza, 2012.

RODOTÁ, Stefano. ***Quale diritto per il nuovo mondo***. En Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, III, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional.** Disponível em:  
<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional> Acesso em 20 jun. 2020.

SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador.** Tradução Bruno Garschagen; Márcia Xavier de Brito. 1 ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Caso fortuito ou de força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do coronavírus.** *Revista IBERC* v. 3, n. 2, p. 220-240, maio/ago. 2020. Disponível em:  
<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/121/95> Acesso em 07 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O coronavírus e os contratos. extinção, revisão e conservação.** Disponível em:  
<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/74eb8-artigo-flavio-tartuce.docx> . Acesso em 20 jun. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZANELATO, Marco Antonio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 100. ano 24. p. 141-194. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/29/19>. Acesso em 07 out. 2020.

## Consumer Contractual Protection And Law No. 14.046/2020

Marcos Ehrhardt Júnior

Eduardo Henrique Costa

Natália Tenório Fireman Camelo

**Abstract:** The article examines Law No. 14,046/2020, which deals with the cancellation, refund and civil liability of services related to the tourism and entertainment industry, and its repercussions on consumer law, from the perspective of dialogue of sources with the Federal Constitution and the Consumer Protection Code. The objective is to investigate whether the treatment conferred by the aforementioned law respects the normative core of the consumer protection microsystem, especially the balance of these contractual relations. The research was carried out based on the deductive scientific method of bibliographic and documentary review in national and foreign doctrine and legislation. It was found that the analyzed legislation brings regression to social achievements in private relations, achieved constitutionally, such as the protection of the vulnerable in conditions of business imbalance. The a priori prohibition of off-balance sheet damages is a clear demonstration of the asymmetry of the legal diploma with the consumer protection system and the full compensation of the damages. Finally, it has been verified that the singularities of each contractual conflict, and possible unfair behavior, should not be disregarded with the limitation imposed by the rule as to the supplier's liability, requiring a case-by-case assessment by the Judiciary.

**Keywords:** Pandemic. Consumer Law. Consumer contracts. Civil liability.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54080>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



# Serviços E Atividades Essenciais Em Tempos De Covid19: Desafios Para O Direito Do Trabalho E Seus Princípios Constitucionais

Rodrigo Goldschmidt\*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre-RS, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7766-2462>

Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira\*\*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre-RS, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-3580-9358>

**Resumo:** O presente artigo dedica-se à análise do impacto das alterações legislativas implementadas no ordenamento jurídico laboral brasileiro, no primeiro semestre do ano de 2020, sobre o desenvolvimento das relações de trabalho dos profissionais vinculados às atividades e serviços essenciais no contexto da pandemia COVID19. Para tanto, subdivide-se em duas partes, sendo a primeira dedicada à exposição das principais alterações normativas aplicáveis aos serviços e atividades essenciais. Na segunda metade, é realizada análise crítica, à luz do Direito do trabalho e seus princípios constitucionais, das referidas inovações normativas e dos seus impactos nos direitos laborais, e no dia a dia, dos profissionais das atividades e serviços essenciais em pleno funcionamento no contexto de pandemia. À guisa de conclusão, afirma-se que a interpretação e aplicação das mencionadas normas deve ser realizada em obediência aos princípios constitucionais laborais protetivos da pessoa trabalhadora, em especial, o da dignidade da pessoa humana. Como método de abordagem, utilizou-se o do dedutivo, organizado pelas técnicas de pesquisa de análise legislativa e bibliográfica.

**Palavras chave:** Corona Vírus. Direito do Trabalho. Serviços essenciais. Princípios constitucionais.

\* Professor e Pesquisador do Mestrado Acadêmico em Direito da UNESC. Juiz do Trabalho Titular de Vara do TRT12. Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela UFSC. Email: [rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br](mailto:rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br)

\*\* Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul -UFRGS. Professor no Centro Universitário UNIEURO, Brasília-DF. E-mail: [espiuca@yahoo.com](mailto:espiuca@yahoo.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53760>



# **Serviços E Atividades Essenciais Em Tempos De Covid19: Desafios Para O Direito Do Trabalho E Seus Princípios Constitucionais**

Rodrigo Goldschmidt

Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira

## **1 INTRODUÇÃO**

O Brasil, assim como os demais países do mundo, foi tomado de assalto pela rápida expansão da COVID19<sup>1</sup>. Para proteger a vida e a saúde das pessoas, o governo brasileiro teve que tomar medidas drásticas, tais como o fechamento do comércio, o cancelamento de eventos, a imposição de normas sanitárias e o isolamento social.

Entre tais medidas, foram editadas normas definindo serviços e atividades essenciais para assegurar a manutenção do mínimo vital para a população brasileira. Ditos serviços e atividades, ao contrário das demais, tiveram que seguir funcionando, em muitos casos com sobrecarga de trabalho, a fim de atender a população brasileira naquilo que é essencial, a despeito do acentuado risco que os respectivos trabalhadores ficaram expostos, qual seja, o do contágio pela COVID19. Nesse ponto reside, talvez, a peculiaridade dessas atividades laborais.

De fato, as empresas que não exercem serviços e atividades essenciais tiveram que fechar as suas portas ou reduzir sensivelmente

---

<sup>1</sup> COVID significa *Corona Virus Disease* (doença do Coronavírus), enquanto “19” se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. Os coronavírus causam infecções respiratórias em seres humanos e animais (FUNDAÇÃO, 2020).

o seu volume de negócios. Para tais empresas, o governo teve que editar normas para tentar preservar o emprego e renda dos respectivos trabalhadores. Já para as empresas que exercem serviços e atividades essenciais, as mesmas prosseguiram de portas abertas, em plena atividade.

Para o Direito do Trabalho, opera-se uma preocupação diferente, qual seja, a de proteger a saúde física e mental do trabalhador exposto ao risco de contaminação, zelando-se para que as normas de proteção trabalhista sejam observadas, em especial: a) a limitação razoável da jornada de trabalho; b) o fornecimento e o treinamento para uso de EPIs especiais e adequados evitar o contágio do vírus; c) o equilíbrio emocional e mental do trabalhador, que se vê obrigado a enfrentar um risco desconhecido e, em alguns casos, como os dos profissionais da saúde, de ficarem afastados e isolados dos seus familiares e outros entes queridos.

A pandemia mundial do COVID19 causou uma transformação profunda nas relações sociais, em especial no que concerne às interações na modalidade presencial entre os indivíduos. Isso é igualmente verdade no que diz respeito à prestação de serviços. Muitas atividades tiveram que cessar o atendimento presencial, ou reformular a sua prestação de serviços. Outras, em decorrência de sua natureza essencial, continuaram regularmente a prestar serviços e, por conseguinte, expuseram seus trabalhadores e trabalhadoras aos riscos inerentes à pandemia, bem como intensificaram as rotinas de trabalho com maior carga horária e afastamento das relações sociais e familiares por medo de exposição dos entes queridos ao risco acentuado decorrente da continuidade das atividades laborais.

Com toda essa realidade, obviamente o Direito do Trabalho não pode se descurar, devendo dar resposta adequada, minimamente balanceada, tendo em vista as peculiaridades excepcionais que essa pandemia do COVID19 trouxe para a realidade concreta da vida das pessoas.

Por isso é que o Direito do Trabalho deve, na advertência de Canotilho (1993, p. 165), assumir o seu papel em um sistema jurídico

aberto de princípios e regras, a fim de viabilizar a manutenção de serviços e atividades essenciais, sem as quais a população não teria como viver de forma minimamente civilizada e digna.

Pode-se compreender o direito ao trabalho como um direito fundamental, protegido pela Constituição Federal de 1988, de maneira que é verdadeiro “instrumento de obtenção da dignidade da pessoa humana” (FERRER; ALVES, 2018, p. 10). É tarefa do poder público promover e garantir o acesso às condições dignas de trabalho.

Porém, nessa tarefa, também não se pode desconsiderar que o trabalhador em serviços e atividades essenciais é um ser humano, com limitações físicas e mentais, que precisa de amparo, ante a sua condição de vulnerabilidade decorrente da subordinação jurídica em face do seu empregador, como forma de manter-se hígido e, com isso, poder atender o seu nobre mister de levar os bens e serviços do mundo da vida a quem deles necessita nesse momento de riscos desconhecidos e incalculáveis. A pessoa humana, na qualidade de trabalhador ou trabalhadora, deve ter preservados seus direitos fundamentais, como medida de promoção da cidadania da pessoa trabalhadora. Delgado e Ribeiro (2013, p. 200) afirmam essa realidade jurídica, de forma que a promoção da cidadania é um dos três pilares éticos dos direitos humanos, ao lado da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Esse é o contexto fático que promove a presente pesquisa, que pretende analisar, em um primeiro momento, o impacto das alterações legislativas emergenciais na rotina laboral dos trabalhadores das atividades essenciais, e, em momento posterior, almeja analisar as citadas alterações legislativas à luz dos princípios constitucionais aplicáveis às relações juslaborais no Brasil.

Para tanto, subdivide-se em duas partes, sendo a primeira dedicada à exposição e análise das principais normas laborais editadas em caráter emergencial, e, a segunda, empreende análise crítica do impacto do contexto normativo emergente nas pessoas dos trabalhadores e no desenvolvimento das relações de trabalho nos

serviços essenciais no contexto de pandemia, sob a luz dos princípios constitucionais laborais.

Por metodologia, método dedutivo, partindo-se de noções e dados gerais para abordar a situação específica objeto deste estudo (serviços e atividades essenciais no âmbito da Pandemia da Covid-19). A par disso, emprega-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, revisando-se textos doutrinários, bem como as normas gerais e as normas especiais editadas para a regulação das relações de trabalho no curso da Pandemia.

## **2 EVOLUÇÃO NORMATIVA LABORAL EMERGENCIAL APLICÁVEL AOS SERVIÇOS ESSENCIAIS DURANTE A PANDEMIA DO COVID19**

Problematizado o tema, passa-se a fazer uma breve digressão sobre as recentes normas editadas no âmbito da pandemia da COVID19, nomeadamente aquelas que afetam o mundo do trabalho e normatizam, direta ou indiretamente, os serviços e atividades essenciais, objeto do presente estudo.

### **2.1 Decreto Legislativo n. 6 de 2020**

O Decreto Legislativo n. 6 de 2020 reconhece os riscos da COVID19 e seus impactos na organização social, política e econômica do Brasil e, por conseguinte, decreta em seu art. 1º<sup>2</sup>, estado de

---

<sup>2</sup> “Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.” (BRASIL, 2020).

calamidade pública com efeitos até 31 de dezembro de 2020, viabilizando, com isso, abertura orçamentária para que o governo brasileiro adote medidas jurídicas e políticas públicas para o enfrentamento da pandemia.

## **2.2 Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**

A Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Da lei em tela, tendo em vista o objeto deste estudo, vale menção o artigo 3º, que, em seu inciso VII<sup>3</sup>, permite, para o enfrentamento da pandemia, sejam requisitados bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, garantido o pagamento de posterior indenização justa.

Logo, a iniciativa privada pode ser acionada pelo governo para o enfrentamento da pandemia, tal como se opera com alguns serviços essenciais, especialmente, pelas próprias circunstâncias de demanda sanitária e saúde, os profissionais da área médica e todo o conjunto de atividades e profissionais atuantes em tal área. De acordo com o parágrafo 2º do dispositivo em comento, ficam asseguradas às pessoas afetadas, inclusive aos trabalhadores que exercem atividades essenciais:

- I- o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência a família conforme regulamento;
- II- o direito de receberem tratamento gratuito;
- III- o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme

---

<sup>3</sup> “VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa” (BRASIL, 2020).

preconiza o Artigo 3º do Regulamento Sanitário Internacional<sup>4</sup>. (BRASIL, 2020).

No ponto, tem-se que as garantias acima citadas apontam diretrizes hermenêuticas para o tratamento jurídico dos trabalhadores e trabalhadoras que exercem serviços e atividades essenciais, posto que, a rigor, todos eles realizam, no âmbito da pandemia da COVID19, serviços públicos relevantes, de manutenção do mínimo vital para toda a população, tendo direito de ser permanentemente informados sobre seu estado de saúde, ter a família amparada no caso de contrair o vírus (ser encaminhados ao isolamento necessário e recebimento de tratamento de saúde sem ônus) e ter a dignidade humana e direitos humanos respeitados e preservados.

Neste sentido, em especial no que concerne ao respeito e promoção da dignidade humana dos trabalhadores e trabalhadoras no desenvolvimento das relações de trabalho, recorrem-se às palavras de Molina e Higa (2018, p. 73), para reiterar a necessidade de garantir a aplicabilidade das garantias e direitos fundamentais de modo a afirmar que “a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis às relações jurídicas, tanto públicas quanto privadas, inclusive as de trabalho, independente da manifestação expressa do legislador ordinário”. O ser humano é o centro do trabalho, e, por isso, o Direito do Trabalho ocupa-se de promover o equilíbrio nas relações de trabalho, bem como, garantir a dignidade da pessoa trabalhadora (ÁVILA; SILVA; GROKSKREUTZ, 2020, p. 103-104)

Os custos decorrentes da implementação de tais medidas/garantias, no âmbito da iniciativa privada, correm por conta do empregador (artigo 2º<sup>5</sup> da CLT, por seu o risco da atividade econômica). Contudo, nos termos do inciso VII do artigo 3º da Lei em

---

<sup>4</sup> Regulamento Sanitário Internacional, organizado pela Organização Panamericana de Saúde (ORGANIZAÇÃO, 2007).

<sup>5</sup> “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (BRASIL, 2017)

comento, anteriormente mencionado, poderá o empregador pleitear a justa indenização em face do poder público quando esse for o responsável pela requisição dos serviços.

### **2.3 Decreto n. 10.282 de 20 de março de 2020**

O Decreto n. 10.282, de 20 de março de 2020, regulamenta a Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais<sup>6</sup>. De acordo com o artigo 2<sup>o</sup><sup>7</sup>, o Decreto em tela aplica-se aos entes privados e às pessoas naturais.

O § 1<sup>o</sup><sup>8</sup>, do artigo 3<sup>o</sup> do Decreto n. 10.282/2020, estabelece a noção de serviços públicos e atividades essenciais. O dispositivo em tela arrola, entre outros serviços públicos e atividades essenciais, os seguintes (aqui exemplificados por corresponder com atividades e serviços também prestados pela iniciativa privada): assistência à saúde, incluído serviços médicos e hospitalares; atividades de segurança pública e privada; transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros; telecomunicações e internet; serviço de *call center*; produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, limpeza, alimentos, bebidas e materiais de construção; serviços funerários; serviços de pagamento, de crédito e de saque e aporte prestados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil; serviços postais; serviços de transporte, armazenamento, entrega e logística de cargas em geral; serviços

---

<sup>6</sup> O Decreto nº 10.282 de 20 de março de 2020 foi alterado pelos Decretos 10.292 de 25 de março de 2020 e 10.329 de 28 de abril de 2020, que deram nova redação a alguns dispositivos e inseriram atividades no rol daquelas consideradas essenciais, como, por exemplo, o inciso XLVI, do § 1<sup>o</sup>, do art. 3<sup>o</sup> que inclui a atividade econômica de locação de veículos como atividade essencial. (BRASIL, 2020).

<sup>7</sup> “Art. 2<sup>o</sup> Este Decreto aplica-se às pessoas jurídicas de direito público interno, federal, estadual, distrital e municipal, e aos entes privados e às pessoas naturais.” (BRASIL, 2020).

<sup>8</sup> “§ 1<sup>o</sup> São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:[...]” (BRASIL, 2020).

relacionados à tecnologia e processamento de dados; produção de petróleo e produção, distribuição e comercialização de combustíveis, biocombustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados de petróleo; cuidado de animais em cativeiro; serviços de comercialização, reparo e manutenção de partes e peças novas e usadas e de pneumáticos novos e remoldados, dentre outros (BRASIL, 2020)

De acordo com o § 2º, também assumem o caráter essencial as atividades acessórias e de suporte àquelas mencionadas anteriormente. Digno de nota que o rol em tela, na redação original do dispositivo normativo em comento, era exemplificativo e comportava ampliação nos termos do artigo 5º<sup>10</sup> da norma em questão, através de Resolução do Comitê de Crise para supervisão e monitoramento dos impactos da COVID19. Contudo, com a publicação do Decreto n. 10.329, de 28 de abril de 2020, que revogou o mencionado art. 5º, é possível afirmar que a mencionada lista de serviços e atividades essenciais assume caráter taxativo, em função da supressão da possibilidade de definir “outros serviços públicos” como essenciais.

Para viabilizar a realização de serviços públicos e atividades essenciais definidas no Decreto, o art. 3º, em seu § 3º, estabelece a vedação da restrição à circulação dos trabalhadores e trabalhadoras que possa afetar o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais, bem como de cargas de qualquer espécie, e, no § 4º, estipula a obrigatoriedade dos órgãos públicos e privados disponibilizarem equipes preparadas e disponíveis para a execução do monitoramento e fiscalização de tais atividades e serviços considerados essenciais.

---

<sup>9</sup> “§ 2º Também são consideradas essenciais as atividades acessórias, de suporte e a disponibilização dos insumos necessários a cadeia produtiva relativas ao exercício e ao funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais.” (BRASIL, 2020).

<sup>10</sup> “Art. 5º Resolução do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19 poderá definir outros serviços públicos e atividades considerados essenciais e editar os atos necessários à regulamentação e à operacionalização do disposto neste Decreto. ([Revogado pelo Decreto nº 10.329, de 2020](#))” (BRASIL, 2020).

Logo, ao trabalhador deve ser assegurada a liberdade de circulação, o que demanda a garantia de sua segurança e proteção, não só pelo empregador, como também, e principalmente, pelas autoridades competentes.

Ressalte-se, compete ao empregador exercer o seu poder diretivo (nos moldes do artigo 2º da CLT anteriormente referido), organizando o seu pessoal em jornadas de trabalho adequadas, inclusive em escalas de plantão e sobreaviso, se for o caso, observados os limites legais e constitucionais de limitação de jornada, o que implica a concessão de intervalos e repousos, a fim de atender a demanda de serviços essenciais, mas sem descuidar da preservação da saúde física e mental do seu trabalhador.

O empregador deve empregar todas as medidas necessárias à proteção da integridade física e mental de seus empregados, sob pena de responsabilização pelos danos eventualmente causados ao trabalhador como decorrência direta da prestação de serviços. Para Cassar (2018, p. 893), “haverá culpa presumida do empregador que explora atividade de risco ou que permite que seu trabalhador execute atividade de risco”.

Nesse sentido, veja-se que o art. 3º traz o § 7º<sup>11</sup> que estabelece a obrigatoriedade de o empregador privado e do órgão público garantirem a adoção de todas as medidas de cautela necessárias à redução da possibilidade de transmissão do vírus causador da COVID19 na execução das atividades laborais em serviços essenciais de que trata a norma. Isto quer dizer, além da concessão e emprego dos Equipamentos de Proteção Individual – EPI´s – de uso regular, o empregador tem o dever de assegurar e fiscalizar o uso de EPIs específicos e adequados ao enfrentamento da COVID19, tal como máscaras aptas e certificadas, luvas, óculos de segurança, álcool em gel, etc. No ponto, deve manter contato estreito com o serviço de saúde

---

<sup>11</sup> “§ 7º Na execução dos serviços públicos e das atividades essenciais de que trata este artigo devem ser adotadas todas as cautelas para redução da transmissibilidade da covid -19.” (BRASIL, 2020).

e segurança do trabalho, a fim de obter informações seguras e atuais do comportamento e avanço da COVID19 para definir equipamentos de proteção adequados e outras estratégias de higiene e segurança para evitar, ao máximo, o risco do contágio.

A concessão regular ou incrementada, conforme o caso, de EPI's, configura-se como medida indispensável no contexto atual. Quando se tratam das condições de trabalho dos profissionais de saúde, é possível afirmar:

Esta é uma questão central uma vez que dificuldades no acesso e uso de EPIs adequados contribuem para aumentar a exposição ao coronavírus entre os/as trabalhadores/as que podem contaminar pacientes, outros/as trabalhadores/as, familiares e comunidades. A garantia de condições seguras para o exercício profissional, com as barreiras físicas adequadas proporcionadas pelos EPIs é o ponto inicial, a condição *sine qua non* para a atividade de trabalho. Essa garantia não pode ser flexibilizada ou improvisada em nenhuma circunstância. (HELIOTERIO *et al*, 2020, p. 6, grifos no original).

Nesse contexto, vale menção ao OFÍCIO CIRCULAR SEI N. 1088/2020/ME, do Ministério da Economia (Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, Secretaria do Trabalho, Subsecretaria de Inspeção do Trabalho) de 27 de março de 2020, que estabelece “ORIENTAÇÕES GERAIS AOS TRABALHADORES E EMPREGADORES EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID19”. No referido ofício, verifica-se uma série de recomendações e procedimentos de uso de EPIs e práticas de saúde e segurança do trabalho voltadas ao enfrentamento da COVID19. Por óbvio, os custos decorrentes com tais medidas correm por conta do empregador (artigo 2º da CLT anteriormente referido) o qual, se o caso comportar, pode exigir justa indenização do Estado, no caso de os serviços privados terem sido requisitados por este último.

## **2.4 Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020**

A Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020, cuja vigência encerrou-se em 20 de julho de 2020, por não ter sido convertida em lei, dispõe sobre medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6 de 20 de março de 2020 e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus e dá outras providências.

No âmbito dessa medida provisória serão destacados apenas os pontos atinentes aos serviços e atividades essenciais, foco deste estudo. De acordo com o artigo 1º, do ato normativo supracitado, a medida provisória dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e renda e para o enfrentamento do estado de calamidade pública. Ressalte-se que o verbo utilizado pelo legislador (poderão) indica que a aplicação da medida provisória em tela é excepcional. Sendo, portanto, uma faculdade do empregador, e não uma obrigação, razão pela qual poderá o empregador seguir normalmente os ditames da CLT e da Constituição Federal de 1988, normas essas que regulam a constituição, o desenvolvimento e a extinção dos contratos individuais do trabalho.

O parágrafo único do art. 1º versa que a medida provisória tem aplicação enquanto perdurar o estado de calamidade, ou seja, segundo o Decreto Legislativo n. 6 de 2020, até 31/12/2020, prazo esse que poderá ter o seu termo final prorrogado, segundo a evolução da pandemia, por outro ato normativo.

Considerando o dito nos parágrafos anteriores, entende-se que não há razões para a implementação das medidas trabalhistas excepcionais fixadas na medida provisória em comento no caso de serviços e atividades essenciais, uma vez que, nesse âmbito, a empresa individual ou coletiva não está correndo riscos de fechamento ou de

diminuição de suas atividades basilares, ao contrário, a tendência é diametralmente outra: a de crescente exigência do desenvolvimento de suas atividades corriqueiras. Desta forma, no âmbito das atividades e serviços essenciais, o risco que se corre é outro: o da extrapolação da jornada de trabalho e a superexposição do trabalhador ao risco de contágio da COVID19, a exigir do empregador outra ordem de preocupação.

Em outras palavras, sob o pondo de vista econômico, de auferir renda com a atividade, o empregador de serviços e atividades essenciais em tese não sofre prejuízos, ao contrário, pelo aumento da demanda, pode experimentar lucros. Contudo, a sua responsabilidade na manutenção da saúde física e mental do empregado é redobrada, devendo implementar, às suas custas, as medidas de prevenção e proteção da saúde física e mental dos seus trabalhadores.

Cassar ressalta que um dos elementos caracterizadores da relação e emprego é, de fato, a atribuição do ônus do empreendimento ao empregador. Por ônus, entende-se o complexo de fatores relacionados aos riscos do negócio, sendo este “um critério diferenciador” da relação de emprego, de modo que “quem sempre corre o risco do negócio é sempre o empregador” (CASSAR, 2018, p. 272).

A par disso, no caso de contaminação, isolamento e tratamento médico do trabalhador infectado, o empregador, em face da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil<sup>12</sup>) e da solidariedade contratual<sup>13</sup>, deve proporcionar amparo à família do empregado afetado, consoante diretriz definida no inciso I<sup>14</sup>, do parágrafo 2º, do artigo 3º, da Lei 13.979/2020, conforme acima comentado.

---

<sup>12</sup> O artigo 421 do Código Civil de 2002, na redação conferida pela Lei nº 13.874 de 2019, assim dispõe: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.” (BRASIL, 2019).

<sup>13</sup> O artigo 3º, I, da CF assim dispõe:

“Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

<sup>14</sup> “§ 2º. Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;” (BRASIL, 2020).

De outra parte, como se tratam de atividades e serviços essenciais, que devem seguir funcionando normalmente e, em alguns casos, com sobrecarga de exigência, como são os serviços de saúde, transporte, logística e abastecimento, entende-se que não cabe, nessa seara, as seguintes medidas de enfrentamento definidas nos incisos I, II, III, IV, VII e VIII<sup>15</sup> artigo 3º da Medida Provisória em tela: o teletrabalho, a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento de feriados, o direcionamento do trabalhador para a qualificação e o diferimento do recolhimento do FGTS.

Contudo, entende-se que, para organizar o seu pessoal em equipes, inclusive em regime de plantão e sobreaviso, o empregador pode adotar o banco de horas, nos moldes definidos no artigo 59<sup>16</sup> da CLT e artigo 7º, XIII<sup>17</sup>, da CF. Aqui opera-se uma controvérsia, tendo em vista que o artigo 14<sup>18</sup> da MP 927/2020, ora em comento, autoriza a implementação do banco de horas por acordo coletivo ou individual formal, para compensação no prazo de dezoito meses, contado da data do encerramento do estado de calamidade pública.

---

<sup>15</sup> “Art. 3º. Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho;

II - a antecipação de férias individuais;

III - a concessão de férias coletivas;

IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados;

V - o banco de horas;

VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;

VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e

VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.” (BRASIL, 2020).

<sup>16</sup> O art. 59 da CLT, na redação conferida pela Lei 13.467/2017, assim dispõe: “Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.” (BRASIL, 2017)

<sup>17</sup> “XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;” (BRASIL, 1988).

<sup>18</sup> “Art. 14. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, ficam autorizadas a interrupção das atividades pelo empregador e a constituição de regime especial de compensação de jornada, por meio de banco de horas, em favor do empregador ou do empregado, estabelecido por meio de acordo coletivo ou individual formal, para a compensação no prazo de até dezoito meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública.” (BRASIL, 2020).

De igual modo, o artigo 26, e seus incisos I e II<sup>19</sup>, permitia medidas excepcionais para a adoção da prorrogação das horas de trabalho, nos casos de atividades insalubres em jornadas de 12 horas de trabalho por 36 de descanso.

De acordo com o artigo 27<sup>20</sup>, as horas suplementares computadas em decorrência da adoção das medias supra, podem ser compensadas no prazo de 18 meses contado da data de encerramento do estado de calamidade pública ou pagas como extra.

Pensa-se que o correto e constitucional é a negociação coletiva, ainda mais no âmbito de atividades insalubres, para a implementação de compensação de horas ou banco de horas. Contudo, considerando o estado de calamidade, que dificulta a pronta articulação coletiva, e o fato de a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e o próprio TST (antes mesmo da promulgação da Medida Provisória em tela) admitirem o acordo individual de compensação de jornada, inclusive tácito (artigo 59, §6<sup>o21</sup>, da CLT), assim como autoriza a prorrogação de jornada, em regime 12h por 36h em atividade insalubre (artigo 60, parágrafo único<sup>22</sup>, da CLT), entende-se que o eventual ajuste de banco de horas por via do acordo individual formal será considerado válido e eficaz, como de resto já decidiu o STF em recente decisão colegiada<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> “Art. 26. Durante o de estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, é permitido aos estabelecimentos de saúde, mediante acordo individual escrito, mesmo para as atividades insalubres e para a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso:

I - prorrogar jornada de trabalho, nos termos do artigo 61 da CLT,

II - adotar escalas de horas suplementares entre a décima terceira e a vigésima quarta hora do intervalo intrajornada, sem que haja penalidade administrativa, garantido o repouso semanal remunerado nos termos do disposto no artigo 67 da CLT.” (BRASIL, 2020).

<sup>20</sup> “Art. 27. As horas suplementares computadas em decorrência da adoção das medidas previstas nos incisos I e II do **caput** do art. 26 poderão ser compensadas, no prazo de dezoito meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública, por meio de banco de horas ou remuneradas como hora extra.” (BRASIL, 2020).

<sup>21</sup> “§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.” (BRASIL, 2017)

<sup>22</sup> “Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.” (BRASIL, 2017)

<sup>23</sup> Decisão plenária do Supremo Tribunal Federal em 17 de abril de 2020, pela validade do acordo individual em sede de compensação de jornada/banco de horas. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363, proposta pela Rede Sustentabilidade e outras ações propostas por partidos políticos e entidades de classe dos trabalhadores contra a Medida Provisória 936 de 2020. Disponível em:

De outra parte, ponto polêmico que se traz à baila, tendo em vista o objeto deste estudo, é o inciso VI do artigo 3º da MP 927/2020, segundo o qual, para o enfrentamento dos efeitos econômicos do estado de calamidade e pública e preservação do emprego e renda, o empregador poderá adotar a “suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho”.

Ora, no caso de atividades e serviços essenciais, que seguem se desenvolvendo no âmbito da COVID19, inclusive com excesso de demandas em alguns casos, tem-se não ser possível, e muito menos recomendável, a suspensão de exigências administrativas e segurança e saúde no trabalho, ao contrário, as mesmas devem ser intensificadas, como forma de levar pronta e atual informação ao empregado de seu estado de saúde e riscos de contaminação, além de preservar a sua saúde física e mental.

A propósito, a MP em questão, no ponto, entra em choque com a diretriz estabelecida no parágrafo 2º, do artigo 3º da Lei 13.979/2020 (já acima comentada), que determina a pronta e atual informação do empregado em serviço ou atividade essencial, sobre o seu estado de saúde.

Por outro lado, o artigo 16 da Medida Provisória em tela suspende a obrigatoriedade de treinamentos de segurança e saúde durante o período de calamidade, o que, entende-se, não cabe no caso de serviços e atividades essenciais, tendo em vista que não basta fornecer o EPI adequado ao momento de pandemia. De fato, o empregado exposto diretamente ao risco, que está “na linha de frente”, tem que ter informação, treinamento e capacitação, sob pena de, do contrário, colocar a sua vida em risco (e a vida de terceiros também), lesando a sua dignidade e seus direitos humanos, o que é vedado pelo parágrafo 2º, artigo 3º, da Lei 13.979/2020 (acima mencionado) e, de resto, pela Constituição e Tratados Internacionais.

O direito à informação é reconhecido como direito fundamental, e o regime de direitos fundamentais, no Brasil, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio esse aplicado à pessoa trabalhadora. A dignidade do trabalhador deve ser preservada, especialmente no curso da pandemia da COVID19, por ser um dos pilares da ordem constitucional brasileira. A pessoa humana é, e deve continuar a ser o centro do ordenamento jurídico. É para a proteção do ser humano, e em prol de suas necessidades e interesses, que a produção legislativa deve ser orientada. Veja-se a posição de Sarmiento sobre esse relevante esteio da República brasileira:

O certo é que os pilares da ordem constitucional brasileira convergem para uma compreensão da pessoa humana como *centro e razão última da ordem jurídica*. Mas se trata da pessoa concreta, enraizada, de carne e osso, que tem direito de se autodeterminar, mas também experimenta necessidades materiais e espirituais, e que só se realiza na vida em sociedade em sua relação com o outro (SARMENTO, 2016, p. 74, grifos no original).

Outro ponto que merece destaque na redação original da Medida Provisória em comento, especialmente relevante no âmbito de atividades e serviços essenciais, é o disposto no artigo 29<sup>24</sup> da Medida Provisória 927 de 2020<sup>25</sup>. Ora, estando o trabalhador no exercício da atividade laboral, executando serviços e atividades essenciais, e nesse contexto acaba se contaminando pela COVID19, ficando incapacitado para o trabalho, por óbvio que restará configurado o acidente de trabalho (nexo de causalidade) gerando ao trabalhador o benefício previdenciário acidentário, a garantia de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 19<sup>26</sup> da Lei 8.213/1991) e eventual

---

<sup>24</sup> “Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (**covid-19**) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.” (BRASIL, 2020).

<sup>25</sup> Em relação à eficácia suspensa do referido art. 29, vide nota 27 do presente estudo, que refere à decisão liminar parcialmente deferida pelo STF na ADI 6363.

<sup>26</sup> “Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.” (BRASIL, 1991).

reparação civil, por danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais (artigo 927, parágrafo único,<sup>27</sup> do Código Civil de 2002, e 223-A<sup>28</sup> da CLT). Ou seja, a caracterização do acidente de trabalho, na circunstância telada, não pode ser afastada por uma “penada”, por mero dispositivo de medida provisória, sem análise sistêmica do ordenamento jurídico, a prevalência dos direitos fundamentais e a prevalência da norma mais benéfica, como de resto preconiza do “caput” do artigo 7º da CF<sup>29</sup>.

De outro canto, de se criticar, ainda mais no âmbito da prestação de serviços essenciais, o disposto no artigo 31<sup>30</sup> da Medida Provisória que dispõe que durante o período de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir da entrada em vigor da referida norma, a fiscalização efetuada pelos Auditores Fiscais do Trabalho deverá ser atuada de maneira orientadora, exceto quanto às irregularidades relacionadas com falta de registro de empregado; situações de grave e iminente risco; ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente; e, trabalho em condições análogas as de escravo ou trabalho infantil.

---

<sup>27</sup> O artigo 927 do Código Civil de 2002 assim estabelece: “Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito, (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002)

<sup>28</sup> O artigo 223-A da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, assim estabelece: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste título.” (BRASIL, 2017)

<sup>29</sup> O artigo 7º “caput” da CF assim estabelece: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem a melhoria de sua condição social.**” (grifou-se) (BRASIL, 1988).

<sup>30</sup> “Art. 31. Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades:

I - falta de registro de empregado, a partir de denúncias;  
 II - situações de grave e iminente risco, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação;  
 III - ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente; e  
 IV - trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil.” (BRASIL, 2020).

E, entende-se, todavia, que é justamente em períodos de exceção, como é o caso de calamidade pública pela pandemia do COVID19, que os serviços de auditoria fiscal devem ser intensificados e implementados, nomeadamente em face das atividades e serviços essenciais, cujos trabalhadores estão na “linha de frente” e se expõem ao risco de contaminação que, em casos extremos, podem levar o trabalhador à morte. Entende-se, pois, que a Medida Provisória em exame, restringiu muito a necessária atuação dos Auditores Fiscais do Trabalho, deixando a descoberto os trabalhadores em serviços e atividades essenciais, indo de encontro ao preconizado pelo parágrafo 2º, do artigo 3º, da Lei 13.979/2020, que dispõe a obrigatoriedade de respeitar e promover os direitos humanos dos trabalhadores em apreço.

Note-se, a atividade meramente orientadora obviamente não basta, devendo ser implementadas também as atividades fiscalizadora e corretiva, no exercício amplo do poder de polícia, permitindo o desenvolvimento da atividade ou do serviço essencial, porém sem descuidar da incolumidade física e mental do seu principal protagonista: o trabalhador.

A proteção social da pessoa trabalhadora, revela-se medida de extrema relevância, da qual o seu responsável – o Estado – não pode descuidar, sob pena de degradação da força de trabalho (COSTA; GOMES, 2020, p. 23). A atividade fiscalizatória estatal, afirma-se, é a principal ferramenta de proteção à pessoa e prevenção à ampliação da vulnerabilidade obreira, especialmente em tempos de pandemia global.

Por fim, oportuno mencionar que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal várias ações judiciais que questionam a legalidade de dispositivos normativos trazidos a lume pela Medida Provisória 927/2020. Dentre estas, vale menção à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6380<sup>31</sup>, que questiona a legalidade dos arts.

---

<sup>31</sup> Segundo acompanhamento da movimentação judicial em 22 de junho de 2020, a atual fase processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6380 é aguardando julgamento. A medida liminar requerida foi parcialmente deferida para suspender a

03, 15, 26, 27 e 29, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6342<sup>32</sup>, que se insurge contra vários dispositivos, dentre eles, os artigos 29 e 31 da Medida Provisória 927 de 2020, a primeira impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS e pela Federação Nacional dos Enfermeiros – FNE, e a segunda, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista.

No que concerne à aplicabilidade dos artigos 29 e 31 em comento, importa dizer que ambos dispositivos estão com aplicação suspensa por força de medidas liminares concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que o art. 29 teve suspensão decretada nos autos das ADIs 6342 e 6380, e o art. 31 foi suspenso por decisão emanada da ADI 6380.

## **2.5 Medida Provisória n. 936 de 1º de abril de 2020, convertida na Lei 14.020, de 6 de julho de 2020**

A Medida Provisória n. 936, de 1º de abril de 2020, convertida na Lei 14.020, de 6 de julho de 2020, institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública.

A Medida Provisória em tela, hoje Lei 14.020/2020, basicamente, tenta viabilizar, no campo jurídico, a redução da jornada de trabalho, com redução proporcional de salário, bem como a possível suspensão do contrato de trabalho mediante a acordo (individual o

---

aplicação do art. 29 apenas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6380&processo=6380> Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>32</sup> Tramitam diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam a legalidade das alterações legislativas que mitigam a atividade fiscalizatória dos Auditores Fiscais do Trabalho. Dentre as várias ADIs, menciona-se a de número 6342, tramitando perante o Supremo Tribunal Federal, cujo plenário decidiu em 29 de abril de 2020, por maioria, deferir parcialmente a liminar e suspender a eficácia dos artigos 29 e 31 da Medida Provisória 927/2020, conforme consulta ao sítio eletrônico do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880968> Acesso em 22 jun. 2020.

coletivo) com os seus empregados. Nas hipóteses (redução de jornada e de salário/suspensão do contrato) o governo prevê o pagamento de complementações/auxílios financeiros.

Pois bem, entende-se que dita Medida Provisória, a princípio, não se faz necessária ou mesmo aplicável no âmbito dos serviços e atividades essenciais, posto que, como já referido, os mesmos seguem funcionando, inclusive, em alguns casos, com excesso de demanda, mantendo os respectivos empreendimentos ativos e, a rigor, sem necessidade de redução de jornada ou suspensão do contrato de trabalho.

Porém, merece destaque o disposto no artigo 13<sup>33</sup> da Medida Provisória em questão, que determina que, caso adotada a redução da jornada de trabalho ou a suspensão das atividades da empresa, deve ser garantido o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais. Veja-se que o dispositivo em tela relativiza a sua adoção no âmbito dos serviços e atividades essenciais, ao dizer que as medidas ali previstas (redução de jornada e suspensão temporária do contrato), quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais.

O fato é que, em que pese possível, é pouco provável que, em sede de serviços e atividades essenciais, os respectivos trabalhadores experimentem redução de jornada e suspensão de seus contratos de trabalho, isso porque o que se observa nesse segmento é a crescente demanda, até mesmo no aumento de casos de contaminação pela COVID19 e ainda necessário isolamento social.

A par disso, vale menção às circunstâncias fáticas que acometem os trabalhadores e trabalhadoras da saúde dos serviços essenciais durante tempos de pandemia e catástrofes. Tais profissionais estão expostos a cargas horárias exaustivas e extremamente fadigas (SCHWARTZ; KING; YEN, 2020), e as longas

---

<sup>33</sup> “Art. 13. A redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais de que tratam a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, e a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.” (BRASIL, 2020).

horas de trabalho acarretam consequências tais como a falta de atenção que interfere, diretamente, na qualidade do serviço prestado e aumenta o risco de acidentes de trabalho (SILVA; ROTEMBERG; FISCHER, 2011). Assim, necessário manter especial atenção à tais circunstâncias, como medida de proteção às pessoas que trabalham, bem como àquelas que acessam os serviços essenciais durante o contexto emergencial.

Nahas e Martinez (2020, p. 10) corroboram o entendimento a respeito dos profissionais da área da saúde que

[...] continuaram em atividade com a recomendação de atenção às medidas de prevenção orientadas pelos órgãos de controle sanitário. Os profissionais da área da saúde, porém, por assunção de tarefas estratégicas e pelo envolvimento na contenção da pandemia, acabaram por se envolver ainda mais, seja física ou emocionalmente, com a situação emergencial e com os consequentes riscos laborais. Para esses trabalhadores há uma determinação explícita de comparecimento pessoal ao trabalho, ainda que ali, no seu espaço físico de serviço, existam pessoas reconhecidamente contaminadas com o Coronavírus, e mesmo que a convivência com o risco de contágio seja algo inerente ao exercício de suas atividades.

Registre-se, ainda, que o dispositivo em tela faz alusão à lei 7.783/1989, a conhecida Lei de Greve, que estabelece, no seu artigo 10<sup>34</sup>, um rol de atividades e serviços considerados essenciais, que mais

---

<sup>34</sup> Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; e [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 866, de 2018\) \(Revogada pela Medida Provisória nº 883, de 2019\) \(Vigência Encerrada\)](#)
- X - controle de tráfego aéreo;
- X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; e [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 866, de 2018\)](#)
- X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; [\(Redação dada pela Lei nº 13.903, de 2019\)](#)

ou menos correspondem com as atividades assim relacionadas pelo Decreto 10.282/2020, com as alterações promovidas pelos Decretos 10.292/2020 e 10.329/2020, acima abordadas. Destaque para a alteração promovida pelo Decreto 10.329 de 2020, que revogou o art. 5º do Decreto 10.282, que previa a ampliação do rol de atividades e serviços essenciais pelo Comitê de enfrentamento à crise, retirando, assim, o caráter meramente exemplificativo para fins de enfrentamento do COVID19.

### **3 SERVIÇOS ESSENCIAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LABORAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID19**

Pode-se afirmar a obviedade da afirmação que a economia, a organização social e as relações de trabalho estão sendo (e serão por muito tempo) abaladas por essa nova e terrível realidade. Por tal razão, todos os fatores que compõem esse contexto devem ser levados em conta, sopesando-se aquilo que é ou não possível fazer, tendo por norte a Constituição da República, que representa o pacto fundante da nação brasileira e o farol que aponta o caminho, guiando a embarcação que está no meio da tempestade.

---

XI compensação bancária.

XII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social; ([Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019](#))

XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na [Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 \(Estatuto da Pessoa com Deficiência\)](#); e ([Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019](#))

XIV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. ([Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019](#))

XV - atividades portuárias. ([Incluído pela Medida Provisória nº 945, de 2020](#)).” (BRASIL, 1989)

Para Delgado (2015, p. 33) o Direito do Trabalho está inserido dentre o rol dos direitos e garantias individuais dos trabalhadores, consubstanciando-se em direitos humanos de primeira dimensão de forma que não podem ser objeto de “modificação *in pejus*, ainda que por meio de emenda constitucional”. Desta forma, propostas de emenda constitucional que tenham por objetivo reduzir o nível mínimo civilizatório dos direitos constitucionais laborais não podem prosperar, em conformidade com o disposto no art. 60, § 4º, IV<sup>35</sup> da Constituição Federal de 1988.

O Direito do Trabalho assume, portanto, especial relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, como elemento de concretização dos ideais democráticos. Isso se deve ao status de direitos humanos fundamentais, da categoria dos direitos sociais, dado às garantias juslaborais pela Constituição Federal de 1988.

Delgado ressalta a multidimensionalidade e fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas, ao afirmar que eles

[...] têm múltipla dimensão, ultrapassando o caráter unívoco na socioeconômica. Indubitavelmente, ostentam a natureza de direitos e garantias individuais dos trabalhadores, uma vez que sua titularidade específica é atribuída a cada indivíduo delimitado, no universo dos contratos de trabalho existentes. Contudo, evidenciam igualmente a dimensão de direitos e garantias de natureza coletiva, uma vez que tendem a abranger, de maneira geral, as categorias profissionais em que se inserem os trabalhadores, além da comunidade trabalhista dos estabelecimentos e das empresas. Ao lado de sua dimensão individual e coletiva, os direitos trabalhistas inscrevem-se ainda como nítidos direitos sociais, compondo o largo espectro das proteções e vantagens criadas pelo Estado Democrático de Direito como mecanismo de certificação de seus princípios fundamentais. (DELGADO, 2015, p. 33).

E é dessa alegada multidimensionalidade dos direitos trabalhistas – são direitos e garantias individuais ao mesmo tempo em

---

<sup>35</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV -os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988).

que se revelam como direitos sociais – que decorre a sua relevância para a concretização dos princípios constitucionais, mormente aquele relacionado com o reconhecimento e a valorização da dignidade da pessoa humana. Delgado, nesse sentido, assevera:

Sob a ótica da pessoa humana que vive do trabalho, especialmente o trabalho empregatício, tais direitos são o principal instrumento de concretização dos princípios, valores e regras constitucionais da prevalência da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e, particularmente, do emprego, da subordinação da propriedade à sua função social, da efetivação da justiça social e da democratização da sociedade civil. (DELGADO, 2015, p. 34).

Pessoa, por seu turno, ressalta que a fraternidade, entendida como princípio jurídico consignado na Constituição Federal de 1988, deve ser aplicada ao contexto da pandemia causada pelo COVID19, e afirma:

A dignidade da pessoa humana é fundamento central da fraternidade. Neste momento de pandemia, é fundamental retomar à fraternidade para a busca de uma sociedade que garanta o desenvolvimento humano integral. Nesse passo, o reconhecimento da fraternidade enquanto categoria jurídica resgata valores esquecidos, visto que o egoísmo e o individualismo são a tônica da sociedade atual. Além disso, demonstra-se que a responsabilidade é algo inerente ao ser humano, logo, não pode ser simplesmente ignorada ou transferida para o Estado. (PESSOA, 2020, p. 93).

O princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser esquecido, ou mitigado, mesmo no contexto excepcional de pandemia que atualmente se enfrenta. Ele opera como base ética dos ideais constitucionais contemporâneos da república brasileira e, portanto, preserva sua força irradiadora de efeitos a todo o ordenamento jurídico, mesmo aquele produzido como resposta emergencial e excepcional.

O direito deve pautar-se pela fraternidade, como categoria jurídica, de modo que “é possível dizer que o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado e garantidor da vida promove

uma humanização do direito ou o torna mais digno, portanto, torna o direito fraterno” (PESSOA, 2020, p. 95).

Assim, pode-se afirmar que a aplicação da novel legislação decorrente das necessidades emergenciais evidenciadas no contexto pandêmico atual, deve levar em consideração o ser humano em sua dignidade inerente. Não pode o legislador, mediante a justificativa da excepcionalidade e necessidade premente de oferecer respostas legislativas condizentes com a necessidade do momento, reduzir ou violar a dignidade da pessoa humana, dado o seu relevo para o ordenamento jurídico.

Ainda que se possa alegar a produção legislativa no contexto de pandemia como um legítimo exercício da democracia e que, portanto, justificar-se-iam quaisquer reduções, ainda que momentâneas, nos direitos e garantias individuais, tal alegação não subsiste ao crivo dos direitos humanos, dado que o nível de proteção destes direitos está diretamente ligado à qualidade do processo democrático. Em outras palavras, tanto mais intensa a proteção aos direitos humanos, mais consolidada será a democracia naquele contexto (MESQUITA *et al*, 2005, p. 451).

Ademais, não merece prosperar qualquer ato normativo, ainda que voltado ao enfrentamento de situações excepcionais como o da Pandemia da Covid19, que atente contra os princípios constitucionais de defesa da pessoa, por mais urgente e relevante que seja a matéria por ela tratada. A pessoa humana é, e deve continuar a ser o centro do ordenamento jurídico. O Direito existe para servir à pessoa humana, regular as relações humanas e dar-lhes conformidade aos direitos e garantias fundamentais. Nas palavras de Silva Neto,

O fato de o Congresso Nacional ter admitido o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19 não representa a outorga de ‘cheque em branco’ a fim de que o Poder Executivo federal legisle livremente por meio de medidas provisórias. [...] (SILVA NETO, 2020, p. 201).

Para Fincato (2020, p. 7), o contexto pandêmico que o planeta enfrenta é justificativa suficiente para a adoção da flexissegurança nas relações de trabalho. Por flexissegurança, entende a autora, o “conceito segundo o qual pretende-se conciliar dois valores sensíveis e aparentemente antagônicos, a saber, a flexibilidade do mercado e a segurança social dos trabalhadores”. No entendimento da autora, a flexissegurança é a “única saída às relações de trabalho, em especial as subordinadas” (FINCATO, 2020, p. 7).

Contudo, a autora reconhece que no contexto emergencial pandêmico a produção legislativa deve ser ágil e promover as adaptações necessárias às regras laborais heterônomas, ao mesmo tempo em que preserva a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores e trabalhadoras. Nas palavras de Fincato: “É, sim, tempo de flexibilizar. Mas também é tempo de manter um patamar mínimo subsistencial, um certo ‘chão’, abaixo do qual não se possa passar sob pena de desrespeito à dignidade da pessoa humana” (FINCATO, 2020, p. 7).

De outra banda, Cassar (2020, p. 14) ressalta que no contexto de conflito entre normas durante a permanência da pandemia, a solução é a ponderação entre os direitos conflitantes. De forma que a solução seria

[...] priorizar o público sobre o privado, a coletividade sobre o particular, a sociedade sobre o indivíduo, exigindo a solidariedade social, em que todos ganham e todos perdem. Ganham os que ainda estão empregados e as empresas que não fecharam e perdem as empresas que estão amargando graves prejuízos e empregados com seus salários diminuídos ou contratos suspensos, assim como perdem os desempregados sem esperança de nova contratação (CASSAR, 2020, p. 14).

Discorda-se, contudo, da alegação de que a manutenção dos empregos é, sem sombra de dúvidas e em qualquer contexto e a qualquer custo, a melhor alternativa para os empregados. Há que se levar em consideração as perdas e o impacto na garantia e proteção da

dignidade da pessoa humana como resultado das medidas assecuratórias do emprego.

Ademais, entende-se não adequada a aplicação do princípio da igualdade meramente formal nas relações de trabalho e, principalmente em um contexto de pandemia com excessivos riscos à saúde das pessoas. Se tem de haver partilha de riscos e perdas, que isso ocorra na medida da capacidade pessoal de cada parte envolvida no contrato de trabalho. A partilha dos riscos e perdas deve pautar-se pela equidade, isto é, considerando as potencialidades e fraquezas de cada contratante.

As relações de trabalho não são marcadas pela igualdade formal, e a legislação laboral existe como medida de promoção da equidade e proteção do contratante vulnerável. Essa realidade não pode ser esquecida, sob pena de onerar excessivamente quem não possui os meios de arcar com o ônus da atividade produtiva, sob o pretexto de partilhar, de forma solidária, os custos decorrentes da pandemia.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os trabalhadores em atividades e serviços essenciais devem ser alvo de especial atenção e consideração, não só pelos respectivos empregadores, mas também pelo Poder Público. Proteger o emprego desses trabalhadores e proporcionar condições seguras de trabalho deve ser a meta primordial a ser seguida.

Os trabalhadores desse segmento, para além da exposição direta ao risco de contaminação e adoecimento pela COVID19, em muitos casos, experimentam a prorrogação de suas jornadas de trabalho e o isolamento em face de seus familiares e entes queridos. Sem dúvida, tais realidades aumentam, em muito, a hipótese de

adoecimento físico e mental desses trabalhadores, bem como os riscos da falta de atenção e do aumento de acidentes decorrentes da fadiga extrema e exaustão mental e física.

Então, eles merecem uma visão especial, um olhar diferenciado. Precisam ser protegidos com EPIs específicos e receber o devido treinamento para o uso, além de ser intensificada a fiscalização dos mesmos. Então, a despeito da Medida Provisória 927/2020, não é caso de afrouxar tais exigências, mas sim intensificá-las.

O custo com ditos equipamentos e a implementação de medidas de segurança, por óbvio, correm por conta do empregador, que é quem dirige a prestação pessoal de serviços e assume o risco da atividade, nos termos da lei (art. 2º da CLT).

Da mesma forma, a atividade dos Auditores Fiscais do Trabalho deve seguir firme e escorreita, até mesmo intensificada, a fim de proteger a saúde física e mental dos trabalhadores em atividades essenciais.

A questão da jornada de trabalho, entende-se, como no caso dos trabalhadores da saúde, seria de se esperar que pudessem, de fato, serem exigidos em prorrogações de horas. A situação excepcional, por vezes, exige e exigirá isso. Porém, não se pode levá-los à exaustão, sujeitando-os a riscos acentuados de exposição ao COVID19 e ao adoecimento decorrente não só dessa exposição, mas também da má alimentação, isolamento e esgotamento mental.

Todos esses fatores devem ser sopesados, à luz dos ditames dos princípios constitucionais laborais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Que prevaleça a razoabilidade e a ponderação, subministrados por uma visão humanista, de dupla dimensão: a de quem trabalha e a de quem necessita dos bens e serviços produzidos pelo trabalhador. Sem o primeiro o segundo padece. Então, proteger o trabalhador, no exercício da atividade ou serviços essenciais, é medida que se impõe.

Data de Submissão: 02/07/2020

Data de Aprovação: 23/03/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Bruna Agra de Medeiros

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; SILVA, Leda Maria Messias da; GROKSKREUTS, Hugo Rogério. Da personalidade ao trabalho: um estudo sobre o ambiente laborativo dos refugiados no Brasil e a efetividade das normas. *Prim@ Facie*. João Pessoa, v. 19, n<sup>o</sup> 41, p. 96-136, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2020v19n40.48763>  
Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo n<sup>o</sup> 6 de 20 de março de 2020**. Congresso Nacional. Brasília-DF. 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 13 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n<sup>o</sup> 927 de 22 de março de 2020**. Congresso Nacional. Brasília-DF. 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 13 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n<sup>o</sup> 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Congresso Nacional. Brasília-DF. 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 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n<sup>o</sup> 5.452 de 01 de maio de 1943**. Congresso Nacional. Brasília-DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)  
Acesso em 13 jun. 2020.

**BRASIL. Decreto nº 10.282 de 20 de março de 2020.**

Congresso Nacional. Brasília-DF. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm) Acesso em 13 jun. 2020.

**BRASIL. Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020.**

Congresso Nacional. Brasília-DF. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm) Acesso em 13 jun. 2020.

**BRASIL. Ofício Circular SEI nº 1088/2020/ME.** Ministério da Economia. Brasília-DF. Disponível em:

[http://www.andav.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Ofi%CC%81cio-circular-SIT\\_STRAB-orientac%CC%A7o%CC%83es-gerais-para-trabalhadores-e-empregadores.pdf.pdf](http://www.andav.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Ofi%CC%81cio-circular-SIT_STRAB-orientac%CC%A7o%CC%83es-gerais-para-trabalhadores-e-empregadores.pdf.pdf) Acesso em 14 jun. 2020.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Congresso Nacional. 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 20 jun. 2020.

**BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.**

Congresso Nacional. Brasília-DF. Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) Acesso em 20 jun. 2020.

**BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991.** Congresso Nacional. Brasília-DF. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm) Acesso em 22 jun. 2020.

**BRASIL. Lei 7.783 de 28 de junho de 1989.** Congresso Nacional. Brasília-DF. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM) Acesso em 23 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra/Portugal: Almedina, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho:** de acordo com a reforma trabalhista. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à medida provisória 936/2020.** LinkedIn. Maio de 2020. Perfil pessoal da autora. Disponível em: <https://www.linkedin.com/in/volia-bomfim-12b7b881/detail/recent-activity/shares/>. Acesso em 13 jun. 2020.

COSTA, Juliana de Castro; GOMES, Ana Virgínia Moreira. **Prim@ Facie**. João Pessoa, v. 19, nº 41, p. 1-40, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2020v19n41.44086> Acesso em: 11 nov. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da república, estado democrático de direito e direito do trabalho. *In*: DELGADO, Gabriela Neves *et al.* **Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 79, nº 2, p. 199-219, abr./jun. 2013.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ALVES, Giovanni. Flexibilização trabalhista e o empresariado brasileiro: alguns apontamentos. **Prim@ Facie**. João Pessoa, v. 17, nº 35, p. 1-32, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/39470/20512> Acesso em: 11 nov. 2020.

FINCATO, Denise Pires. **Direito do trabalho de emergência [recurso eletrônico]: relações trabalhistas em tempos de Covid-19: manual de operações para empresas**. Porto Alegre: Ed. do Autor, 2020.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Covid-19: novo coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/Covid19> Acesso em: 20 mar. 2021

HELIOTERIO, Margarete Costa *et al.* COVID-19: por que a proteção da saúde dos trabalhadores e trabalhadoras da saúde é prioritária no combate à pandemia?. **SciELO Preprints**, 2020. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/664>. Acesso em: 12 jun. 2020

MESQUITA, Bruce Bueno de *et al.* *Thinking Inside the Box: A Closer Look at Democracy and Human Rights*. **International Studies Quarterly**. vol. 49, p. 439-458, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2478.2005.00372> Acesso em 20 jun. 2020.

MOLINA, André Araújo. HIGA, Flávio da Costa. Direito ao esquecimento nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 195, p. 63-109, nov. 2018.

NAHAS, Thereza C.; MARTINEZ, Luciano. Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da

Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais. **Noticias CIELO**, p. 10, 2020. Disponível em: [http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/brasil\\_noticias\\_cielo\\_coronavirus.pdf](http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/brasil_noticias_cielo_coronavirus.pdf) Acesso em: 12 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **Regulamento Sanitário Internacional, 15 de junho de 2007**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/regulamento-sanitario-internacional-rsi> Acesso em: 20 mar. 2021.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Fraternidade enquanto categoria constitucional em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. (coords.). **O direito do trabalho na crise do COVID-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. A edição de medidas provisórias em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. (coords.). **O direito do trabalho na crise do COVID-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SCHWARTZ, Jonathan, KING, Chwan-Chuen, YEN, Muh-Yong. *Protecting Healthcare Workers During the Coronavirus Disease 2019 (COVID19) Outbreak: Lessons from Taiwan's Severe Acute Respiratory Syndrome Response*. **Clinical Infectious Diseases**. Cmaa 255, p. 1-3, 2020. Disponível em: <https://fmcaac.net/website/wp-content/uploads/2020/04/cmaa255.pdf> Acesso em: 23 jun. 2020.

SILVA, Amanda Aparecida; ROTEMBERG, Lúcia; FISCHER, Frida Maria. Jornadas de trabalho na enfermagem: entre necessidades individuais e condições de trabalho. *In*: **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 6, p. 1117-1126, 2011. Disponível em: <https://scielosp.org/article/rsp/2011.v45n6/1117-1126/en/> Acesso em 23 jun. 2020.

## **Essential Services During Covid19 Pandemics: Challenges To Labour Law And Its Constitutional Principles**

Rodrigo Goldschmidt

Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira

**Abstract:** This article is dedicated to the analysis of the impact of the legislative changes implemented in the Brazilian labor legal system, in the first half of 2020, on the development of the working relationships of professionals linked to essential activities and services in the context of the pandemic COVID19. To this end, it is divided into two parts, the first being dedicated to the presentation of the main normative changes applicable to essential services and activities. Moreover, in the second half, a critical analysis is carried out, in the light of labor law and its constitutional principles, of said normative innovations and their impact on labor rights, and on a daily basis, of professionals of essential activities and services in full operation in the pandemic context. As a conclusion, it is stated that the interpretation and application of the aforementioned rules must be carried out in compliance with the constitutional protective labor principles of the working person, in particular that of the dignity of the human person. As an approach method, the deductive method was used, organized by research techniques of legislative and bibliographic analysis.

**Keywords:** Corona Virus. Labour Law. Essential services. Constitutional principles.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53760>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# A Precariedade Das Condições De Trabalho Dos Entregadores Por Aplicativos

**Felipe Labruna\***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Perdizes-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-3844-3301>

**Alvaro de Azevedo Gonzaga\*\***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Perdizes-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-4051-0748>

**Marco Aurélio Barreto Lima\*\*\***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Perdizes-SP, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-4512-4472>

**Resumo:** Este artigo científico tem a intenção de aprofundar as discussões sobre o fenômeno da transformação das relações do trabalho por meio de plataformas digitais (“aplicativos” ou “apps”) e a consequente precarização das condições do trabalho e degradação dos direitos sociais dos entregadores, trazendo novos elementos para a propositura de um ambiente regulatório mais agregador e que assuma as novas dificuldades trazidas por estas tecnologias. Esta mudança tecnológica diz respeito a uma inovadora tendência mundial de administração, manejo e domínio das relações de trabalho em ambientes virtuais, causando efeito prejudicial ao trabalhador de entrega conhecido como “uberização” de sua força de trabalho. Neste sentido, o presente trabalho se propõe a fazer breve levantamento legislativo sobre o histórico de concessão e regulação do Direito do Trabalho no Brasil e, em seguida, analisar por meios teóricos como o desempenho do trabalho por meio das plataformas digitais/aplicativos existentes exige uma maior regulação estatal de sua prática e utilização.

**Palavras-chave:** Aplicativos de delivery. Direitos sociais. Direito do trabalho. Entregadores. “Uberização”.

\* Mestrando e graduado em Direito pela PUC-SP. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: [fe.labruna@gmail.com](mailto:fe.labruna@gmail.com)

\*\* Livre Docente em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutorados na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e na Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. E-mail: [alvarofilosofia@hotmail.com](mailto:alvarofilosofia@hotmail.com)

\*\*\* Mestrando e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). E-mail: [marcolima.barreto@gmail.com](mailto:marcolima.barreto@gmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54209>

# **A Precariedade Das Condições De Trabalho Dos Entregadores Por Aplicativos**

Felipe Labruna

Alvaro de Azevedo Gonzaga

Marco Aurélio Barreto Lima

## **1 INTRODUÇÃO**

O Trabalho pode ser definido como um conjunto de ações básicas, objetivas, mecânicas, que se encarregam de prover o sustento do ser humano, atendendo suas necessidades essenciais de sobrevivência. No entanto, o Trabalho diz respeito à produção para o mundo ordinário, ou seja, o mundo palpável, concreto e durável criado pela figura humana (ARENDR, 1983). No atual momento, em que as condições de isolamento social se tornam mandatórias, as inovações da tecnologia possibilitam que parte dos trabalhadores permaneça em suas residências ou ambientes de trabalho, enquanto outra parcela está nas ruas, conduzindo motocicletas ou bicicletas e colocando a própria integridade em risco para alimentar um sistema de entregas de encomendas variadas realizadas por meio de plataformas digitais denominadas aplicativos (apps).

A atividade do homem, em matéria de trabalho, gera valor a ser introduzido no ambiente coletivo, afinal estamos todos inseridos em sociedade. Acredita-se que muitas atividades laborais correm o risco de serem extintas ou substituídas pela robotização e automação nos próximos anos. Nesta linha, diversas funções hoje exercidas pelo homem deixarão de ser imprescindíveis e serão gradualmente

substituídas por outras, ainda que essa substituição tenha uma probabilidade maior de ocorrer primeiro em países de desenvolvidos do que em países subdesenvolvidos, em razão das já conhecidas deficiências educacionais estruturais destes últimos. Entretanto, os ambientes virtuais proporcionados pelas plataformas digitais podem favorecer o rápido crescimento da quantidade de vagas de trabalho e ocupação, já que tais instrumentos tecnológicos proporcionam a concretização da ligação entre fornecedores e clientes, com o racionamento instantâneo de indivíduos e companhias prestadoras de qualquer tipo de serviço quando há demanda, de forma que todos os recursos empregados sejam otimizados (FLEURY, 2020).

Neste contexto, determinados ofícios se tornam ainda mais relevantes, como por exemplo os criadores e desenvolvedores de software e suas adaptações para aparelhos celulares (“smartphones”) denominadas versões “mobiles” ou aplicativos (apps). Profissionais qualificados nestas áreas possuem farta oferta de trabalho em decorrência da escassez de concorrentes. Com isso, acredita-se que nos próximos anos o Brasil terá grande déficit de operadores de tecnologia, capazes de instrumentalizar as novas ferramentas do mundo moderno.<sup>1</sup> Por outro lado, viabilizando a operação de muitos destes aplicativos, existe outra categoria de trabalhadores, também com demanda crescente, inclusive pela pandemia de covid-19 que assola o mundo desde o final de 2019: os entregadores. Estes profissionais levam os itens adquiridos pelos usuários e clientes por meio de automóveis, motocicletas, bicicletas ou até mesmo a pé, criando o canal entre os que ofertam e os que adquirem alimentos, bens ou serviços (ARAUJO, 2019).

---

<sup>1</sup> De acordo com pesquisa da Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (Brasscom) para suprir a demanda do setor de software e serviços, será necessário formar 70 mil novos profissionais até 2024. Atualmente, o déficit de 24 mil profissionais da área. Ver: Mercado de tecnologia tem déficit de 24 mil profissionais por ano. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/mercado-de-tecnologia-tem-deficit-de-24-mil-profissionais-por-ano-24170633>>. Acesso em 1º de outubro de 2020.

Os trabalhadores de entrega de apps, constantemente associados às marcas com que operam como iFood, Rappi, Uber Eats, James, entre outros, são um grupo de profissionais “uberizados”. Tal denominação surgiu pela primeira vez no Brasil em meados do ano de 2015 para se referir aos motoristas que atuam pelo aplicativo de viagens de automóvel Uber, de maneira eventual e sem vínculo empregatício, até o momento. Há muito debate sobre as penosas condições e conexões de trabalho a que estão submetidos os entregadores de aplicativos, de maneira que tal assunto tem cada vez mais sido tema de pautas jornalísticas e discussões acadêmicas. Determinadas empresas que operam estes apps de entrega têm demonstrado razoável iniciativa para propiciar a melhora das condições de trabalho dos entregadores e, alguns países e cidades, até mesmo estabeleceram regulações específicas para o ofício, muito embora o cenário atual ainda indica que há muito para ser debatido (FLEURY, 2020).

A relevância das plataformas digitais e a necessidade do trabalho dos entregadores de aplicativo se tornam ainda maiores em meio à atual pandemia do novo coronavírus, situação em que o isolamento social é medida de saúde pública recomendada, ou até mesmo obrigatória, e a locomoção dentro das cidades para a realização de compras e contratação de serviços decaem consideravelmente. Nestes termos, é necessário ver com bons olhos a regulamentação das condições de trabalho dos profissionais de entrega, aliado ao fato de que o Brasil precisa exercer maior protagonismo em matéria de inovação digital. Para cumprir esta tarefa, é fundamental fomentarmos o debate aqui proposto, criando uma análise sobre o histórico de concessão e regulação do Direito do Trabalho no país.

## **2 BREVE HISTÓRICO DE CONCESSÃO E REGULAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL**

O Direito do Trabalho é produto tanto das inquietudes sociais promovidas pela Revolução Industrial do século XVIII, que, com o progresso da tecnologia e da ciência conferiram uma inovadora face ao mecanismo de produção de bens no continente europeu; quanto da propaganda humanista, que afirmava a conservação da dignidade do homem que se ocupava com o labor nas indústrias. Assim, o anseio de equipar a ordem jurídica com uma matéria capaz de conduzir as relações individuais e coletivas de trabalho progrediu rapidamente pelo mundo industrializado envolto a novas convicções. As consequências do capitalismo e das premissas da infraestrutura social foram sentidas com bastante força em meio à Revolução Industrial, de tal forma que, no início do século XIX, foi cunhada pela primeira vez a expressão “questão social” (NASCIMENTO, 2014).

Escreveu Martinez (2016, p. 54) sobre o assunto:

O processo construtivo do direito do trabalho e, por consequência, dos demais direitos sociais decorreu do conflito de classes. Sua edificação e crescimento, por outro lado, provieram de uma pletera de acontecimentos historicamente favoráveis. Sem dúvida, no tocante à história constitutiva do direito do trabalho, pode-se dizer que é incrível o poder que as coisas parecem ter quando elas precisam acontecer. O ramo jurídico ora em análise parece efetivamente ter emergido pela força do inevitável, do inexorável. Ele tinha de acontecer, por isso aconteceu: múltiplos fatores alinharam-se e contribuíram para a edificação dos direitos sociais, especialmente para a construção de um sistema jurídico capaz de proteger os trabalhadores dos abusos perpetrados por seus patrões. Se o direito do trabalho, como regulação normativa de origem estatal ou convencional, não tivesse acontecido, certamente a história que envolvia conflitos entre capital e trabalho seria diferente.

No Brasil, iniciou-se o período liberal do Direito do Trabalho a partir da abolição da escravidão em 1888 e da proclamação da República no ano seguinte, sendo marcada por determinadas iniciativas que, em que pese não possuíssem muito alcance,

colaboraram para o posterior desenvolvimento da legislação no país. Nos primeiros anos da República a ocorrência de greves era esporádica, tendo os trabalhadores o intuito de reivindicar melhores condições salariais e a redução da jornada de trabalho diária. Entretanto, no início do século XX, as insurgências trabalhistas se intensificaram. A primeira greve de grande repercussão no Brasil se deu no dia 12 de junho de 1917, iniciando no Cotonifício Rodolfo Crespi, no bairro da Mooca, ocasião em que houve o protesto de operários em prol de melhores salários (com aumento de 20% sobre a remuneração), paralisando o serviço fabril em decorrência do fracasso de uma tentativa de acordo com a empregadora. Tal movimento propagou-se para o interior do estado, de forma que treze municípios foram atingidos e somente no dia 15 de julho foi aceito acordo para majoração de 20% nos salários, sob a garantia de que nenhum contratado seria demitido em razão da greve (NASCIMENTO, 2014).

Neste cenário, diversas leis trabalhistas nasciam no continente europeu e os reflexos no Brasil eram retraídos, notados somente por alguns pensadores, mas sem que pudessem causar alguma ação governamental. A Constituição da República do Brasil de 1891 não era focada nas questões sociais, e suas linhas-base não tratavam da problemática trabalhista. A primeira Constituição nacional a tratar sobre o tema de Direito do Trabalho foi a de 1934. Desde então, todas as Constituições nacionais possuem princípios e regras sobre direitos trabalhistas (LEITE, 2018).

O período entre 1930 a 1945 é considerado um dos grandes momentos da legislação social e trabalhista brasileira. Sobre forte influência do positivismo ortodoxo, Getúlio Vargas, passou a adotar medidas de integração do proletário à sociedade através de providências a favor da proteção do trabalho e da família, ressaltando a ajuda mútua entre empregados e empregadores e a procura por soluções de paz para as divergências. Assim, Getúlio criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em 26 de novembro de 1930, logo em seguida à vitória da Revolução de 1930. A posição de ministro foi

assumida por Lindolfo Collor, igualmente positivista ortodoxo e seu Ministério atuou de maneira rápida em três frentes: trabalhista, sindical e previdenciária (SANTOS, 1979).

No campo trabalhista as principais ações foram em 1931, com a concepção do Departamento Nacional do Trabalho, e em 1932, com o estabelecimento de jornada de oito horas diárias na indústria e comércio, a regulação do trabalho exercido pelas mulheres com equiparação de salário, o trabalho dos menores de idade, a instituição da Carteira de Trabalho e das Comissões e Juntas de Conciliação e Julgamento e a normatização do direito ao usufruto de férias. Já na área previdenciária, a partir de 1933 ocorreram amplos progressos. Neste ano foi idealizado o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos, iniciando processo de reforma e incremento das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP's) da década de 1920. No decorrer de cinco anos, a Previdência Social foi desdobrada a quase todos os trabalhadores urbanos, sendo atendida uma antiga queixa dos empregados nas cidades. Por outro lado, o sistema marginalizava determinadas categorias de trabalhadores, a exemplo dos autônomos, trabalhadores domésticos e do campo.<sup>2</sup> Por conseguinte, referia-se a uma formulação da política social como prerrogativa e não como direito, já que o conceito de cidadania era delineado por limitações políticas (CARVALHO, 2002).

Entretanto, pouco a pouco, a definição e o alcance de materialização do termo “cidadania” passaram a ser deslocados do prisma social para o campo produtivo. A normatização dos ofícios e das profissões, a carteira de anotação profissional e a figura pública do sindicato delimitavam, então, os três critérios para a definição da palavra “cidadania”. Assim sendo, os direitos a serem exercidos pelos cidadãos eram consequência dos direitos individuais e exclusivos

---

<sup>2</sup> Os direitos trabalhistas plenos foram conferidos aos trabalhadores rurais e autônomos apenas com o advento da Constituição Federal de 1988. Para trabalhadores domésticos, o reconhecimento de direitos já conquistados pelas demais categorias urbanas na década de 1920, apenas foi efetivada em 2015, com a entrada em vigor Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 72 (derivada da PEC 66/2012, ou PEC das Domésticas) e da Lei Complementar n<sup>o</sup> 150.

concedidos às profissões. Além disso, a existência de cada profissão pressupunha a autorização e normatização do Estado. A carteira de trabalho era o apetrecho jurídico que comprovava a existência de um contrato entre a Administração Pública e a “cidadania regulada”. Tal carteira de anotação profissional, além de indício de exercício de trabalho, passou a ser propriamente uma certidão de nascimento cívico, já que seu portador passaria a ser considerado cidadão capaz de exercer direitos e contrair obrigações. Desse modo, os direitos evadiam do campo social e passavam a ser determinados pelo cerne da produção sob a ingerência Estatal. Assim ensaiou Santos (1979, p. 68) sobre sua expressão “cidadania regulada”:

Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação social, e que ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei.

A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do espaço dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade. A cidadania está embutida na profissão e os direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei.

Tornam-se pré-cidadãos, assim, todos aqueles cuja ocupação a lei desconhece. [...] A associação entre cidadania e ocupação proporcionará as condições institucionais para que se inflem, posteriormente, os conceitos de marginalidade e de mercado informal de trabalho [...].

Do ângulo de visão político, o modo de atuar do Governo voltado à esfera sindical foi o ponto central da estratégia de administração pública. A ideologia/filosofia do corpo governista foi visto no primeiro decreto, expedido em 1931, que tratou sobre a sindicalização, sendo muito parecido com o ponto de vista positivista presente no começo do século XX, assim como com a doutrina social da Igreja Católica, que pregava que o Trabalho e Capital deviam se relacionar de forma harmoniosa e que era dever do Estado resguardar

este equilíbrio, efetivando a função de regulador e de árbitro. Neste contexto, o apetrecho para se operar a harmonia era a organização sindical. Assim sendo, o sindicato não atuava como uma organização para representar os interesses dos operários perante os patrões, mas sim, de colaboração entre estes dois agrupamentos e o próprio Estado. Por causa disso, o sindicato naquele momento não era uma entidade de direito privado, mas sim de direito público, atuando como um verdadeiro órgão técnico governamental de consulta, sendo excluída a pluralidade sindical, que cedeu o seu lugar para a chamada singularidade sindical (CARVALHO, 2002).

A intervenção estatal possuía, neste ponto, duas faces: se de um lado defendia o cidadão por meio da legislação trabalhista, de outro constrangia por meio das leis de conteúdo sindical. Ademais, a proteção do Estado afetava a própria liberdade dos grupos operários, submetendo-os à ingerência do Ministério do Trabalho. Neste prisma, se os trabalhadores contratados ostentavam fraquezas para afrontarem as abusividades de seus patrões, igualmente eram fracos para se oporem às arbitrariedades estatais. Neste cenário, havia claro dilema perante a movimentação operária, à medida em que os operários necessitavam optar entre a proteção proporcionada pelo Estado sem liberdade ou esta mesma liberdade sem qualquer proteção. Desta feita, a problemática primordial era a desigualdades de poderes entre a classe operária e o grupo de patrões (LEITE, 2018).

Uma relevante herança da legislação de cunho sindical do Estado Novo foi a instituição do imposto sindical, idealizada no ano de 1940 e estando vigente até os dias atuais, em que pese várias tentativas de eliminá-lo do ordenamento jurídico. Embora o imposto sindical concedesse fôlego para que grupos sindicais mantivessem sua estrutura burocrática ou até mesmo para oferecer benesses adicionais aos seus associados, tais como amparo médico, odontológico ou advocatício, também motivava a organização dos próprios sindicatos. A adesão ao quadro sindical em si restava prejudicada, afinal era efetuada a cobrança deste imposto perante todos, de forma obrigatória, não obstante somente alguns serem beneficiados. Além

disso, houve estímulo ao “*peleguismo*”. O termo é oriundo de “pelego”, ou seja, o chamado líder sindical que mediava os interesses entre o Estado e os operários. Os pelegos eram cúmplices do Governo e dos patrões, recebendo deles benefícios e favores. Alguns pelegos se apresentavam como eficientes gestores dos recursos sindicais e assim tornavam os sindicatos atrativos em virtude das vantagens que ofereciam. Entretanto, via de regra, eram personagens mal vistos pelos associados mais comprometidos dos sindicatos, em uma tentativa de destituí-los. Em algumas ocasiões, todo o alicerce operário era elidido, de forma que o poder sindical consistia, nesses casos, em um estado-maior sem soldados (CARVALHO, 2002).

Um personagem que restou excluído de toda a sistemática legislativa em prol do trabalho no período da “Era Vargas” foi o trabalhador do campo. O estiramento da legislação social ao trabalhador rural necessitou aguardar o tardio regime militar para ser aplicada. O fato de o trabalho do campo não ter sido contemplado pela legislação trabalhista demonstra, com exatidão a força e influência que ainda exerciam os proprietários rurais. Apesar disso, é inegável que o 1º período Vargasista (1930-1945) foi o grande momento de propagação dos direitos sociais no país, tendo sido instituído nele a base da legislação trabalhista e previdenciária brasileira (NASCIMENTO, 2014).

Grande coleção legislativa foi promulgada neste período, o que culminou com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio do Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, assinado pelo então presidente Getúlio Vargas enquanto vigorava o Estado Novo (1937-1945), unificando toda legislação trabalhista existente no Brasil até então. A CLT resistiu à redemocratização de 1945 e permanece em vigor até os dias de hoje, ressalvadas suas modificações. Tal coleção legislativa trabalhista foi introduzida em cenário de baixa ou nula participação política do povo e de frágil constância dos direitos civis. Este problema em sua origem e a forma como foram concedidos os benefícios sociais, fizeram com que

houvesse dúvidas sobre sua definição como vitória de cunho democrático e de certa forma prejudicou sua colaboração para a criação de uma cidadania ativa (CARVALHO, 2002).

Foi a Constituição Cidadã de 1988 quem iniciou novo traçado histórico de direitos sociais no país, irradiando de modo direto no Direito do Trabalho sob o modelo proposto de manutenção do Estado Democrática de Direito. Tal Carta Magna possui inúmeros comandos destinados a tratar dos direitos trabalhistas (individual e coletivo) e aborda o Direito do Trabalho como um dos direitos sociais, o inserindo na parte em que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”. Considerada uma das Constituições mais modernas no campo social, por contemplar os direitos trabalhistas como verdadeiros direitos fundamentais, a Constituição de 1988 trouxe uma enorme preocupação em relação à proteção do trabalho, principalmente em virtude da extensa quantidade de normas constitucionais focadas no campo trabalhista.

Sobre as novas garantias trabalhistas advindas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dispôs Silva (2012, p. 297/298):

Logo, diante do conjunto normativo existente no Brasil na atualidade, observa-se que para além de meramente tutelar interesses dos trabalhadores, existe uma preocupação recorrente em harmonizar de forma otimizada os diferentes conflitos advindos, muitas vezes, da própria relação estabelecida entre empregadores e empregados. A admissão pelo legislador constituinte de 1988, de instrumentos aptos a possibilitar a flexibilização de determinadas condições de trabalho, desde que intermediada a negociação pela entidade coletiva que representa os trabalhadores, mostra-se como uma forma de se tentar ao menos minimizar possíveis efeitos nocivos a própria classe trabalhadora.

Ao mesmo tempo, tal posicionamento estatal fortalece, até mesmo, os próprios órgãos classistas. Dentro desse processo, tais instituições acabam por se afirmar na defesa dos interesses de uma determinada categoria.

O declínio global do modelo socialista ao lado da propagação dos grandes blocos econômicos mundiais do fenômeno da globalização vem fazendo com que se discuta no momento modelos de

flexibilização, desregulamentação, privatização do Estado, desconstitucionalização e terceirização dos direitos trabalhistas (LEITE, 2018). Neste sentido, surge o questionamento: o Direito do Trabalho vai persistir?

Esta pergunta que já se demonstrava bastante complexa no final do século XX, adentra a década de 2010 com um peso ainda maior. Em diversos espaços territoriais, a permanência de direitos trabalhistas fundamentais, conquistados ao longo dos anos, foi perdendo força e dando espaço à “contratos fluidos” de trabalho, com a introdução em massa dos instrumentos de pejetização e terceirização.

No Brasil, o recente enfraquecimento das correntes políticas sociais-democratas, acompanhado da escalada de movimentos liberais simpatizantes ao neo-fascismo também teve reflexo importante. A aprovação da Reforma Trabalhista em 2017, por meio da Lei nº 13.467, que alterou a CLT, bem como os julgamentos sucessivos de ações de controle constitucional abstrato no STF, que permitiram a expansão dos conceitos de terceirização, teletrabalho e livre negociação entre patrões e empregados, por exemplo, representaram, em última medida, um sinal bastante forte sobre como serão os próximos anos para os trabalhadores brasileiros. Em resposta à pergunta anterior, considerando a erosão política dos direitos trabalhistas conquistados e a ratificação jurídica das escolhas ultra-liberalizantes adotadas pelo Estado, o Direito do Trabalho precisará se reinventar para voltar a apresentar resultados satisfatórios, cobrindo novamente os trabalhadores brasileiros que hoje operam à sua margem.

### **3 AS CONFIGURAÇÕES DO TRABALHO DE ENTREGA POR MEIO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS/APLICATIVOS**

Grande quantidade das plataformas digitais da atualidade, que prestam serviços por meio de websites ou aplicativos para telefone

celular, apresenta sede em outros países e atuam mundialmente. Algumas delas, como a plataforma de deslocamentos por automóveis Uber, com valor de mercado estipulado em 82 bilhões de dólares, já possuem ações negociadas em bolsas de valores e contam com seus capitais abertos, o que comprova sua relevância, organização e solidez financeira. Entretanto, ainda é escassa a normatização dessas inovadoras tecnologias na esfera do trabalho, tanto a nível nacional quanto global. Neste contexto, referidas empresas de gestoras de apps agem de maneira diferente em cada um dos países que utilizam suas facilidades (SABINO, 2019).

No caso do Brasil, as condições do vínculo de emprego estão constantes nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º - Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Sendo atualmente possível efetuar a contratação de um trabalhador por meio de diversas modalidades, como por exemplo, por tempo parcial, por prazos determinado ou indeterminado, intermitente, temporário ou por experiência e, com maior frequência, em razão de necessidade, estão sendo admitidas fora das condições de

um ofício formal, sem que sejam observados os princípios básicos do trabalho digno, ou seja, sem que haja o devido respeito aos direitos trabalhistas básicos, sem delimitação de jornada de trabalho, sem a garantia de um salário-mínimo e sem que sejam cumpridas as recomendações de saúde e de segurança no trabalho (SABINO, 2019).

É relevante levar em conta que, neste momento de pandemia de covid-19 causada pelo novo coronavírus, isolar-se socialmente não é viável para todos. Assim, a adoção do termo “Fique em Casa” para as atividades do dia a dia, como forma de evitar o contágio, assim como o exercício do hábito de pedir tudo o que se necessita para entrega em domicílio, é um privilégio de poucas pessoas. Mesmo assim, os serviços de entrega neste momento pandêmico tornaram-se laborações essenciais e tiveram grande crescimento em virtude da demanda cada vez maior. Para se ter uma ideia, a plataforma digital de entrega de alimentos iFood, que atua em mais de mil municípios brasileiros, mais que dobrou o número de inscrições de candidatos para trabalharem como entregadores entre os meses de fevereiro e março de 2020, saltando de 85 mil para 175 mil.<sup>3</sup> Os profissionais de entrega por aplicativos encontram-se totalmente expostos ao risco de contaminação pelo novo coronavírus, acuados pelas próprias necessidades financeiras, os riscos inerentes à função e a desigualdade que caracteriza sua relação com a empresa gestora do aplicativo. Neste cenário, nota-se que o colaborador que efetua entregas por apps em pleno século XXI tem a mesma liberdade do operário da 1ª Revolução Industrial, já que atua em ambiente de extremo risco, por muitas horas, a fim de sobreviver. Questiona-se, então, se a concepção de “parceria” com os entregadores alegada pelas plataformas digitais de apps está em consonância com a realidade dos fatos. Isto porque, a atividade exercida em nome da empresa de aplicativos pelos

---

<sup>3</sup> Dados publicizados pelo vice-presidente financeiro e estratégico do iFood, Diego Barreto, em entrevista à rede de notícias Reuters, em 1º de abril de 2020. Ver: “Candidatos a entregador do iFood mais que dobram após coronavírus”. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/idBRKBN21J6N4-OBRIN>>. Acesso em 1º de outubro de 2020.

encarregados da entrega das compras dos clientes é alegadamente caracterizada pela eventualidade e total autonomia, o que desvincularia a natureza de emprego e desoneraria a plataforma de quaisquer responsabilidades em relação aos perigos suportados pelos colaboradores (MELO, 2020).

Sem dúvidas, a Internet é um enorme catalizador na alteração sistemática das relações de trabalho. O fato da Rede Mundial de Computadores proporcionar inédita praticidade e agilidade nas relações (sejam elas pessoais, jurídicas, sociais ou políticas), causa, em efeito cascata, a redução da quantidade de contratos de trabalho formais assinados entre empregados e empregadores, ao passo que cria um ambiente de troca veloz de informações, intercâmbio de ideias, entrega de produtos e serviços, colocando diversos agentes econômicos que, antes, dependeriam da estabilização de contratos formais de trabalho para se encaixarem na lógica de mercado, numa posição de “colaboradores” ou “empreendedores”.

Assim, ao passo em que assistimos a ampliação da procura por trabalhos informais, vislumbramos que este mesmo trabalho realizado no universo virtual acaba sendo desumanizado de maneira seletiva, já que as companhias que exploram tais mercados como Uber, iFood, 99 Taxi, Rappi, entre outras, não apenas deixariam de existir sem os indivíduos que atuam na manutenção de seus softwares e plataformas, quanto, é claro, se não houvesse pessoas aceitando os pedidos de compras dos utilizadores, os retirando nos estabelecimentos e os entregando aos consumidores finais. A seletividade postulada acima, diz respeito justamente à valorização dos primeiros profissionais como empregados e, dos segundos, como “parceiros”.

Outra característica repetida entre os entregadores é a precarização de suas condições de trabalho e o fácil meio de substituição de sua mão de obra. Dessa percepção, surgiu o termo “uberização” da força de trabalho, inserido num pano de fundo em que políticas econômicas neoliberais deram a tônica em países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O termo, por sua vez, foi cunhado como uma forma de referenciar as condições de trabalho dos motoristas do app de transporte Uber.

“Uberizar” as relações de trabalho é alterar substancialmente os meios de atuação no mercado profissional, já que as contratações passam a ser automatizadas ao mesmo tempo em que se prega a concepção de que o trabalhador é o único responsável pelo seu insucesso ou prosperidade. Entende-se que o fenômeno da “uberização” da força de trabalho altera a conjuntura trabalhista global com a mesma relevância do que ocorreu com o Fordismo na década de 1910 e com o Toyotismo na década de 1970 do século XX, fornecendo, estes últimos, uma igualdade de condições para os trabalhadores, embora igualmente apresentasse diversas desconformidades nas conjunções trabalhistas. A “uberização” ocupacional, todavia, é marcada pela não assinatura de contratos formais e da carteira profissional, pelo não estímulo à competição entre os colaboradores e pela não previsão de dias de repouso compulsórios (SOUZA, 2020).

O conceito de “uberização” abrange particularidades do meio do trabalho, já que é encarado pela companhia contratante como uma atividade sem qualquer vínculo trabalhista com o colaborador que a desempenha, há total flexibilidade de jornada diária e toda a responsabilidade pela função exercida, bem como sobre seus meios de executá-la, fica a cargo de quem pratica a tarefa. Desta feita, as corporações detentoras das plataformas web se apresentam como meras oferecedoras da ferramenta usada pelo praticamente do serviço, pelo produtor ou detentor do que será entregue e também pelo usuário cliente final (WEISS, 2019).

Sobre a “uberização” do trabalho, escreveu Abílio (2019, p. 02/03):

Nessa condição de quem adere e não mais é contratado, o trabalhador uberizado encontra-se inteiramente desprovido de garantias, direitos ou segurança associados ao trabalho; arca com riscos e custos de sua atividade; está disponível ao trabalho e é recrutado e remunerado sob novas lógicas.

[...]

As empresas-aplicativo vêm se apresentando como mediadoras entre oferta e procura, negando a subordinação e vínculos empregatícios nessa intermediação. Parte de seu discurso se assenta em um retorno aos pilares do liberalismo: teríamos então agentes

econômicos independentes que se encontram no mercado e exercem livremente suas potencialidades, o que levaria a um equilíbrio geral entre oferta e procura e à promoção do bem-estar geral.

Nesta direção, antevendo que a modalidade de trabalho informal para plataformas digitais irá se tornar tendência no futuro, a Organização Mundial do Trabalho – OIT publicou o documento “*Trabalhar para um futuro melhor*”, sugerindo que seja aperfeiçoado um mecanismo de supervisão mundial para os meios virtuais, de forma que seja exigido o atendimento de direitos e garantias básicas de trabalho por parte das empresas e também dos próprios usuários clientes. A publicação expôs o exemplo da categoria de marinheiros que é dotada da Convenção do Trabalho Marítimo, que atua como um tipo de código mundial para o desempenho do trabalho da classe. A intensificação da checagem e do monitoramento das atividades desempenhadas é igualmente essencial para que seja alcançada esta meta, afinal somente através dela será possível a eficaz restrição das horas diárias e semanais trabalhadas e do comprometimento em relação às recomendações de segurança e de saúde, essenciais para atingir condições de trabalho digno e humano. Neste diapasão, o debate que envolve temas como o aperfeiçoamento das ciências tecnológicas e a criação de oportunidades de trabalho precisa obrigatoriamente tratar sobre a temática do trabalho digno, da mesma forma que é sustentado pela OIT, afinal apenas garantindo que sejam cumpridas necessidades trabalhistas mínimas é que será atingível uma economia desenvolvida nos moldes da inclusão e da sustentabilidade (SABINO, 2019).

Neste momento, estamos enfrentando uma das maiores dificuldades dos nossos tempos, já que grandes transformações no campo das profissões atingem intrinsecamente todas as sociedades do planeta, ainda mais neste momento em que a humanidade se encontra em luta contra a pandemia de covid-19, causada pelo novo coronavírus. É nesse contexto que novas influências estão modificando tenazmente a esfera do trabalho, como a utilização da inteligência artificial, dos robôs e da automatização, extinguindo e

criando posições laborativas, de forma que aqueles que se tornarem órfãos de suas ocupações profissionais nesta passagem, de certa forma, serão os menos aptos para abraçarem as oportunidades que virão. Muitas atividades que são desempenhadas hoje não serão mais exercidas amanhã e mesmo as novas funções poderão se tornar ultrapassadas e desnecessárias de maneira muito rápida.

“*Crowdwork*”, que em inglês significa “trabalho da multidão” ou “colaboração em grupo” é uma modalidade de trabalho informal século XXI. *Crowdwork* diz respeito à realização de encargos através de plataformas online que intermediam a comunicação entre instituições e pessoas, utilizando a Internet, e possibilitam a aproximação entre consumidores e trabalhadores informais de todo o planeta. Assim como outros tipos de labor informal, o *crowdwork* é qualificado pela inexistência de estabilidade no emprego e poucas (ou nenhuma) garantias e/ou proteções trabalhistas. Acredita-se que os websites que promovem o *crowdworking* e o trabalho entreposto por apps, que permeiam a economia dos meios digitais, terão o álibi de reinventar os hábitos e costumes do trabalho oriundos do século XIX e criar os futuros trabalhadores virtuais.

Sobre a concepção do *crowdworking*, registrou Nantal (2018, p. 35):

Esse conceito está incluído, na verdade, em um conceito mais abrangente, chamado de crowdsourcing, uma combinação das palavras ‘crowd’ e ‘outsourcing’, para representar a ideia de uma espécie de terceirização<sup>4</sup> para um grande número de pessoas (a ‘multidão’). O termo foi introduzido por Jeff Howe em 2006, que o definiu como ‘o ato de uma empresa terceirizar uma função até então executada por empregados para uma rede indefinida (e geralmente grande) de pessoas, na forma de um convite aberto’, podendo ser realizada colaborativa ou individualmente, desde que observados ‘o uso do formato de convite aberto e a grande rede de potenciais trabalhadores’.

---

<sup>4</sup> Nota do original: “A terceirização aqui deve ser entendida de modo amplo, pois não há a figura do empregado terceirizado, da empresa e do tomador; o trabalho é prestado por um público indefinido, não especificamente designado para realizá-lo, daí a diferença entre a terceirização e o crowdsourcing”.

A partir desta nova concepção de trabalho, com a alteração das cadeias de produção de maneira profunda pelas tecnologias cada vez mais expansivas, é possível notar, como descreveu Nantal na explanação do termo *crowdworking*, que há uma tendência de superação da necessidade de supervisão do trabalho por uma pessoa remunerada. Neste cenário, funções de gerência, outrora exercidas por indivíduos humanos, passaram a ser exercidas por algoritmos computacionais, que atendem com eficácia e exatidão a incumbência de avaliação de desempenho das atividades cumpridas. É relevante a observação de que o poder de direção da empresa contratante se intensifica com a utilização dos apps, afinal, os programas computacionais acompanham cada acesso dos utilizadores às plataformas digitais, de forma que a empresa possui uma visão completa sobre como se apresenta a demanda pelo serviço que ela oferece e sobre a mão de obra que dispõe. Assim, as novas espécies de trabalho sob supervisão virtual possibilitam maior controle por parte da companhia sobre os trabalhadores, que passam a receber, portanto, uma cobrança maior por parte de sua gerência/chefia e, sobretudo, do próprio software (COSENTINO FILHO, 2017). Aqui é necessário o entendimento do que pesquisadores e estudiosos batizaram de “*gig economy*”, com um conceito que no Brasil poderia se chamar de “economia do bico”, que abrange uma já inserida modificação do seio trabalhista totalmente voltado ao ramo de serviços (WEISS, 2019).

O Dicionário de Cambridge conceitua “*gig economy*” como um modelo de emprego alternativo pautado em pessoas que possuem contratações temporárias ou que desempenham funções laborais na modalidade “freelancer”, de maneira eventual, remuneradas separadamente, ao invés de prestarem suas funções a um contratante permanente (THESAURUS, 2020).<sup>5</sup> O modo de trabalho tradicional, com desempenho de tarefas em horário e locais fixos, está sendo gradualmente trocado por vinculações variáveis e sem uma única

---

<sup>5</sup> Tradução nossa do original: “*gig economy (noun) - a way of working that is based on people having temporary jobs or doing separate pieces of work, each paid separately, rather than working for an employer*”.

identidade. A gig-economy gira em torno de trabalhos “*on-demand*” (sob demanda), pagos pela sua prestação instantânea, sendo possível localizar especialistas em todos os campos de atuação. A função “*on-demand*” prestada pelo intermédio de apps geralmente está associada ao desempenho de serviços tradicionais, como condução e faxina, bem como atividades administrativas. O aplicativo então define e assegura um critério de qualidade mínimo no desempenho do serviço ao cliente, além de escolher e supervisionar o trabalhador” (WEISS, 2019).

A passagem para uma nova era das relações do trabalho que respeite o ecossistema e busque conter as alterações climáticas abalará mais ainda o espaço mercadológico do trabalho. O aumento da parcela de pessoas jovens em determinados locais irá agravar a situação do desemprego e o impulso migratório. Em outros locais, o fato da população se tornar mais velha, arrochará os mecanismos de seguridade e de cuidados sociais. Neste contexto, a criação de vagas de trabalho dignas converteu-se em algo ainda mais dificultoso.

Assim dispôs a OIT no documento intitulado “*Trabalhar para um futuro melhor*” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019):

Potenciar e gerir a tecnologia a favor do trabalho digno. Significa envolver trabalhadores e gestores na negociação da concepção do trabalho. Significa também adotar uma abordagem da inteligência artificial baseada no “ser humano no comando”, que garanta que decisões finais que afetem o trabalho sejam tomadas por seres humanos. Deveria estabelecer-se um sistema de governação internacional para as plataformas digitais de trabalho de forma a exigir que estas plataformas (e os seus clientes) respeitem certos direitos e proteções mínimas. Os avanços tecnológicos exigem também a regulação do uso de dados e da responsabilização quanto aos algoritmos usados no contexto do mundo do trabalho.

A “uberização” das ocupações abarca uma espécie de uso da mão de obra laboral que pressupõe a disponibilidade do colaborador para a empresa gestora do software, embora esta o requisite somente no momento que lhe é preciso, de maneira automática e logarítmica. A companhia detentora do app, possui a direção e a faculdade de

diagramar e esquematizar a força de trabalho e sua procura, que por sua vez também está mapeada pelo software e vinculada a ele. O colaborador fica à mercê da empresa, porém não possui nenhuma possibilidade de diálogo ou negociação com o comando da empresa acerca de sua alocação espacial, da disposição de sua própria força laboral, ou mesmo a respeito da sua valoração. As normas sobre a alocação da atividade, recebimentos e gratificações, comando sobre o preço do desempenho e suas formas alternativas não possuem clareza e nem predefinição. No momento, tem sido utilizada a palavra *gamificação*, oriunda do termo em inglês *game*, para dar nome aos métodos de coordenação e organização do novo regime trabalhista mundial. Tal expressão diz respeito ao gerenciamento de normas variáveis que fazem com que a iniciativa ao trabalho seja repleta de riscos e sem quaisquer respaldos. A produção é incentivada e assegurada através de regramentos que demonstram ser verdadeiras aventuras desafiantes para o subalterno, que dizem respeito a possibilidades de premiações e, sobretudo, à indefinição e à dúvida quanto ao alcance da meta perseguida (ABILIO, 2019).

#### **4 DA NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE UM MARCO REGULATÓRIO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENTREGA PARA APLICATIVOS**

É importante ressaltar as desmedidas jornadas laborais a que estão submetidos os entregadores, em virtude da falta de controle e proteção legislativa. Em que pese estarem presentes os conceitos defendidos pelas empresas contratantes de flexibilidade dos turnos e de horas trabalhadas por cada colaborador, na realidade o que ocorre é a sujeição às exaustivas jornadas de trabalho, muitas vezes passando de 12 horas diárias (MACHADO, 2020), o que nos faz lembrar das

circunstâncias de trabalho do começo da era industrial moderna, quando a pequena produção artesanal de manufaturas deu espaço à enorme produção de cunho capitalista e, ao seu lado, o aproveitamento abusivo do trabalho assalariado. Em muitas ocasiões, aqueles que trabalham como entregadores para aplicativos enfrentam extensas horas de trabalho para obter uma remuneração mínima para sua subsistência.

A modalidade de trabalho de entrega por aplicativos obteve status de ainda maior relevância diante do assolamento da pandemia de covid-19, causada pelo novo coronavírus, e da consequente prática do isolamento social pela maioria das pessoas, passando a ser considerada um serviço essencial.<sup>6</sup> O que se verificou foi um acréscimo excessivo da demanda dos serviços prestados pelas companhias detentoras dos apps de entregas, enquanto seus colaboradores passaram a trabalhar por mais horas e com redução de suas remunerações. Tal cenário, ao lado da falta de proteções à saúde e segurança dos entregadores em relação aos riscos oferecidos pela pandemia de covid-19, denunciam a deterioração e precariedade das condições de trabalho dos profissionais de entrega do setor. Sabe-se que as companhias gestoras dos apps de delivery conservam elevado sigilo dos dados que dizem respeito ao número de entregadores cadastrados, seus perfis sociais e econômicos e os critérios de remunerações. Assim sendo, não é de conhecimento público quais são os critérios de distribuição de atividades e nem qual é a sistemática que define os valores das entregas e suas bonificações. Tampouco se sabe sobre os parâmetros utilizados para o desligamento de colaboradores (ABILIO, 2020).

O principal argumento das empresas detentoras dos aplicativos de delivery para afastar a relação de emprego entre os trabalhadores de entrega e, conseqüentemente, os encargos trabalhistas que esta

---

<sup>6</sup> Os serviços de “produção, distribuição, comercialização e entrega, presenciais ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, limpeza, alimentos, bebidas e materiais de construção” foram considerados essenciais pelos Decretos nº 10.282, de 20 de março de 2020 e nº 10.392, de 28 de abril de 2020.

relação empregatícia acarretaria, é a eventualidade da prestação de serviços, de forma que, segundo elas, não se configura a situação de emprego contida no artigo 3º da CLT. A ausência de regulação para direcionar a performance dos aplicativos de entrega está alterando o funcionamento de todo o mercado de trabalho, fixando situações de desempenho de atividades laborais dotadas de plena subordinação, porém carentes de direitos e garantias trabalhistas (AMORIM, 2020).

Desse modo, nos mesmos moldes em que se tornou necessária na Europa pós- Revolução Industrial, no Brasil da Era Vargas e no conjunto dos demais países, em menor ou maior grau, uma regulação mais clara, protetiva e garantidora de regimes dignos de trabalho a partir do nascimento e expansão de companhias que minimizam a individualidade e o humanismo em nome do lucro, os novos meios de trabalho virtual deverão passar nos próximos anos pelo mesmo movimento regulatório. Este movimento de pressão e estiramento da corda que liga a classe trabalhadora da base da cadeia produtiva de aplicativos de entrega com as grandes corporações do setor já começou, com manifestações e paralisações dos serviços em São Paulo, Belo Horizonte, Brasília, Fortaleza, Salvador, Recife e outras cidades (RIBEIRO, 2020).

É importante notar que o poder público não tem sido absolutamente negligente com a crescente demanda dos serviços de aplicativos, sendo certo que diversas cidades e até mesmo países que passam pela introdução da “uberização” realizaram regulações de ordem tributária e de garantia de segurança. Ao mesmo tempo, a resolução das pendências trabalhistas que envolvem o tema não parece ser assunto confortável de ser debatido pelos gestores públicos ao redor do mundo, especialmente em um momento em que há a percepção de que a lógica do teletrabalho e do trabalho “*on demand*” por apps será implantada nos mais diversos ramos da cadeia produtiva, criando pressões, lobby e influência de grandes players econômicos. É perceptível que outros temas que circundam as relações de trabalho por apps já foram regulados em grandes metrópoles como São Paulo, Londres ou Madri e que existem Projetos de Lei em

tramitação no Congresso Nacional brasileiro versando sobre o tema, mas em nenhuma dessas menções a precarização do trabalho e as más condições de vida e emprego dos funcionários/entregadores é o foco principal das discussões.

## 5 CONCLUSÃO

Como foi abordado ao longo do texto, a “uberização” é um fenômeno presente na sociedade brasileira e mundial, especialmente nos grandes centros urbanos. Esta prática de virtualização das relações de trabalho, acompanhada da redução ou mesmo anulação de todo e qualquer tipo de direito trabalhista ou garantia de dignidade para os participantes da cadeia produtiva parece acompanhar a lógica de uma nova Revolução Industrial, dessa vez digital.

Do mesmo modo que a Inglaterra no final do século XIX estabeleceu ao mundo novas formas de organização das forças produtivas, colocando as vidas, a dignidade humana e o bem-estar social em segundo plano, o século XXI passa por um novo momento de desequilíbrio massivo das relações entre trabalhadores e patrões. Trata-se de reedição do progresso capitalista predatório que amplifica a capacidade de corporações em criarem e manterem seus lucros, mesmo que isso custe a asfixia da dignidade de sua mão-de-obra. Este desequilíbrio será visto não apenas no trabalho imediato, mas nas discussões previdenciárias, na implantação de sistemas de saúde e dos demais serviços públicos que, em longo prazo, serão impactados significativamente pela nova lógica de trabalho no mundo.

A partir da análise do estado da arte que vivenciamos neste momento, especialmente durante a pandemia do novo coronavírus em que as implicações trabalhistas aos entregadores de aplicativos se tornaram ainda mais graves, se faz mandatário e urgente o debate para a instauração de um sistema regulatório para o setor que represente

segurança e estabilidade para esta nova classe de trabalhadores, tanto quanto a CLT já representou para os empregados urbanos durante a Era Vargas. É possível concluir também, sem olvidar do papel abrangente daquele que se debruça sobre as relações sociais, que o Estado já trabalha em modelos de regulação dos novos serviços de aplicativos em frentes tributárias, ambientais ou de segurança pública, mas não parece acompanhar com o mesmo afinco e profundidade um debate sério sobre a criação de um marco regulatório trabalhista para o setor.

Data de Submissão: 29/07/2020

Data de Aprovação: 22/10/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Rafael Câmara Norat

## REFERÊNCIAS

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberización: de la iniciativa empresarial a la autogestión subordinada. **Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad**, [S.L.], v. 18, n. 3, 15 nov. 2019. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674>.

ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paula Freitas de; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a COVID-19. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, [S.L.], v. 3, p. 1-21, 8 jun. 2020. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano. <http://dx.doi.org/10.33239/rjtdh.v.74>.

AMORIM, Henrique; MODA, Felipe Bruner. Trabalho por aplicativo: gerenciamento algorítmico e condições de trabalho dos motoristas da Uber. **Fronteiras - Estudos Midiáticos**, [S.L.], v. 22, n. 1, p. 1-12, 14 mar. 2020. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/fem.2020.221.06>.

ARAUJO, Ygor Leonardo de Sousa. **Uberização do trabalho**: a relação empregatícia entre os entregadores e as empresas de aplicativos de comida. 2019. 42 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Direito do Trabalho; Processo do Trabalho, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Trad. por Roberto Raposo.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 5.442, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Disponível em: <https://necad.paginas.ufsc.br/files/2012/07/CARVALHO-Jos%C3%A9-Murilo-de.-Cidadania-no-Brasil1.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

COSENTINO FILHO, Carlo Benito. **O direito do trabalho na revolução informacional e nas teorias dos movimentos sociais**: impactos no postulado autonomia, nas relações individuais e coletivas de trabalho. 2017. 370 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas/faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

FLEURY, Maria Tereza Leme. Trabalho e labor no mundo digital. **Revista GV Executivo**, São Paulo, v. 2, n. 19, p. 1-1, maio 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/81618/77876>. Acesso em: 01 out. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Leandro. Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos. **BBC News Brasil**. São Paulo. 22 maio 2019. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>. Acesso em: 01 out. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

NANTAL, Carine Pandolfo. **O Direito do Trabalho no Contexto da Gig Economy**: análise da (in)suficiência da estrutura típica da relação de emprego diante das formas de trabalho emergentes. 2018. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/190064/0/01087665.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO  
OIT. **Trabalhar para um futuro melhor**. Lisboa: OIT, 2019. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_677383.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf). Acesso em: 18 jul. 2020.

RIBEIRO, Gabriel Francisco. Greve não para apps, mas mostra força de entregadores: nova data é votada. **UOL**. São Paulo, p. 1-2. jul. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/07/01/greve-nao-para-apps-mas-afeta-sistema-e-mostra-forca-de-entregadores.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campos, 1979.

SÃO PAULO. André Monici Sabino. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **O Trabalho Decente nas Plataformas Digitais**. Campinas: Escola Judicial do TRT da 15ª Região, 2019. 25 p.

SILVA, Cássia Cristina Moretto da. A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 4, n. 7, p. 1-28, ago. 2013.

SOUZA, Laura Feijó de. Trabalhadores informais de aplicativos e o impacto da doença pelo novo coronavírus: uma reflexão teórica / informal app workers and the impact of disease by the new coronavirus. **Journal Of Nursing And Health**, [S.L.], v. 10, n. 4,

p. 1-16, 1 jun. 2020. Universidade Federal de Pelotas. <http://dx.doi.org/10.15210/jonah.v10i4.18740>.

THESAURUS, Cambridge Advanced Learner'S Dictionary & **Gig economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/gig-economy>. Acesso em: 19 jul. 2020.

WEISS, Henrique Chevrand. **O céu é o limite**: trabalho uberizado e governamentalidade neoliberal nos entregadores-ciclistas em porto alegre. 2019. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Sociais, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/206588>. Acesso em: 01 out. 2020.

WERNER, Regina Célia Diniz. Cidadania no Brasil: o longo caminho. **Revista de Administração Contemporânea**, [S.L.], v. 9, n. 1, p. 246-246, mar. 2005. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1415-65552005000100015>.

## **The Precariousness On Apps' Delivery Drivers Work Conditions**

Felipe Labruna

Alvaro de Azevedo Gonzaga

Marco Aurélio Barreto Lima

**Abstract:** This scientific article intends to deepen the discussions about the phenomenon of the transformation of labor relations through digital platforms (“applications” or “apps”) and the consequent precariousness of work conditions and degradation of the social rights of delivery drivers, bringing new elements in order to propose a concise regulatory environment that takes on the new difficulties brought by those technologies. This technological change concerns an innovative worldwide trend of administration, management and dominance of labor relations in virtual environments, causing a harmful effect to the delivery worker known as the “uberization” of his workforce. That said, this paper aims to do a brief legislative research on Labor Law’s history of concession and regulation in Brazil and to analyze, by using a theoretical approach, how the work through the mentioned digital platforms/applications demands a greater state regulation of its practice and use.

**Keywords:** Delivery apps. Delivery drivers. Labor law. Social rights. “Uberization”.

**DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54209>**

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# Dever De Renegociar Contratos De Trabalho Como Possibilidade De Superação Da Crise Econômica Decorrente Da Pandemia Do Coronavírus

**Paulo Henrique Tavares da Silva \***

Centro Universitário de João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Direito, João Pessoa-PB, Brasil.

 <http://orcid.org/0000-0002-9491-8829>

**Juliana Coelho Tavares Marques \*\***

Associação Paraibana de Ensino Renovado, Faculdade de Direito, João Pessoa-PB, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-0726-5573>

**Resumo:** O artigo perquire alternativas ao cenário de crise econômica no que concerne aos crescentes níveis de dissolução dos contratos de trabalho em decorrência da perda da capacidade econômico-financeira das empresas, impedidas de atuar devido as medidas restritivas de circulação de pessoas ocasionadas pela emergência em saúde pública decretada no Brasil, face a pandemia do vírus Sars-Cov-2 (Coronavírus). Inquire-se a possibilidade de construir parâmetros para um dever de renegociar os contratos de trabalho em curso, objetivando a manutenção dos empregos e permanência em atividade das empresas, com base em princípios constitucionais vigentes, particularmente ligados à socialização e funcionalidade das instituições, a partir de um diálogo entre o direito civil e o direito do trabalho. O estudo tem natureza exploratória e prospectiva, se utilizando da abordagem dedutiva, com o manejo das técnicas de pesquisa documental, tendo como objeto de estudo a legislação, doutrina e aportes jurisprudenciais. Ao final, admite-se que o direito de pleitear a renegociação dos contratos de trabalho é ferramenta hábil à superação da crise, por atender ao aspecto socializante dos contratos e privilegiar a boa-fé dos contratantes, sem desprivilegiar os cânones constitucionais da proteção ao trabalho e ao direito de participação das entidades sindicais no processo de renegociação.

**Palavras chave:** Dever de Renegociar. Contratos de Trabalho. Crise Econômica. Coronavírus.

\* Doutor e Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Unipê-JP. Email: [phtsilva13@gmail.com](mailto:phtsilva13@gmail.com)

\*\* Mestre em Direito pela UFPB. Professora Universitária na graduação em Direito da Associação Paraibana de Ensino Renovado e na UFPB. E-mail: [juliana.tavaress@gmail.com](mailto:juliana.tavaress@gmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54543>

# **Dever De Renegociar Contratos De Trabalho Como Possibilidade De Superação Da Crise Econômica Decorrente Da Pandemia Do Coronavírus**

**Paulo Henrique Tavares da Silva**

**Juliana Coelho Tavares Marques**

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente ensaio busca alternativas ao cenário de crise econômica por que passam os empregadores em decorrência da emergência em saúde pública decretada no Brasil, face a pandemia do vírus Sars-Cov-2 (Coronavírus). Embora tardiamente, preferiu o governo federal editar Medida Provisória 927, em 22 de março de 2020, criando alternativas aos empregadores para modificar unilateralmente os contratos de emprego em curso, dando-lhes poderes destinados a, transitoriamente, reformular os parâmetros econômicos da avença, especialmente no que tange aos regimes de pagamento de salário e períodos de repouso. Aquela norma transitória foi submetida ao Congresso Nacional, teve vigência prorrogada por mais sessenta dias em 08 de maio de 2020, através do Ato da Mesa do Senado Federal 32/2020, contudo, em 19 de julho, em virtude de sua não apreciação pelo Legislativo, deu-se a perda da eficácia, nos termos constitucionais.

O fato é que a crise econômica ainda persiste no cenário nacional, com níveis de dissolução dos contratos de trabalho crescentes, em razão da perda da capacidade econômico-financeira das empresas, impedidas de atuar em decorrência das medidas restritivas

de circulação de pessoas impostas pelas autoridades públicas. Notadamente, o modelo contratual inserto na CLT é destituído de mecanismos flexíveis, capazes de enfrentar situações como essa, sendo suas alternativas, quando não radicais, impondo a extinção do vínculo; mostram-se insensíveis ao aspecto bilateral da relação contratual, a partir da vedação de alterações contratuais unilaterais lesivas.

Pois bem, o problema a ser aqui enfrentado diz respeito à superação desses entraves em tempos excepcionais como este que estamos vivenciando. É possível, com base apenas no ordenamento jurídico vigente, sem qualquer medida normativa extraordinária, construir novos parâmetros aos contratos de trabalho em curso, objetivando a manutenção dos empregos e permanência em atividade das empresas?

A saída aqui apontada parte de um esforço exegético que congrega os princípios constitucionais vigentes, particularmente ligados à socialização e funcionalidade das instituições normativas, a partir de um diálogo proveitoso entre o direito do trabalho e seu coirmão direito civil, este que possui instrumentos bastante interessantes ao enfrentamento de situações contingenciais.

Emerge, desta forma, o dever de renegociar, de índole civil, como uma alternativa a ser considerada. Todavia, há que se considerar as peculiaridades do contrato de trabalho, em especial, a presença salutar do órgão sindical nessas negociações. Destaque-se que esse mecanismo, embora de uso crescente na seara das relações de consumo e mesmo em vários contratos civis (o de locação, por exemplo), é de pouca utilização no território trabalhista, muito embora, até mesmo recentemente, em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, restou avivada essa possibilidade, como se verá adiante.

Trata-se, assim, de estudo de natureza exploratória e prospectiva, visando construir, a partir do ordenamento jurídico vigente, alternativas à negociação e ajuste dos contratos de trabalho em tempos de crise (e não apenas pandemias), a partir do exercício do

denominado direito de renegociação. Pesquisa que se utilizado da abordagem dedutiva, com o manejo das técnicas de pesquisa documental, tendo como objeto de estudo a legislação, doutrina e aportes jurisprudenciais.

Estrutura-se o ensaio em três partes. A primeira, dedica-se ao exame da figura do direito à renegociação, tendo como ponto de partida a noção de função social dos contratos. Na sequência, tratar-se-á de elencar as peculiaridades do contrato de emprego e as alterações promovidas pelo Executivo visando enfrentar a crise econômica decorrente do contexto pandêmico. Por fim, apresentar-se-á a proposta de adequação do instituto ao mundo do trabalho, viabilizando a ambiência dos contratos de emprego em contextos de crise.

Pretende-se, ao final, evidenciar a importância da manutenção de um diálogo construtivo entre o direito civil e o direito do trabalho, visando não apenas a superação dos momentos de crise, bem assim uma readequação dos institutos deste ao momento contemporâneo que exige flexibilidade e consenso entre a livre iniciativa e a valorização social do trabalho.

## **2 CAMINHOS DA TEORIA CONTRATUAL CIVIL: A CONSTRUÇÃO DE PRINCÍPIOS LIGADOS À FUNÇÃO SOCIAL E O NASCIMENTO DO DEVER DE RENEGOCIAR**

O surgimento do instituto contratual está indissolúvelmente ligado ao conceito de operação econômica. Em síntese, à medida em que houve a crescente expansão das atividades de produção, troca, distribuição de serviços, as regras jurídicas necessitavam dar uma resposta adequada para a proteção das novas exigências e interesses que emergiam (ROPPO, 2009).

Assim, o que se percebe é a relatividade do contrato: “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura

segundo o contexto econômico-social em que está inserido” (ROPPO, 2009, p. 24). Importante ressaltar que as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato foram pensadas pelos jusnaturalistas do século XXVII, contemporaneamente ao nascimento do capitalismo. Ademais, a primeira grande sistematização legislativa de um “direito dos contratos” foi levada a cabo no período da Revolução Francesa, pelo código civil francês (*Code Napoléon*), em 1804, constituindo-se em bandeira e legitimação das sociedades burguesas ascendentes.

A primeira ideia que emerge deste paradigma contratual é a ideia de liberdade irrestrita de contratar e autonomia plena quanto ao conteúdo. Os contratantes, deveriam utilizar sua soberania de juízo e de escolha e decidir a estipulação ou não do negócio com aquela contraparte, cabendo apenas a elas determinar a extensão do conteúdo das cláusulas firmadas. Pode-se dizer assim, que estávamos diante de uma liberdade negativa, derivada do ideário do *laissez faire, laissez passer*: os poderes públicos (legislador e juízes) não poderiam se imiscuir na livre escolha dos contraentes privados.

O contraponto da liberdade contratual era a responsabilidade também ilimitada pelos compromissos assumidos. Tratava-se de um vínculo tão forte que poderia ser equiparado à lei<sup>1</sup>. O raciocínio é uma conclusão extraída da própria lógica do mercado, que necessita de previsões e cálculos das operações econômicas: se cada um é absolutamente livre para comprometer-se ou não, uma vez que o fizesse ficaria ligado de modo irrevogável à palavra dada, ou, como se convencionou chamar de *pacta sunt servanda*.

Nesse momento não era possível sequer cogitar em igualdade material ou justiça substancial. Isso porque a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato do conteúdo do negócio jurídico corresponder exatamente à vontade livre dos contratantes, determinada pelos seus próprios interesses, reflexo da igualdade jurídica formal (paridade dos cidadãos perante a lei) (ROPPO, 2009,

---

<sup>1</sup> É a fórmula do artigo 1134 do Código de Napoleão: “os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebram”.

p. 32). Em síntese, liberdade contratual e igualdade formal eram sinônimo de justiça nas relações econômicas.

Quanto a liberdade de contratar, Enzo Roppo (2009, p. 37) alerta que ela demonstra a dissolução do vínculo de grupo, e de estado, que aprisionava o indivíduo e lhe impedia a plena expansão de suas potencialidades produtivas. É a restituição do poder do indivíduo da abstrata possibilidade de determinar sozinho o seu destino no mundo das relações jurídicas.

Com efeito, essa era a concepção clássica do Direito Civil, que privilegiava não só o individualismo, mas a defesa do patrimônio. Tinha como características ser estruturalmente estático, atemporal, de perfil linear e matriz cartesiana, além de que “o sujeito merecia a atenção do Estado em função de seu patrimônio e não por sua condição de pessoa” (FEITOSA, 2017, p. 242). Assim, a ordem jurídica era voltada para uma perspectiva patrimonialista, formalista e para a máxima garantia da liberdade e da autonomia da vontade dos atores em prol do mercado.

No Brasil, o Direito Civil se alinhava com o cenário acima, especialmente pela inspiração napoleônica. O Código Civil de 1916, nascido sob a égide do liberalismo econômico, buscava resguardar os direitos e liberdades individuais contra a intervenção estatal, plasmando um modelo estático, adverso às mudanças sociais, políticas e econômicas, naturais ao longo do tempo.

Nesse sentido, o direito privado compenetrava-se na proteção patrimonial e na crença do individualismo como dogma, lastreado em pilares de um regime dedicado à aquisição de bens e a circulação de riquezas. Com efeito, visava eminentemente o contratante e o proprietário em sua atuação mercadológica, para poder contratar e fazer circular riquezas sem restrições ou entraves legais. O Código Civil era a garantia legal mais elevada quanto as relações patrimoniais (TEPEDINO, 2004, p. 2-3).

O individualismo patrimonialista exacerbado estampado no ilusório dogma da autonomia da vontade<sup>2</sup> acabou por gerar sérios desequilíbrios sociais. Assim, ganha força no século XX o dirigismo contratual, como reflexo dos movimentos sociais desencadeados na Europa, reposicionando o homem como parte integrante da sociedade, bem como aumentando o poder e intervenção estatal nas relações privadas.

O Estado intervencionista nasce justamente da falência do modelo liberal, que acarretou severos problemas na esfera social. A população pressionou o poder público a adotar soluções de proteção, fazendo com que o Estado aumentasse sua ingerência na ordem econômica para restabelecer o equilíbrio das relações contratuais, a partir da edição de normas jurídicas (ALMEIDA, 2015, p. 54).

Mauro Cappelletti (1999) demonstra a mudança que ocorreu no papel do direito e do estado na sociedade moderna, com a implantação do *Welfare State*. Este modelo estatal, seria resultado especialmente da atividade legislativa com fins de política social em conjunto com a intervenção forte do estado na economia. Dessa maneira, a legislação passou a ter caráter que tipicamente se destina a produzir transformações na sociedade, com uma preponderância do social ao individual.

Observe-se que as intervenções estatais, no estado de bem-estar tinham principalmente a natureza de preceitos legislativos, no que se convencionou chamar de “orgia das leis”, em sentido diametralmente oposto ao que se viu na fase liberal antecedente. “Com o desenvolvimento de um aparato administrativo de alto grau de complexidade “o *Welfare State*, na origem essencialmente um “estado legislativo”, transformou-se, assim, em “estado administrativo”, na

---

<sup>2</sup> Esclarece-se que se compactua com a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, todavia, neste ponto, de fato, queremos ressaltar o dogma da autonomia da vontade: princípio que tem suas bases na sociedade liberal, marcado por uma ideologia individualista, onde o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado.

verdade em “estado burocrático”, não sem o perigo de sua perversão em “estado de polícia” (CAPPELLETTI, 1999, p.39).

Quanto aos contratos, Mattioto (2000, p.175) ressalta que com a evolução da ordem jurídica e, por conseguinte a ingerência estatal, o credor teve o exercício de seu direito subjetivo limitado, não cabendo aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da lei entre as partes, que sofre intervenção do legislador e pode ser revisada pelo juiz.

Ademais, o mundo passou pelo processo de massificação das relações contratuais, o que subverteu radicalmente a balança econômica do contrato, transformando-o em um negócio jurídico estandardizado, documentado em um simples formulário, em que a uma parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade da outra (mais forte), sem possibilidade de discussão do seu conteúdo.

Nesse sentido, importante observação de Georges Ripert (2000, p.112-113):

Que há de contratual neste ato jurídico? É na realidade a expressão de uma autoridade privada. O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entra neste círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe isso: tu quiseste. A não ser que não viaje, que não faça um seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar.

Conforme informa Antonio Rulli Neto (2011, p. 21) o novo paradigma de relações sociais põe em cheque o modelo contratual anterior. Com efeito, as relações de massa impedem a manutenção dos simplórios modelos antigos e necessitam de mecanismos de controle mais específicos para garantir o equilíbrio das relações jurídicas e humanas.

É importante destacar que não só a livre estipulação do conteúdo, mas a própria liberdade de contratar restou mitigada, com

o surgimento dos contratos obrigatórios, ou, coativos<sup>3</sup>. Estes são a expressão máxima das normas de ordem pública interferindo diretamente na formação e execução dos pactos, direcionados para a concretização dos valores socioeconômicos elencados como princípios da ordem econômica constitucional brasileira (SANTIAGO, 1979).

Também o princípio da igualdade formal entre as partes contratantes, pilar essencial do *pacta sunt servanda* se enfraqueceu, descortinando falhas no sistema social, e, sobretudo, afigurando-se, em muitos casos, como uma regra flagrantemente injusta, abrindo espaço para a igualdade material.

O Código Civil de 2002 tentou afastar-se das concepções individualistas do diploma anterior para buscar uma socialização do direito privado contemporâneo. Assim, reflete a primazia dos valores coletivos sobre os individuais, à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse contexto o contrato sofreu sensível transformação ao longo do século XX, e continua em mutação até os dias de hoje, experimentando um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à sociedade que se formou.

### **2.1 A (re) adequação da autonomia privada: função social, boa – fé objetiva e equilíbrio econômico do contrato**

O Estado Social de Direito, voltado para a harmonização da esfera individual com o social através das normas de ordem pública remanesce até os dias atuais, causando mudança nos três pilares do direito contratual clássico: liberdade de contratar, força obrigatória das convenções e relatividade de seus efeitos. Hoje, é possível falar em um paradigma que abarca os princípios da função social, boa-fé objetiva e equilíbrio econômico.

---

<sup>3</sup> São exemplos desta categoria: renovação compulsória da locação comercial, seguro obrigatório de veículo etc.

Com efeito, destaca-se o nosso ordenamento por ter consagrado explicitamente a função social, conforme artigo 421 do Código Civil, como limite para o exercício da liberdade de contratar: “a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato”. Muito embora antes da edição da Lei da Liberdade Econômica a função social fosse não só o limite, mas a razão do exercício de contratar, na perspectiva dos autores deste ensaio, permanece a concepção de que a autonomia privada não é valor em si mesmo e somente é merecedora de tutela caso promova princípios e valores constitucionais, à exemplo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor da livre iniciativa (art. 1º, IV), da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), ou seja, caso seja socialmente útil. Nesse sentido, conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.315-316), “assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir”.

Destarte, a autonomia privada não é valor em si mesmo e somente é merecedora de tutela caso promova princípios e valores constitucionais, à exemplo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor da livre iniciativa (art. 1º, IV), da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), ou seja, caso seja socialmente útil.

Assim é que pode falar em caráter intrínseco e extrínseco da função social (THEODORO JR., 2014). O primeiro vê o ato negocial como relação jurídica entre as partes contratantes, impondo-se o respeito à lealdade e boa – fé objetiva, além da observância da equivalência material. O segundo, visa o contrato em face da coletividade, examinando os efeitos na sociedade em que fora celebrado.

Ou seja, não se pode deslocar o contrato da conjuntura social em que está inserido, de forma que se limita a liberdade contratual em prol do bem comum. Isto quer dizer que não se pode aceitar contratos

que apesar de atender os pressupostos formais de validade, desrespeitem leis ambientais e trabalhistas, por exemplo.

Outro ponto importante a ser considerado é a boa-fé objetiva, estampada no nosso diploma civilista em diversos momentos. Na sua função integrativa, podemos observar o artigo 422, nos seguintes termos: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Já quanto a sua função interpretativa, temos o artigo 113: “negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Por fim, tem-se ainda sua função limitativa, conforme artigo 187: “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A boa-fé objetiva é, na realidade, uma regra de comportamento, uma exigência de que ambas as partes do contrato tenham uma conduta correta à luz dos padrões éticos do meio social, em todas as fases contratuais (THEODORO JR., 2014). Assim é que se fala em deveres jurídicos anexos de lealdade, confiança, assistência, sigilo, informação, etc.

Finalmente, é importante sublinhar o princípio da equivalência material, nas palavras de Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 29):

Diante disso, pode-se dizer que o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele pelo qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações.

Em síntese, se antes a liberdade de contratar representava o axioma máximo da autonomia individual, hoje, este direito deixa de representar um poder reconhecido a um indivíduo, para instrumentalizar uma política econômica do Estado, na defesa e proteção dos vulneráveis.

O que se pode extrair da conjuntura acima é que o direito civil não ficou imune ao movimento de humanização, e é possível observar

sua uma reconstrução do sistema segundo o valor da pessoa humana. Nas palavras de Pietro Perlingieri (2007, p. 34): “o pluralismo econômico assume o papel de garantia do pluralismo também político e do respeito à dignidade humana”.

Em um primeiro momento, a solidariedade superou “o mito do fim superindividual, não concebendo um interesse superior àquele do pleno desenvolvimento do homem. Este último constitui princípio fundamental de ordem pública” (PERLINGIERI, 2007, p.36). O tema da solidariedade também deve ser entendido em relação à igualdade e dignidade social, a fim de garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem exclusão social.

O dever e valor de solidariedade fomentam, então, no Brasil, o Estado Democrático e Social de Direito. Trata-se de um projeto de uma sociedade embasada na dignidade da pessoa humana, cooperação, igualdade substancial e justiça social, que abarca a livre iniciativa, mas se contrapõe a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado.

Nesse sentido preleciona Rulli Neto (2011, p.18) sobre a necessidade criar-se mecanismos de controle e equilíbrio em razão das crises econômicas:

A sociedade deixa um pouco a visão puramente econômica que dá lugar ao solidarismo e a tendência de se criarem mecanismos de controle e equilíbrio. Eventos que levaram à crise econômica entre 2008 e 2009 testaram as instituições e mostraram novamente a necessidade de termos meios de reequilíbrio das relações obrigacionais, que, em última análise, acabam por atingir a sociedade em efeito dominó

Em síntese, a revolução do direito civil se dá em dois momentos, no primeiro, o do direito civil constitucionalizado, ocorre a restauração da primazia da pessoa, em detrimento do seu patrimônio; neste novo momento, ora intitulado, de humanização do direito civil, exige-se a garantia da efetivação dessa primazia humana. Trata-se de ir além do simples enlace com o constitucionalismo social, mas sim abarcar as “hipervulnerabilidades geradoras de exclusão social, para

assumir feição de direito social, efetivando a dignidade e qualidade de vida e sujeitos e categorias” (FEITOSA, 2017, p.254).

Conforme propõe Feitosa (2017, p.254) “o novo direito civil deve abranger a hipervulnerabilidade como motor importante da garantia da dignidade da pessoa humana, e com isso, se aproximar dos direitos sociais”, a fim de “ultrapassar a resignação programática tradicionalmente afeita aos direitos sociais, fato que continua a ocorrer no Brasil, mesmo na vigência da Constituição Federal atual”. A mesma autora ainda recomenda uma guinada dogmático-conceito do direito privado à luz dos direitos humanos, “na perspectiva de soluções que transcendam a satisfação individual ou mesmo coletiva (no sentido grupal) da questão, para alcançar abrangência de categorias, em viés transindividual e intergeracional” (FEITOSA, 2017, p. 254)

## **2.2 Desequilíbrio contratual superveniente e crise: em defesa de um dever de renegociar**

O Código Civil brasileiro, muito embora, não tenha feito expressa menção a um princípio do equilíbrio contratual, pode-se extrair dos dispositivos do diploma normativo, em cotejo com os princípios constitucionais (em especial a igualdade substancial e a solidariedade social), que o nosso ordenamento jurídico reprime, em alguma medida, o desequilíbrio contratual superveniente exagerado, através das teorias da onerosidade excessiva e da imprevisibilidade.

Conforme já explicitado no tópico anterior, o princípio da equivalência material dirige-se ao objeto do contrato como um todo, prestações principais ou acessórias, direitos faculdades, obrigações e ônus, além de quaisquer outras situações jurídicas derivadas do contrato. Nas palavras de Anderson Schreiber (2018, p. 59): “o princípio do equilíbrio contratual, como aqui apresentado, resume-se, assim, a veicular um controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do contrato”.

Neste sentido, é importante destacar a redação dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil Brasileiro:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

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

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Da análise dos referidos dispositivos, é possível extrair os seguintes requisitos para aplicação da teoria da onerosidade excessiva: o contrato deve ser de execução continuada ou diferida, deve haver onerosidade excessiva para uma das partes, com extrema vantagem para outra parte, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

É importante ressaltar que não obstante os esforços da codificação em diminuir os efeitos do caráter patrimonialista e individualista da legislação anterior, os enunciados acima destacados não rechaçam o desequilíbrio contratual por si só, mas, apegam-se “em alguma medida à ideologia do liberal – voluntarismo jurídico, acostando ao desequilíbrio objetivo outros requisitos, de caráter subjetivo, ligados ao estado psicológico e anímico das partes no momento da contratação” (SHEREIBER, 2018, p. 35). Além disso, a obtenção do reequilíbrio contratual é feita sempre de forma indireta, ficando a iniciativa a cargo do contratante favorecido, sendo encarado como “mera faculdade”.

Com efeito, o requisito da imprevisibilidade somente estaria preenchido caso o fato não pudesse ser legitimamente esperado pelas partes no momento da conclusão do ajuste, levando-se em conta suas características subjetivas. Outrossim, diante do panorama traçado

pelo desenvolvimento da teoria contratual, o contrato não é mais um instrumento meramente individual, mas sim um instrumento de desenvolvimento social. Assim, uma solução terminativa não seria capaz de atender nem aos interesses do contratante onerado, nem muito menos concretizaria os valores constitucionais da igualdade e solidariedade.

Embasado nas premissas acima, reconhecendo a importância do desenvolvimento de remédios dirigidos ao reequilíbrio do contrato e somando ao fato de que na falta de cláusula contratual expressa, inexistem garantias de que “o contratante favorecido responderá à tentativa de renegociação efetuada por quem sofre a excessiva onerosidade” (SCHREIBER, 2018, p.278), é que foi proposta e desenvolvida uma teoria do dever de renegociar.

Segundo Schreiber (2018, p. 282, 284), trata-se do direito de pleitear a renegociação do contrato independentemente de previsão contratual, baseado na conduta transparente e colaborativa entre as partes, alicerçada na boa fé objetiva. Todavia, ao contratante que sofre os prejuízos da excessiva onerosidade, não seria possível uma conduta passiva, teria este o dever de mitigar os danos sofridos, informando prontamente à contraparte a ocorrência do desequilíbrio. À parte credora, por outro lado, caberia, o dever correlato de prontamente responder à renegociação.

Dessa forma, vislumbra-se em tal dever, uma possível solução para a situações de crise, como a que estamos passando em decorrência da COVID-19, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação de empresas, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

### **3 EM NOME DA CRISE: ALTERAÇÕES UNILATERAIS DOS CONTRATOS DE TRABALHO A PARTIR DA EMERGÊNCIA EM SAÚDE PÚBLICA**

No plano jurídico interno, a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional deu-se a partir da publicação da Portaria do Ministério da Saúde de nº 188, no dia 03 de fevereiro de 2020. Dias depois, instalou-se o estado de calamidade pública, com efeitos até o dia 31/12/2020, através do Decreto Legislativo 6, do dia 20/03/2020.

Na esteira dos inúmeros procedimentos de isolamento social decretados pelos governos estaduais e municipais, ante a inércia do governo federal, com o consequente fechamento do comércio e paralisação de inúmeros segmentos da produção de bens e serviços, viu-se o Poder Executivo Federal diante a necessidade de promover uma regulação dos contratos de trabalho vigentes, no intento de impedir a disseminação do desemprego em todo o país<sup>4</sup>. Nesse contexto, adveio a Medida Provisória 927, publicada em edição do DOU de 22/03/2020.

De partida, aquele diploma reconhece a pandemia como motivo de força maior, nos termos do art. 501 da CLT, antecipando-se numa interpretação açodada, capaz de reduzir os direitos rescisórios daqueles que foram dispensados, uma vez que os atos de fechamento do comércio e paralisação da atividade industrial decorreu de ato de poder público e, como tal, na dicção do art. 486, *caput*, da CLT, os direitos rescisórios restariam incólumes. Em verdade, como se verá

---

<sup>4</sup> Como bem observa Costa (2020), a pandemia expôs “[...] por exemplo, dois problemas graves que impedem o combate da doença nas favelas brasileiras: a ausência de saneamento básico e a alta densidade de seres humanos por metro quadrado. Assim, direcionar recursos para a saúde e os setores apontados como gargalos é essencial para dinamizar a economia com a geração de empregos formais” (COSTA, 2020)

adiante, bem diversamente a força maior, ajusta-se o caso aos ditames do Código Civil, capazes de deflagrar a revisão contratual.

A estratégia seguida pelo Executivo foi a de empoderar o empregador, simplesmente desconsiderando princípios basilares do contrato de trabalho. A regra inscrita no art. 468 da CLT, no sentido que “só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”, é manifestamente relegada, isso em nome daquele imperativo maior da manutenção dos empregado, objetivo que, manifestamente, não aconteceu.

Nesse sentido, foram feitas intervenções legais nos perfis do teletrabalho, antecipação das férias individuais, aproveitamento e antecipação de feriados e no banco de horas. Ressalte-se que há na Medida Provisória outras iniciativas complementares, a exemplo do diferimento do recolhimento do FGTS ou o afrouxamento das medidas necessárias à concessão de férias coletivas, iniciativas que não modificaram, substancialmente, a estrutura do contrato de trabalho, daí porque não serão objeto do presente ensaio. Ademais, ainda havia no corpo daquele diploma uma seção dedicada ao direcionamento do trabalhador para a qualificação profissional, iniciativa que, flagrantemente ilegal, foi logo abandonada pelo poder subscritor, revogando essa parte por meio da MP 928, publicada em 23/03/2020, dia seguinte à vigência da MP 927.

Voltando ao cerne da exposição, veja-se, por exemplo, o que ofertava a Medida Provisória 927 acerca do teletrabalho:

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

No formato legal, a transformação do teletrabalho para o regime presencial faz-se mediante acordo entre as partes, através de aditivo contratual (CLT, art. 75-C, § 1º). Esse mesmo comportamento imperativo se releva quando se trata da concessão de férias, podendo o empregador simplesmente suspender as férias ou licenças não remuneradas dos profissionais da área de saúde ou daqueles que desempenhem funções essenciais, através de comunicação formal por escrito ou por meio eletrônico, preferencialmente com antecedência de quarenta e oito horas (MP 927, art. 7º.)<sup>5</sup>. Do mesmo, assim funcionaria a antecipação de feriados civis (Art. 13). Criou-se, também, um banco de horas com prazo de até 18 meses para compensação de jornada não praticada, em desconformidade com o disposto no art. 59, § 2º, da CLT, que estabelece um ano de prazo máximo.

Quando não atribuí ao empregador o poder de modificar unilateralmente o contrato, a MP entrega essa poder à negociação bilateral, condição, no âmbito dos contratos de trabalho, manifestamente temerária, frente à sujeição do empregado ao poder patronal, tolhendo-lhe a livre iniciativa, ainda mais quando o próprio móvel da MP era a manutenção do emprego. Vejamos a hipótese do seu art. 26, com destaques nossos:

Art. 26. Durante o de estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, é permitido aos estabelecimentos de saúde, **mediante acordo individual escrito, mesmo para as atividades insalubres e para a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso:**

I - **prorrogar a jornada de trabalho**, nos termos do disposto no art. 61 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943; e

II - **adotar escalas de horas suplementares entre a décima terceira e a vigésima quarta hora do intervalo interjornada**, sem que haja penalidade administrativa, garantido o repouso semanal remunerado nos termos do disposto no art. 67 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

---

<sup>5</sup> Acerca do teletrabalho, considerando mesmo a legislação ordinária quanto ao tema, advertem Dacheri e Goldshmidt (2018, p. 16) que “embora a legislação trabalhista avance no sentido de definir o conceito e o regime de trabalho do teletrabalhador, normas de direito fundamental vêm sendo flexibilizadas, tendo em vista que a legislação não alcança, por exemplo, problemas envolvendo o controle de jornada e o respeito ao direito à desconexão, entre outros”.

Essa prorrogação de jornada, envolvendo profissionais da saúde, afigura-se gravíssima, pois, sabidamente, viola as condições mínimas de recomposição orgânica, submete os pacientes, conseqüentemente, à possibilidade de erros na execução dos serviços e gera situação potencial e efetiva de acidentes do trabalho. Olvida-se aqui da presença obrigatória do ente sindical em negociação dessa natureza, conforme dita nossa Constituição Federal em seu art. 7º., itens XIII e XIV. Apesar disso, vale notar, com a devida surpresa, que essa Medida Provisória passou pelo crivo liminar do Supremo Tribunal Federal, que somente suspendeu a eficácia do art. 29, relativo à fiscalização do trabalho, abraçando a tese de que nesses momentos difíceis deve prevalecer a manutenção dos empregos mesmo que, com todas as vênias, perca-se de vista a essencialidade do contrato de trabalho.

Guarda o contrato de trabalho determinadas peculiaridades tanto em seu aspecto interno quanto externo. Trata-se de um pacto que guarda, em sua origem, uma desigualdade essencial, posto que se destina à captação de um elemento singular, consistente na força de trabalho, irrestituível e de difícil remuneração. A história de sua gênese está diretamente relacionada com controle da jornada laboral e pela busca um pagamento digno pelas horas dispendidas em favor do empregador. Ademais, destina-se a equacionar um dilema inerente ao sistema capitalista de produção, relacionado aos princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, estampados num único inciso logo art. 1º da Constituição Federal (item IV). Por essa razão, ergue-se sempre ao largo do contrato celebrado entre patrão e empregado uma dimensão maior, de natureza coletiva, que daria ao empregado, parte mais vulnerável, a proteção jurídica contra o poder econômico. E essa dimensão coletiva, lamentavelmente, vem sendo solapada desde a edição da denominada “reforma trabalhista” (Lei 13.467/17), em nome da modernização das relações de trabalho no país.

Entretanto, a par das críticas feitas, o fato é que a Medida Provisória 927 soçobrou<sup>6</sup>. Restou incólume, contudo, uma questão: que mecanismos podemos acionar em situações de emergência como aquela que estamos vivenciando, sem dúvida a mais grave dos últimos cem anos. Como emprestar ao contrato de trabalho a devida flexibilidade, sem simplesmente destruir os fundamentos do direito do trabalho? É disso que vamos tratar na parte que segue.

#### **4 COMPATIBILIZANDO O DEVER DE RENEGOCIAR COM OS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE CRISE**

Conforme dito linhas atrás, há que se compatibilizar os princípios da valorização do trabalho com a livre iniciativa. Contudo, esse esforço não pode desconsiderar o fato de que a relação de emprego formalmente constituída pressupõe um desequilíbrio genético, representado pelo princípio da alteridade, ressaltando que ao empregador cabe à assunção dos riscos da atividade econômica (CLT, art. 2º, *caput*). Entretanto, convém destacar que a limitação a liberdade individual dos contratantes, mesmo na relação de emprego, não nos deve levar a posições extremadas, como esclarece Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 366):

A autodeterminação, como poder de escolha dos seus interesses, não pode deixar de sofrer restrições nas relações de trabalho. É controlada, mas não anulada. O ordenamento jurídico reconhece a superioridade contratual de uma das partes e tem instrumentos de

---

<sup>6</sup> “A medida provisória (MP) n. 936 foi convertida já na citada lei n. 14.020 e se põe, historicamente, como alternativa encontrada pelo governo federal ante a repercussão negativa de sua intenção inicial – MP n. 927 (Brasil, 2020e) –, uma vez que visava, de forma clara e tendenciosa, apenas à proteção dos interesses do empresariado, sem nenhuma preocupação com os trabalhadores.” (SOUZA, 2021)

controle para que, adequadamente usados, possam oferecer um melhor equilíbrio entre os sujeitos do contrato.

Em que medida essa responsabilidade elidiria o empregado de compartilhar de um dever de renegociação contratual?

Destaque-se que no âmbito da legislação trabalhista a regulação das alterações em caso de força maior é tímida. O art. 502 da CLT, por exemplo, cuidando da força maior, prevê um corte muito discreto na indenização devida em caso de despedimento (multa de 40% sobre o FGTS, atualizando o dispositivo para o atual estágio de regulação dos direitos rescisórios, conforme o item II do referido artigo). O art. 503 daquele mesmo diploma dá uma opção ao empregador, consistente numa redução dos salários dos seus empregados não superior a 25%, desde que respeitado o salário mínimo. Aqui, com efeito, há que se falar em superação de tal previsão frente o dispositivo constitucional superveniente, ao proclamar que eventuais reduções salariais somente se perfectibilizem por meio de norma coletiva (Art. 7º, CF/88).

Num cenário de crise econômica, seja ela generalizada, setorial ou mesmo pontual em determinada empresa, o ordenamento jurídico deve dispor às partes medidas necessárias à preservação dos empregados e, de outro lado, à manutenção da atividade econômica. Somente assim, diante dessa ambiência de crise, que se poderá falar na articulação razoável entre os dois princípios estampados no primeiro artigo de nossa Constituição, ora em destaque. Se a legislação especial do trabalho não nos socorre, resta-nos buscar alternativas na lei civil.

Recentemente, digno de nota é o surgimento da chama “lei da liberdade econômica”, a 13.874, de 20 de setembro de 2019, que inovou em relação aos parâmetros hermenêuticos dos contratos, inclusive os trabalhistas (Art. 1º, § 1º). No parágrafo seguinte, afirma-se: “Interpretam-se em favor **da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos**, aos investimentos e à propriedade

todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas” (com destaques nossos).

A lei da liberdade econômica ainda promoveu inúmeras mudanças pontuais em diversos diplomas legislativos vigentes, destacando, para os fins deste ensaio, as seguintes alterações em artigos do Código Civil, mais uma vez com destaques nossos:

**Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (redação sem alteração)**

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

**III - corresponder à boa-fé;**

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

**§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.” (NR)**

“Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. **Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” (NR)**

“Art. 421-A. **Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção**, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - **as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;**

II - **a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;** e

III - **a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”**

Em relação a tais dispositivos, podemos inferir que o caráter da boa-fé, especificamente sob sua feição objetiva, permanece em destaque quando se trata do exercício hermenêutico voltado à precisão dos sentidos dos contratos. Qualquer modalidade revisional somente

pode ser feita em caráter excepcionalíssimo, daí porque, no âmbito trabalhista, considerando que a regulação dos riscos é pré-fixada, dada a alteridade, via de regra, não há que se falar sequer em formação de distribuição dos ônus desses riscos de forma diversa, como preconiza a nova regra ditada pelo diploma em análise.

Se houver, na seara trabalhista, norma referente a essa divisão, deverá ela ser feita de maneira a ampliar, nunca restringir, as garantias para o crédito trabalhista, vendando-se, por exemplo, eventual revisão do contrato, mesmo em situações de crise. Portanto, à luz do princípio da máxima autonomia contratual, pode-se restringir a revisão do contrato por parte do empregador, se assim constar do contrato firmado entre as partes ou de eventual acordo ou convenção coletiva. Não sendo esta a hipótese, abre-se a possibilidade do pedido de revisão e renegociação, na forma que segue.

Ora, já dissemos que o fundamento do direito à renegociação decorre da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (CCB, art. 422). Esse princípio se encontra imbricado com a própria funcionalidade social atribuída aos contratos em geral. Importante, nesse passo, ressaltar as ponderações de Anderson Shreiber (2018, p. 392):

Quando se alude, todavia, a uma dimensão comportamental do desequilíbrio contratual, é inevitável que entre em cena a boa-fé objetiva como cláusula geral que impõe aos contratantes um comportamento colaborativo e transparente, voltado à efetiva realização do fim contratual.[...] não se pode deixar de notar que tanto o dever de avisar prontamente a contraparte acerca do desequilíbrio contratual identificado, quanto o dever de ingressar em renegociação com vistas a obter o reequilíbrio do contrato constituem deveres de conduta que, conquanto instrumentalizados à recuperação do equilíbrio contratual, derivam, a rigor, da necessidade de que as partes cooperem entre si para a concretização do escopo contratual.

A boa-fé no âmbito dos contratos, inclusive os trabalhistas, envolve, naturalmente, obrigações bilaterais: o dever do empregador de comunicar prontamente ao empregado e ao ente sindical correlato (se houver) da ocorrência de situação de desequilíbrio contratual grave, nos termos dos arts. 478 e 479 do CCB, suscitando uma

negociação; de outro lado, cabe ao empregado e ao ente sindical eventualmente envolvido na querela, responder às propostas formuladas, contribuindo para a superação da situação de desequilíbrio instalada:

O dever de renegociar constitui, em outras palavras, um *dever de ingressar em renegociação*, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando e respondendo, com seriedade, ao pleito apresentado pelo outro contratante. É em essência, um dever de comunicar, de pronto, a existência do desequilíbrio contratual e ingressar em tratativas para encontrar a melhor forma de superá-lo, em consonância com a boa-fé objetiva (SHREIBER, 2018, p. 397).

E nem se diga que há entraves relacionados a essa possibilidade de negociação no direito do trabalho, uma vez que as decisões sindicais devem ser tomadas sempre em esfera coletiva. A CLT possui um mecanismo que pode ser deflagrado nas empresas, objetivando a celebração de acordos coletivos. Vejamos:

Art. 617 - Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas **darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica.**

§ 1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assumam a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final.

§ 2º Para o fim de deliberar sobre o Acordo, a entidade sindical convocará assembleia geral dos diretamente interessados, sindicalizados ou não, nos termos do art. 612.

Ademais, essa nova perspectiva não elide a via judicial para a deflagração da negociação. A interpretação sistemática dos dispositivos acima nos deixa antever a possibilidade de uma ação

revisional quanto aos contratos de trabalho, movida pelo empregador que estiver atravessando uma situação contingencial que leve a significativo desequilíbrio contratual. Na hipótese de não-comparecimento do empregado ou do ente sindical respectivo, a ser citado, quando for o caso, na condição de litisconsorte necessário, caberá ao judiciário prolatar decisão que module os efeitos do contrato visando a manutenção dos empregos e o funcionamento das empresas. Algo semelhante, diga-se, ao antigo poder normativo que a Justiça do Trabalho nas hipóteses de dissídios coletivos. Ressalte-se que a peça de ingresso deverá indicar, a partir de elementos concretos, a intenção de renegociar e vir acompanhada de proposta(s) visando a recuperação judicial dos contratos de trabalho, bem como que essas medidas de eventual restrição devem ser sempre movidas por caráter de curta duração, com o monitoramento constante dos órgãos de fiscalização do trabalho e do Ministério Público do Trabalho, a quem se acolha, igualmente, a composição da lide na qualidade de fiscal da lei.

De ressaltar, enfim, que o Poder Judiciário do Trabalho, historicamente, é vocacionado à conciliação, possuindo centros especializados para o tratamento de demandas envolvendo coletividades de trabalhadores e fazendo uso das modernas técnicas visando a obtenção de acordos com o selo da coisa julgada material.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho teve como objetivo repensar os pilares e a proteção contratual do direito civil clássico, a partir da construção doutrinária de um “dever de renegociar”, aplicando essa noção aos casos em que se impõe uma revisão de cláusulas nos contratos de trabalho em decorrência de situações contingenciais, geradoras de

graves desequilíbrios contratuais, a exemplo daquelas vivenciadas pela emergência em saúde pública pela pandemia do Coronavírus.

As operações econômicas estão intrinsecamente relacionadas a regulação contratual. Com efeito, a evolução da teoria dos contratos se dá a medida em que se expandem as atividades produtivas e seguindo o contexto econômico – social em que se insere. E os contratos de trabalho, hodiernamente, ocupam um sistema ligado à dimensão do direito econômico, cujos parâmetros hermenêuticos devem ser compartilhados, desde a vigência da denominada “lei da liberdade econômica”.

Se num primeiro momento imperava a ideologia liberal, da autonomia privada irrestrita onde o que as partes firmavam era lei, não importando o conteúdo daquela avença, com o decorrer do tempo, o contrato evoluiu, e as políticas voltam-se para a harmonização do individual com o social através de normas de ordem pública e os pilares do direito contratual clássico são modificados, a partir da limitação da autonomia privada levado em consideração os princípios da função social, boa – fé objetiva e equilíbrio econômico. É esse paradigma que é trazido para o corpo do Código Civil de 2002 e reforçado pela legislação superveniente, sendo necessária sua integração ao direito do trabalho.

Nosso ordenamento jurídico, muito embora traga um arcabouço normativo que permite o equilíbrio contratual ainda reage de forma tímida à necessidade de justiça nos contratos, especialmente nas relações de emprego, sendo certo que ainda podemos perceber resquícios das teorias voluntaristas nos seus artigos, notadamente na parte voltada para a teoria da onerosidade excessiva e fincada na ideia de que ao empregador cabe à assunção integral dos riscos da atividade econômica.

O direito de pleitear a renegociação do contrato parece ser ferramenta hábil à superação da crise por atender tanto ao aspecto socializante dos contratos (preservação de empresas, estímulo à atividade econômica, empregos etc), como privilegiar a boa – fé dos contratantes, já que as partes devem agir de forma transparente e

colaborativa, a fim de mitigar de pronto os danos sofridos, a partir do binômio dever de informar a ocorrência do desequilíbrio – dever de responder à renegociação.

Nesse sentido, a proposta deste ensaio é justamente admitir não apenas a abertura de um procedimento extrajudicial de renegociação de cláusulas contratuais, chancelado pelo ordenamento jurídico vigente, como também, possibilitar que, caso essa via não chegue a bom termo, permitir que se provoque a Justiça do Trabalho para que se instale algo como que um “regime de recuperação judicial dos empregos”, a partir de uma flexibilização operada com a supervisão do Estado, através da atuação sempre qualificada dos órgãos que integram esse ramo do judiciário.

Enfim, o momento de crise pandêmica por que passamos, sem paralelo nos últimos cem anos, exige a adoção de medidas arrojadas, visando especialmente a preservação da dignidade da pessoa humana. Nesse gênero, temos trabalhadores e empregadores. E o sistema jurídico civil, na perspectiva dos autores, já está habilitado a desenvolver soluções de curta duração, sem desprivilegiar os cânones constitucionais da proteção ao trabalho e ao direito de participação das entidades sindicais no processo de renegociação.

Data de Submissão: 14/08/2020

Data de Aprovação: 09/12/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Jaime W. Rodrigues Manguera

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COSTA, Simone da Silva. (2020). Pandemia e desemprego no Brasil. **Revista de Administração Pública**, 54(4), 969-978. Epub August 28, 2020. <https://dx.doi.org/10.1590/0034-761220200170>. Acesso em 03 dec 2020.

DACHERI, Emanuelli; GOLDSCHMIDT. Teletrabalho: uma possibilidade de inclusão socioeconômica do trabalhador. **Prim@Facie**. João Pessoa: PPGCJ, v. 17. N. 35, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/40160/20919>. Acesso 03 dec 2020.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Humanização do direito civil constitucional ou por um direito civil social. Lineamentos introdutórios. In **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 4, n.11, abr. jun, 2017.

MATTIETO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTIAGO, Murilo Carvalho. Considerações sobre o contrato coativo. In **Revista da faculdade de direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 27, n.21, mai, 1979.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA, Diego O. As dimensões da precarização do trabalho em face da pandemia de Covid-19. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 19, 2021, e00311143. DOI: 10.1590/1981-7746-solo0311. Disponível em: <http://www.tes.epsjv.fiocruz.br>. Acesso em 03 dec 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In. **Temas de direito civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. Rio de Janeiro: Gen Método, 2014.

TOSCANO DE BRITO, Rodrigo. **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007.

## **Duty To Renegotiate Employment Contracts As A Possibility To Overcome The Economic Crisis Resulting From The Coronavirus Pandemic**

Paulo Henrique Tavares da Silva

Juliana Coelho Tavares Marques

**Abstract:** The article seeks for alternatives to the economic crisis scenario that shows increasing levels of employment contracts termination resulting from the loss of economic and financial resources of companies, prevented from opening due to restrictive measures as a consequence of public health emergency status decreed in Brazil, in order to face Sars-Cov-2 virus pandemic (Coronavirus). It is explored a possibility of a duty to renegotiate ongoing work contracts, aiming at maintaining jobs and company activities, based on current Brazilian constitutional principles, such as socialization and social function of institutions, based on a dialogue between civil law and labor law. The study has an exploratory and prospective nature, using the deductive approach, with the management of documentary research techniques, having as object of study the legislation, doctrines and jurisprudential resources. In the end, it is admitted that the duty to renegotiate employment contracts is a tool capable of overcoming a crisis, as it addresses the socializing aspect of contracts and privileges the good faith of the contractors, without disregarding the constitutional canons of labor protection and the right of union entities to participate in the renegotiation process.

**Keywords:** Duty to Renegotiate. Employment Contracts. Economic Crisis. Coronavirus.

**DOI: [https://doi.org/ 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54543](https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54543)**

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# Preservação Dos Contratos De Aprendizagem Profissional Em Tempos De Pandemia De Covid-19

**Emerson Victor Hugo Costa de Sá \***

Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém-PA, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-0367-3505>

**Anderson Lincoln Vital da Silva \*\***

Universidade Federal do Amazonas, Faculdade de Direito, Manaus-AM, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-2903-8526>

**Valena Jacob Chaves Mesquita \*\*\***

Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém-PA, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-4955-1949>

**Resumo:** O artigo analisa as estratégias de manutenção dos contratos de aprendizagem profissional em tempos de pandemia da COVID-19. Principal política pública voltada ao primeiro emprego, o instituto propicia oportunidades de formação técnico-profissional metódica para adolescentes e jovens, além de consistir em estratégia de erradicação do trabalho infantil. O cenário de crise de saúde pública, resultante do novo Coronavírus, gerou o reconhecimento do estado de calamidade pública em março de 2020, o que acarretou instabilidade nas relações jurídicas e a necessidade de adaptação normativa. Nesse contexto, analisa-se a aplicabilidade dos diplomas legais instituídos durante a crise sanitária decorrente da COVID-19, com especial ênfase na análise hermenêutica da Medida Provisória 927, cujos efeitos cessaram com a sua caducidade, e da Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020, fruto da conversão da Medida Provisória n. 936, notadamente quanto à preservação do trabalho do adolescente diante dessa nova realidade, por meio da aprendizagem e da qualificação profissionais em tempos de pandemia. A pesquisa utiliza o método de abordagem indutivo e apresenta-se como exploratória quanto aos objetivos, de natureza qualitativa e com base nos procedimentos bibliográfico e documental. Conclui-se que os contratos de aprendizagem se ajustaram para viabilizar a continuidade, mas há necessidade de marcos regulatórios mais precisos e atentos às especificidades do instituto, especialmente quanto ao público adolescente e o socialmente vulnerável.

**Palavras-chave:** COVID-19. Aprendizagem profissional. Política pública.

\* Doutorando em Direito na Universidade Federal do Pará – UFPA. Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: [emersonvictor.sa@gmail.com](mailto:emersonvictor.sa@gmail.com)

\*\* Doutorando em Educação pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Professor Assistente da UFAM. E-mail: [andersonlincoln.adv@gmail.com](mailto:andersonlincoln.adv@gmail.com) valena\_jacob@yahoo.com.br

\*\*\* Doutora em Direito pela UFPA. Professora adjunta da Universidade Federal do Pará. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito. E-mail: [valena\\_jacob@yahoo.com.br](mailto:valena_jacob@yahoo.com.br)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53789>

# **Preservação Dos Contratos De Aprendizagem Profissional Em Tempos De Pandemia De Covid-19**

Emerson Victor Hugo Costa de Sá

Anderson Lincoln Vital da Silva

Valena Jacob Chaves Mesquita

## **1 INTRODUÇÃO**

O estudo objetiva analisar as estratégias de manutenção dos contratos de aprendizagem profissional em tempos da pandemia resultante da COVID-19. Esse instituto configura-se como instrumento de efetividade do direito fundamental à profissionalização do adolescente e do jovem, além de consistir em política pública associada à erradicação da exploração do trabalho infantil e ao primeiro acesso no mercado de trabalho formal.

Os desafios surgidos a partir do advento e da propagação do vírus em nível global exigem adaptações nos mais diversos segmentos sociais, e o Direito precisa de estratégias de regulação quanto à aplicabilidade das normas jurídicas, especialmente no contexto laboral, imediatamente atingido pelas mudanças ocasionadas nas relações de trabalho. No enfoque específico dos contratos de aprendizagem, a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico devem considerar a finalidade de viabilizar o ingresso e permanência do adolescente e jovem no emprego, em caráter de formação com tarefas de complexidade progressiva.

A proposta converge para a emergência de novos marcos regulatórios de adaptação do Direito diante do ambiente de crise

instalado. Desse modo, realiza-se a abordagem crítica dos instrumentos normativos editados em 2020 e relacionados à seara trabalhista, com especial ênfase na análise hermenêutica da Medida Provisória 927, cujos efeitos cessaram com a sua caducidade, e da Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020, decorrente da conversão da Medida Provisória n. 936 (BRASIL, 2020c), notadamente quanto à preservação do trabalho do adolescente diante dessa nova realidade, por meio da aprendizagem e da qualificação profissionais em tempos de pandemia. Ademais, dentro de uma acepção propositiva, consideram-se na análise as orientações e decisões referentes ao programa de aprendizagem em face do cenário pandêmico, oriundas dos órgãos relacionados à temática – Inspeção do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça Laboral.

A partir do direito fundamental à profissionalização, desenvolve-se o conteúdo jurídico do contrato de aprendizagem profissional, mediante a contextualização, o desenvolvimento conceitual e a exposição da finalidade e das principais características, como instrumento viabilizador do acesso dos adolescentes e jovens à cidadania e ao trabalho digno, especialmente quando em situação de vulnerabilidade e risco social.

Com efeito, a aprendizagem destina-se ao público com idade entre 14 e 24 anos, limite que não se aplica às pessoas com deficiência, conforme previsto no artigo 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943). Trata-se de alternativa ao afastamento de adolescentes do trabalho proibido, que viabiliza o acesso e a primeira experiência formal no mercado de trabalho e concretiza o direito fundamental à profissionalização, nos moldes do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988).

Há convergência entre a faixa etária em que há maior concentração do trabalho infantil proibido (14 a 17 anos) e o público adolescente abrangido pela aprendizagem com prioridade absoluta, prevista no artigo 53 do Decreto 9.579 (BRASIL, 2018a), e 40% dos

adolescentes e jovens na faixa de 14 a 24 anos de idade estão em situação de desemprego (CAVALLINI e SILVEIRA, 2019).

Logo, a política de estímulo à aprendizagem encontra-se alinhada ao objetivo constitucional de erradicação do trabalho infantil, da pobreza e da marginalização, e a reserva de vagas observa o caráter de redução das desigualdades sociais e regionais, e vincula-se ao fim social da livre iniciativa, do trabalho e da propriedade, e à busca do pleno emprego, tal como orientam os artigos 1º, IV, 3º, IV, e 170, VIII, da CRFB (BRASIL, 1988).

O estudo justifica-se diante do cenário nebuloso que envolve as possíveis deturpações das normas e diretrizes garantidoras do acesso à profissionalização, compreensão que reforça a vocação do Direito para além da resolução de conflitos, alcançando aspectos de eficácia social e o papel transformador indispensável à evolução da ciência jurídica. Logo, resta patente a urgência e a relevância da avaliação das alternativas e estratégias normativas de implementação do contrato de aprendizagem em tempos de pandemia, para a mitigação dos efeitos negativos resultantes da eventual ausência de atenção quanto ao problema.

Os desafios do cientista jurídico não se limitam à interpretação e aplicação da norma deslocada do contexto social. Pelo contrário, mostra-se importante a análise crítica a respeito da efetividade do complexo normativo. Para além da enunciação de direitos e do enclausuramento na dogmática jurídica, compete ao pesquisador da área avaliar os efeitos concretos decorrentes da norma, seja para confirmar o acerto do conteúdo, seja para indicar ajustes na criação, interpretação ou aplicação do instituto em relevo.

Um conjunto normativo mais específico e cogente pode elevar a probabilidade de acerto da referida política pública, permitindo ao Estado o fortalecimento e a efetiva aplicação da doutrina do melhor interesse do adolescente e do jovem, no tocante ao acesso às oportunidades de profissionalização com vistas ao primeiro emprego, o que induz o desenvolvimento econômico e social e a fruição dos direitos fundamentais.

Por fim, a pesquisa utiliza o método de abordagem indutivo e apresenta-se como exploratória quanto aos objetivos, de natureza qualitativa e com base nos procedimentos bibliográfico e documental. Não há estudos publicados na literatura indexada com a abordagem sugerida, o que destaca a originalidade em busca do norteamento de ações, tendo em conta a normatividade atual, e a proposta de melhorias no arcabouço jurídico.

## **2 PRESERVAÇÃO DO EMPREGO EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Os primeiros meses do ano de 2020 inauguraram um cenário que, para muitos, representa um verdadeiro caos social e institucional em face da pandemia decorrente da propagação da COVID-19. Aponta-se que o surgimento do vírus ocorreu em Wuhan, na China, tendo o primeiro caso oficial sido relatado em 12 de dezembro de 2019 (GRUBER, 2020), apresentando pacientes com quadro clínico de pneumonia grave.

Lima (2020) afirma que se trata de um vírus de rápida transmissão, que necessita de uma série de ações sanitárias; de combinação de tratamento médico, a depender do histórico do paciente; da aplicação de medidas de distanciamento ou isolamento social e de quarentena, para restrição de circulação de pessoas nos aglomerados urbanos e conter a disseminação.

Em aproximadamente dois meses, a doença espalhou-se pelo mundo (OPAS, 2020), o que resultou, em 11 de março, no reconhecimento pela Organização Mundial da Saúde (OMS) do estado de pandemia associado ao Coronavírus. Diante desse contexto, o Estado brasileiro realizou – sem critérios uniformes –, um conjunto de intervenções em diversas localidades do território nacional, com vistas à redução do potencial de contágio e letalidade.

Em 6 de fevereiro de 2020, a Lei n. 13.979 fora publicada e passara a vigorar com a previsão de medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19, constando posteriormente nas Medidas Provisórias n. 927 (BRASIL, 2020b) e 936 (BRASIL, 2020c) um conjunto normativo destinado a empregados urbanos, rurais e domésticos, orientado, todavia, pela prevalência do acordo individual escrito sobre convenções e acordos coletivos, sob a justificativa de garantir a permanência do vínculo empregatício dentro dos contornos constitucionais (NOGUEIRA; FARIA, 2020), o que será discutido adiante.

Entretanto, tais ações não atingiram as proporções necessárias para impactar de modo substancial as estatísticas do país, gerando um prognóstico de extensão na duração das medidas restritivas. A título de exemplo, a Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas – FVS/AM (2020) apontou que, até 23 de maio, haviam sido confirmados 28.802 casos e 1.744 óbitos (taxa de letalidade de 6%) no estado apontado como um dos mais críticos, números que desconsideraram o índice de subnotificação e a reduzida quantidade de testes realizados.

Nesse contexto, surgem indagações quanto às medidas mais adequadas para conter a evolução descontrolada dos números de adoecimentos e mortes, o que passa inevitavelmente pela discussão a respeito das atividades essenciais que devem continuar em funcionamento, bem como das estratégias de preservação do emprego e da renda.

As mudanças foram repentinas e demandaram a edição de atos normativos nas mais variadas esferas, que abrangeram medidas provisórias, decretos, portarias e instruções normativas. De acordo com levantamento documental realizado no site do Planalto, com o tema específico “COVID-19”, registra-se em 3 de fevereiro a primeira portaria tratando de estado de emergência, e a quantidade de atos multiplica-se enquanto persiste o estado de calamidade, com previsão de término em 31 de dezembro de 2020, conforme o Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020.

O cenário de crise enseja o enfrentamento da situação excepcional e sem precedentes, que demanda a adaptação de normas jurídicas, além da edição de medidas provisórias voltadas à regulação das relações jurídicas. Quanto ao Direito do Trabalho, as medidas abrangem contornos definidos em leis, medidas provisórias e decretos presidenciais, com destaque para a Lei n. 13.979/2020 – medidas para enfrentamento –, o Decreto 10.282/2020 – regulamenta a Lei n. 13.979 (BRASIL, 2020a) e define os serviços e atividades essenciais – e as Medidas Provisórias n. 927 (BRASIL, 2020b) e 936 (BRASIL, 2020c) – medidas para a preservação do emprego e da renda.

Em 22 de março de 2020, editou-se a Medida Provisória n. 927 (BRASIL, 2020b), no dia seguinte alterada pela Medida Provisória n. 928, que promoveu a revogação do polêmico artigo 18, que previa a suspensão contratual por até quatro meses sem obrigatoriedade de prestação pecuniária patronal ou estatal. O clima de insegurança jurídica ocasionado pela demora na edição de medidas adequadas ao enfrentamento da questão amenizou-se com a edição da MP n. 936 (BRASIL, 2020c), em 1º de abril de 2020, que previu o pagamento de benefício emergencial vinculado à suspensão contratual ou à redução proporcional de jornada e salário.

Ressalta-se que o estudo analisa esse instrumento provisório, desde o ingresso no ordenamento pátrio até o respectivo término de vigência. Considerando que os dispositivos estudados foram incorporados pela Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020, as menções ao conteúdo dos artigos dirigem-se a este novel documento normativo. Sendo assim, não obstante a lei de conversão tenha sido editada depois de três meses da edição da medida provisória em questão, a confirmação do teor dos dispositivos da norma permite considerar válidas todas as ações promovidas no período de vigência e em consonância com a MP n. 936 (BRASIL, 2020c).

Encontra-se, pois, integralmente aplicável e surte efeitos em todas as relações laborais estabelecidas entre empregador e empregado, gênero que inclui, de acordo com o escopo do presente

estudo e o artigo 443 da CLT (BRASIL, 1943), os contratos a tempo determinado (a exemplo da aprendizagem profissional), indeterminado (aplicável às pessoas a partir de dezesseis anos de idade) e intermitente (prestação de serviço subordinado em períodos descontínuos, conforme a demanda patronal e a concordância do trabalhador).

O custeio dessa parcela pelos cofres públicos possui como objetivo evitar o desemprego e manter os postos de trabalho durante a crise, por meio de mecanismos que garantam a continuidade das atividades empresariais e laborais, tendo como contrapartida a garantia no emprego pelo tempo equivalente ao utilizado pelo empregador como redução de jornada e salário ou suspensão contratual, contado do encerramento da validade de tais medidas. Como ressaltam Barros e Albuquerque (2020), a assunção estatal de parte das despesas pretende reduzir o impacto social decorrente do estado de calamidade pública.

Para o atual momento e dentro do escopo em que aplicáveis, as medidas provisórias atendem aos requisitos do artigo 62 da Constituição da República de 1988 (CR/88), que permite ao Presidente da República, em caso de relevância e urgência, a adoção de medidas provisórias, com força de lei, dentro do prazo de vigência temporário de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, e imediatamente submetidas ao Congresso Nacional.

Pois bem, a MP n. 927 (BRASIL, 2020b) apresentou condições para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda. Dentre as opções à disposição do empregador, constam alterações nas regras aplicáveis ao teletrabalho, à antecipação de férias, ao aproveitamento de feriados, à utilização do banco de horas, às exigências administrativas em termos de segurança e saúde no trabalho, e ao recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Ressalta-se que o presente estudo veicula ponderações referentes à duração da MP n. 927 (BRASIL, 2020b) limitadamente ao

período de 22 de março de 2020 a 19 de julho de 2020, quando fora alcançada pelo instituto da caducidade e, portanto, deixou de vigorar. Nesse tocante, os mecanismos previstos por essa medida provisória devem ser lidos e compreendidos conforme a temporalidade em que utilizados e aplicados, em virtude do encerramento da validade.

Embora o objeto de avaliação consista nos impactos das medidas contidas nesse ato normativo, com atenção aos efeitos decorrentes do término do prazo de validade, a impossibilidade de utilização das alterações legislativas então promovidas em momento posterior não prejudica o uso durante o tempo em que compôs o ordenamento jurídico pátrio.

A perda da eficácia da MP 927 em 19 de julho de 2020 ocorre em virtude do conteúdo dos §§ 3º e 11 do artigo 62 da Constituição da República (BRASIL, 1988), de modo que o Congresso Nacional deveria editar, no prazo de sessenta dias, um decreto legislativo para disciplinar a relações jurídicas decorrentes daquela legislação temporária. Ocorre que esse lapso temporal transcorreu sem que houvesse a edição desse instrumento normativo, o que gera a aplicabilidade do § 11 do artigo 62 da Constituição (BRASIL, 1988), segundo o qual “as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”.

Logo, permanecem válidos todos os acordos celebrados durante a vigência da MP n. 927 (BRASIL, 2020b). Sendo assim, entre 22 de março de 2020 e 19 de julho de 2020, as decisões tomadas no âmbito das relações laborais alcançadas por esse instrumento normativo estão juridicamente resguardadas, desde que não ultrapassem a data limite, consistente no término do reconhecimento do estado de calamidade pública, em 31 de dezembro de 2020, tal como prevê o seu artigo 1º. Enfim, os novos acordos devem observância às disposições da CLT (BRASIL, 1943).

Devem, no entanto, ser considerados os impactos nas relações sociais laborais e ponderado se os ajustes normativos não configuram ofensa desmedida à essência do Direito do Trabalho. É o caso da

questionada possibilidade de antecipação de férias (desvirtuamento da finalidade de descanso e recomposição física e mental) e postergação do prazo de pagamento da remuneração em si (quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo) e do adicional de um terço (limite para a quitação da gratificação natalina – 20 de dezembro, portanto), como alertam Souza Junior et al. (2020), quanto aos artigos 8º e 9º da Medida Provisória n. 927 (BRASIL, 2020b).

Com efeito, a proposta de adoção do teletrabalho converge para a redução da estatística de adoecimentos e mortes relacionadas ao vírus – aplicável e indicado aos contratos de aprendizagem profissional –, não obstante a questionável regra de compartilhamento dos riscos do negócio contida no artigo 4, § 3º, da MP n. 927 (BRASIL, 2020b), mediante a previsão de contrato escrito entre as partes, firmado previamente ou no prazo de 30 dias da mudança do regime de trabalho, para a definição do reembolso de despesas e da responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada.

No tocante à utilização do teletrabalho como alternativa de manutenção dos empregos no período da pandemia, Paixão e Schaefer (2020) alertam que a regulamentação do trabalho remoto pela legislação trabalhista não satisfaz os anseios da classe trabalhadora, na medida em que mantidos os contornos da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que afastou o teletrabalho do controle de jornada e, por via de consequência, restringiu os empregados abrangidos por essa modalidade da percepção de horas extras, e endossou a possibilidade de utilização desse regime laboral como forma de aprofundamento da exploração.

A regulamentação do trabalho em tempos de pandemia seguiu a legitimação de práticas flexibilizatórias quanto à organização dos tempos de trabalho e de não trabalho, autorizando a ausência de controle quanto à jornada normal ou razoável, em prejuízo ao distanciamento entre a vida profissional e a vida pessoal dos teletrabalhadores, decorrente do direito fundamental ao lazer e à limitação da jornada, previstos no artigo 6º, *caput*, 7º, XII, e 217, § 3º,

da CRFB (BRASIL, 1988). Em um cenário legislativo favorável às questões sociais, a eventual conversão das propostas em lei deveria desfazer os equívocos e implementar a necessária proteção ao meio ambiente laboral.

A suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, prevista nos artigos 15 e 16 da MP n. 927 (BRASIL, 2020b), também se apresenta questionável, considerando a necessidade de maior vigilância no contexto atual. Não se pode interpretar como um possível relaxamento nas condições de trabalho, vez que o cenário de crise sanitária não só recomenda como impõe a atenção quanto aos treinamentos da equipe, ainda que por meios virtuais, em conformidade com as condições técnicas e pessoais dos empregados e a eficácia da atividade formativa (UCHÔA; UCHÔA, 2020)

Desse modo, a MP n. 927 (BRASIL, 2020b) ressalta condições precarizantes, impulsionando o dilema entre a perda o emprego – com pagamento integral ou reduzido de algumas verbas rescisórias, caso se caracterize a hipótese de força maior prevista no artigo 501 da CLT (BRASIL, 1943) – ou a manutenção dentro de uma perspectiva de regime jurídico inferiorizado.

Dentre outros fatores, a falta de conversão em lei decorreu da falta de consenso a respeito da possibilidade de as estratégias apresentadas incorporar definitivamente o ordenamento pátrio, tanto para futuras situações análogas – relacionadas ou não a um panorama de pandemia –, quanto para os contratos em geral, independentemente do contexto.

Ainda que aplicável durante o período em que esteve válida, entende-se que a norma não pode resultar em estipulação contratual de simples renúncia, abolição ou diminuição de direitos, especialmente no contexto de relações contratuais assimétricas, em que os contratantes não se encontram no mesmo plano – notadamente quanto à espécie contratual em estudo –, condição de desequilíbrio intensificada pela crise política, econômica e sanitária.

Enfim, como ressaltam Ferreira, Koury e Oliveira (2020), contrariamente à exigência fática do momento de crise, em que as pessoas vulneráveis necessitam de proteção na formulação de políticas públicas voltadas à garantia do pleno emprego, renda justa e proteção previdenciária, os diplomas normativos destacados seguem agendas legislativas de viés neoliberal em detrimento dos direitos sociais, ao permitir a redução de salário e jornada, e a regulação por acordo individual entre partes que não gozam de igualdade material.

### **3 DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E CONTRATO DE APRENDIZAGEM**

A aprendizagem profissional decorre do direito fundamental à profissionalização do adolescente e do jovem, e consiste em uma estratégia para a erradicação do trabalho infantil, características que empolgam a busca de soluções adequadas e aptas a proporcionar o acesso ao trabalho em condições protegidas, especialmente no contexto de crise causado pela pandemia da COVID-19 em que surgiram as citadas medidas provisórias.

Há previsão constitucional da aprendizagem a partir dos 14 anos de idade. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990) trata do direito à profissionalização e à proteção no trabalho, e prevê que as exigências pedagógicas relacionadas ao desenvolvimento pessoal e social prevalecem sobre o aspecto produtivo, bem como exige o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tal como estabelecem o artigo 7º, XXXIII, da CRFB (BRASIL, 1988) e os artigos 6º, 68 e 69 da Lei 8.069 (BRASIL, 1990).

A seu turno, os artigos 428 a 433 da CLT (BRASIL, 1943) estabelecem os parâmetros relacionados ao contrato de aprendizagem, à obrigação de contratação do percentual de 5% a 15% (excluídas da

base de cálculo as funções que não demandam formação profissional, tais como os cargos de nível técnico ou superior, gerência e chefia) por parte dos empregadores (opcional para microempresas e empresas de pequeno porte), às entidades qualificadoras, ao registro (estabelecimento ou entidades qualificadas em formação profissional), à jornada (seis horas, e, excepcionalmente oito horas, caso o jovem possua ensino fundamental e combine teoria e prática), à duração do contrato (por prazo determinado, até dois anos) e à idade do aprendiz (14 e 24 anos de idade, limite não aplicável aos aprendizes com deficiência).

Em nível infralegal, a contratação de aprendizes segue, sobretudo, as regras contidas no Decreto n. 9.579 (BRASIL, 2018a) e na Instrução Normativa n. 146 (BRASIL, 2018), sobre a formação técnico-profissional metódica e as atividades teóricas e práticas, organizadas em tarefas de complexidade progressiva, componentes dos programas de aprendizagem, e sobre a fiscalização laboral no âmbito de tais relações trabalhistas.

Em 2018, foram contratados 444.189 aprendizes em todo o país, quantidade 15% superior à de 2017 (FNPETI, 2019), mas que reduziu nos anos de 2019 e 2020, mantendo-se por volta de 46% com idade inferior a dezoito anos. Em meados de dezembro de 2020, o país registrava 45% do cumprimento da cota de aprendizagem mínima – do quantitativo total de 861.315 vagas, apenas 391.497 encontravam-se preenchidas. Porém, existe espaço para o incremento desse quantitativo, que pode atingir aproximadamente 3 milhões de vagas, em caso de cumprimento do percentual máximo de 15% (AGÊNCIA SENADO, 2019).

O recorte da taxa de desocupação entre os jovens demonstra que, no primeiro trimestre de 2018, o desemprego no Brasil alcançou o então recorde histórico de 13,7%, atingindo 14,1 milhões de pessoas, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (BENEDICTO, 2018). São 5,7 milhões de jovens entre 14 e 24 anos, e

1,2 milhão de adolescentes entre 14 e 17 anos, faixa em que predominam as ocorrências de trabalho infantil.

Enquanto 40% dos desempregados possuem idade compatível com a aprendizagem, a média de desemprego dos jovens entre 14 e 24 anos de idade representa o triplo da verificada na faixa de 25 a 59 anos de idade. Em 2016, estavam desempregados 27,2% naquela faixa etária, contra 9,1% nesta, segundo o Boletim Mercado de Trabalho divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (CAVALLINI e SILVEIRA, 2019).

A compreensão da aprendizagem como parte do processo educativo do jovem objetiva a melhoraria da qualificação profissional dos ingressantes no mercado formal e impacta as condições de vida dos núcleos familiares e das comunidades. Realiza-se na prática os ensinamentos apreendidos na escola e na fase teórica do programa, com as garantias legais. O investimento na formação de futuros profissionais viabiliza o exercício da responsabilidade social, contribuindo-se diretamente para a redução da pobreza e da desigualdade, além de servir de instrumento para o empregador moldar e dinamizar seu corpo funcional.

Segundo Mühlemann e Wolter (2014), a decisão de uma empresa pelo treinamento de aprendizes compreende a avaliação do binômio custo-benefício do investimento, em comparação com outras opções de garantia de trabalhadores qualificados, e a retenção dos aprendizes com melhor desempenho consiste em uma interessante estratégia de recrutamento.

A implantação do programa de aprendizagem nas empresas confere aos jovens a oportunidade de preparação para o mundo do trabalho por meio da formação teórico-prática, na qual são desenvolvidos conhecimentos e competências amplas, nos âmbitos pessoal, social e profissional. Presta, então, a importante missão de permitir a quebra do ciclo de exclusão social, favorecendo a qualificação profissional compatível com o estágio de desenvolvimento.

Além disso, o contrato de aprendizagem contribui para a retenção na escola ou a volta aos estudos, ainda que na modalidade de Educação de Jovens e Adultos, para os que demonstram defasagem em razão da idade (GONÇALVES, 2014). Promove, ainda, o desenvolvimento físico, moral e psicológico; aumento das chances de permanência no mercado laboral; oferecimento de alternativa ao trabalho infantil; promoção da inclusão social dos jovens em situação de vulnerabilidade; e oferta de trabalhadores qualificados às empresas.

Clementino (2013) promove uma discussão sobre a importância da aprendizagem profissional como um instituto legal que reúne dois dos eixos basilares da política nacional para a juventude: educação e trabalho. Fonseca (2017) sintetiza que a aprendizagem profissional consiste em uma oportunidade de inserção de trabalhadores com deficiência no mundo do trabalho, que poderão aprender as tarefas na empresa. Afirma, ainda, que o direito à profissionalização assume relevância estratégica na chamada *sociedade do conhecimento*.

Se os avanços tecnológicos indicam que o modelo brasileiro de programa de aprendizagem profissional precisa se adaptar, o contexto da pandemia demanda ações de proteção e garantia de permanência dos contratos, para impedir que a primeira experiência no mercado laboral seja marcada por efeitos traumáticos vinculados à pandemia da COVID-19.

Concorda-se com a análise de Veloso (2019), no sentido de que a discussão de ações desenvolvidas precisa ser desenvolvida localmente, considerando as peculiaridades de cada região, com envolvimento das respectivas gestões públicas no planejamento e fomento da aprendizagem orientada pela emancipação da compulsoriedade e da precarização, e pela ampliação do alcance e da efetividade em termos de empregabilidade.

Todavia, discorda-se que a alternativa para a falta de Auditores Fiscais do Trabalho deva ser compensada com a divisão de responsabilidade quanto ao exercício do poder de polícia com agentes

municipais ou estaduais. Na verdade, a defesa deve ser no sentido da reposição dos cargos vagos, que chegam a um terço do quadro, e da criação de ao menos mais 5 mil novos postos (IPEA, 2012), mediante a realização de concurso público para contratação desses agentes públicos que desempenham função estatal que vão além da exigência do cumprimento de cotas propriamente dita, pois zelam pela higidez das relações laborais.

A integralização do quadro de auditores pode beneficiar a fiscalização e o monitoramento e avaliação da eficácia dos programas de aprendizagem, a partir de ações como o estudo e acompanhamento sistematizados das trajetórias profissionais dos egressos, em relação aos jovens de condições semelhantes que não foram contemplados com a política, por falta de conhecimento ou oferta de oportunidade de contratação.

As autoridades locais e regionais podem e devem impulsionar as contratações e dialogar com os potenciais contratantes, as entidades qualificadoras e os agentes de fiscalização laboral, estruturados em coordenações e equipes regionais, que desempenham as ações de fiscalização dos contratos e programas de aprendizagem. No entanto, o caráter imperativo e nacional das normas trabalhistas demanda a reunião das atribuições de inspeção em órgão autônomo, livre de controle político, nos moldes da Convenção n. 81 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

#### **4 MEDIDAS APLICÁVEIS À APRENDIZAGEM PROFSSIONAL**

A OIT (2020) elaborou orientações básicas sobre a aplicação das disposições fundamentais das normas internacionais do trabalho pertinentes ao contexto do surgimento da COVID-19. Trata-se de uma compilação referente às questões mais frequentes no período de pandemia que, embora não aborde de modo exaustivo as medidas

jurídicas ou políticas que poderiam ser adotadas, contém as possibilidades de enfrentamento inicialmente vislumbradas.

Dentre as sugestões, consta a indicação de que, em caso de suspensão, rescisão ou redução das garantias trabalhistas motivadas pelas repercussões econômicas da pandemia ou por motivos de segurança e saúde, deve-se permitir ao trabalhador a percepção de subsídios ou assistência em caso de desemprego involuntário, de acordo com a Convenção n. 168, sobre a Promoção do Emprego e Proteção contra o Desemprego, de 1988 (artigo 10), e a Convenção n. 102, sobre as Normas Mínimas de Seguridade Social, de 1952 (Parte IV).

Nesse sentido, os governos devem adotar medidas para ampliar as prestações de desemprego aos trabalhadores que enfrentam perda, suspensão ou redução de garantias, seja em caso de desemprego parcial, seja em razão de redução temporária de jornada ou suspensão do trabalho, situações contempladas inicialmente na MP n. 936 (BRASIL, 2020c) e mantidas na Lei 14.020 (BRASIL, 2020a). Essas medidas de enfrentamento encontram respaldo nas orientações internacionais, não obstante mereçam críticas e ponderações a respeito da incidência e escopo de proteção.

Além de os instrumentos eleitos pelo Estado brasileiro terem resultado em perdas remuneratórias para uma parcela considerável de trabalhadores, esse conjunto de medidas restringiu-se ao primeiro ano da pandemia. Deixou-se de abranger o momento mais crítico até o momento (primeiro quadrimestre do ano de 2021), notadamente a segunda onda de casos e óbitos.

O agravamento da pandemia decorreu do insucesso e da desarticulação das ações de controle de circulação (em parte decorrente da exposição motivada pela necessidade de retorno ao trabalho, por falta de medidas de estímulo e compensação estatal que alcançassem as relações de emprego no ano de 2021) e da falta do adequado e tempestivo investimento em ações cientificamente comprovadas (vacinação e medidas de distanciamento social, para

citar o mínimo), contexto que impulsionou o surgimento de novas variantes do vírus e o colapso nos sistemas de saúde observado nas diferentes regiões do país.

A seu turno, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2020) divulgou uma resolução a respeito da proteção aos direitos humanos no contexto da COVID-19. Quanto aos grupos em situação de especial vulnerabilidade, o documento reforça que os Estados devem considerar as perspectivas interseccionais e atentar para as necessidades e o impacto diferenciado nos direitos humanos dos grupos historicamente excluídos ou em especial risco, referindo-se a crianças e adolescentes, aos trabalhadores e às pessoas em situação de pobreza.

Frisa-se que a proteção aos direitos da criança e do adolescente, especialmente no contexto laboral, fora reafirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na sentença de 15 de julho de 2020, referente ao Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil, que destacou a exigibilidade dos artigos 19 e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, associados à proteção contra o tratamento não isonômico, percebido na condição estrutural de desigualdade de natureza interseccional, em razão de diferentes esferas de violação incidentes sobre pessoas marcadas por fatores como a condição socioeconômica, local de residência, sexo biológico, cor da pele e idade.

Essa compreensão fora inaugurada no caso Lagos del Campo vs. Peru, em 2017, precedente que representou caráter paradigmático no tocante à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante o reconhecimento da autonomia da proteção ao direito do trabalho, a partir de uma nova interpretação e alcance normativo do conceito de progressividade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (NASCIMENTO; CORREA; FERREIRA, 2020). Trata-se, então, de parâmetro normativo de direitos humanos vinculado ao conceito de justiça social, necessário às oportunidades de desenvolvimento das capacidades humanas (ANDRADE; MACHADO; CARVALHO, 2020).

Nesse sentido, a Comissão entende serem descabidas ações de suspensão dos direitos da infância, do direito à vida, à integridade, à vedação do tratamento cruel ou degradante e à proteção da família. Reforça o dever de proteção, a partir da implementação de medidas que considerem as particularidades das pessoas em condição de desenvolvimento e que atendam seu interesse superior, o que abrange a garantia dos vínculos familiares e comunitários, da educação e de ações de prevenção ao contágio coerentes com as condições econômicas e sociais, pois os efeitos da pandemia são diferenciados em cada grupo populacional.

Tais ações devem considerar o *fosso digital* (MATTOS; CHAGAS, 2008), termo que remete a todo tipo de limitação ao acesso às novas tecnologias de comunicação e informação (internet, computadores, *smartphones*), por questões financeiras, intelectuais ou sociais. Desse modo, a Comissão recomenda aos Estados que utilizem meios para garantia do acesso à educação a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação.

Quanto a esse ponto, estudantes universitários de cursos jurídicos relatam preferência pelo ensino presencial em relação ao remoto, em grande medida motivados pelas dificuldades de acesso aos recursos tecnológicos e estruturais necessários ao acompanhamento das atividades, que demandam a concessão de auxílio de universidades públicas nesse sentido (QUEIROZ; GOMES; TASSIGNY, 2020). São dificuldades que incidem de modo acentuado sobre os adolescentes e jovens contratados na qualidade de aprendizes.

Nesse contexto, a atuação articulada das coordenações regionais de fiscalização do trabalho aponta a obrigação legal de proteção dos trabalhadores com idade inferior a dezoito anos, rol que contempla os aprendizes nessa faixa etária. Esses trabalhadores devem ser protegidos em consideração à condição de seres humanos em desenvolvimento, garantindo-se a absoluta prioridade, a proteção integral e a observância de seu melhor interesse, tal como exige o artigo 227 da CRFB (BRASIL, 1988).

O empregador detém o poder diretivo de ordenar e determinar as condições em que o adolescente prestará serviços. Em razão do dever objetivo de cuidado, possui a obrigação de adotar as medidas necessárias para a proteção integral, ainda que preventivamente, e de evitar ordens que exponham a situação de risco ou prejuízo à saúde. Torna-se, inicialmente, exigível o afastamento dos trabalhadores com idade inferior a dezoito anos de atividades que envolvam comparecimento pessoal, devido ao risco de contato com terceiros no trabalho, na entidade formadora e no deslocamento entre estes e sua residência.

A violação do dever de cuidado sujeita o empregador às penalidades administrativas, em virtude da proibição do trabalho a menores de dezesseis anos de idade – salvo a partir dos quatorze anos, na condição de aprendiz –, vedando-se aos menores de dezoito anos de idade o labor em locais prejudiciais à formação, ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola, na forma do artigo 403 da CLT (BRASIL, 1943) e dos artigos 4º, parágrafo único, I, e 67, III, do ECA (BRASIL, 1990).

Logo, o manejo de medidas de proteção aos trabalhadores deve ser amplo e prioritariamente direcionado aos adolescentes, aprendizes ou não. Consiste em dever do empregador a adoção de medidas de proteção para os trabalhadores com idade inferior a dezoito anos, facultando-se a excepcional utilização de instrumentos da MP n. 927 (BRASIL, 2020b) – alteração para o regime de teletrabalho; antecipação de férias e antecipação de feriados – e da MP n. 936 (BRASIL, 2020c) – redução de jornada e salário; e suspensão temporária do contrato de trabalho.

Enquanto os mecanismos viabilizados pela MP n. 927 (BRASIL, 2020b) deixam de ser aplicáveis depois de 19 de julho de 2020, aqueles constantes na MP n. 936 (BRASIL, 2020c) foram reafirmados pela Lei 14.020 (BRASIL, 2020a), o que torna possível a utilização até 31 de dezembro de 2020, vez que o artigo 1º desta lei indica a aplicação durante o estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

A *alteração para o regime de teletrabalho* pode ser comunicada e adotada independentemente da idade dos aprendizes, nos moldes dos artigos 4º e 5º da MP n. 927 (BRASIL, 2020b), e as entidades formadoras podem ministrar atividades teóricas remotamente, desde que a função do aprendiz seja compatível, o estabelecimento cumpridor da cota forneça a estrutura adequada e necessária, o desempenho das atividades seja acompanhado remotamente por instrutor e monitor e sejam observadas as especificidades do contrato, em especial os limites de jornada.

Por sua vez, a *antecipação de férias* pode ser utilizada, mesmo que os aprendizes não tenham completado o período aquisitivo, inclusive na forma de férias coletivas, nos termos do artigo 6º da MP n. 927 (BRASIL, 2020b). Em tais hipóteses, as atividades teóricas e práticas devem ser interrompidas e a entidade formadora imediatamente comunicada. A antecipação de férias limita-se ao período que o aprendiz ainda teria direito até o fim do contrato e pode ser comprovada mediante a apresentação do aviso de férias contendo a ciência do trabalhador e a inserção do respectivo evento no eSocial.

Os empregadores poderão promover a *antecipação de feriados* quanto aos não religiosos (os demais dependem de acordo escrito) federais, estaduais, distritais e municipais, desde que notifiquem, por meio escrito ou eletrônico e com a antecedência mínima de 48 horas, os trabalhadores com idade inferior a 18 anos contemplados.

A seu turno, a *redução proporcional de jornada e salário* pode ser efetuada por acordo individual escrito nos percentuais de 25%, 50% ou 70%, preservado o salário-hora. Durante o período de redução da jornada, o aprendiz terá as atividades readequadas, conforme definido pelo empregador e pela entidade formadora, podendo optar pela execução somente das atividades teóricas ou práticas. Os percentuais de redução de jornada e salário podem ser alterados via negociação coletiva, mas o percentual inferior a 25% afasta o benefício, segundo o artigo 11, § 2º, I, da Lei 14.020 (BRASIL, 2020a).

A medida não pode ser adotada por mais de 180 dias, considerando as prorrogações promovidas pelo Decreto n. 10.422, de 13 de julho de 2020, e Decreto n. 10.470, de 24 de agosto de 2020, e persiste a obrigação de manter integralmente os benefícios concedidos pelo empregador anteriores à redução, tais como vale refeição, plano de saúde, plano odontológico e cesta básica, e o empregador pagará o salário na proporção da nova jornada, facultado o pagamento de ajuda compensatória, conforme consta no artigo 9º, § 1º, da Lei 14.020 (BRASIL, 2020a).

Por fim, a *suspensão temporária do contrato de trabalho* poderá ser adotada por até 180 dias contados da assinatura do acordo. Nesse período, veda-se a exigência de atividades teóricas e práticas, sob pena de descaracterização da medida e do pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período e a aplicação das penalidades previstas na legislação e das sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo, nos moldes do artigo 8º, § 4º, da Lei 14.020 (BRASIL, 2020a).

O empregador que tiver auferido receita bruta superior a R\$ 4,8 milhões em 2019 precisa arcar com a ajuda compensatória mensal de 30% do salário. O trabalhador fará jus aos benefícios concedidos pelo empregador anteriores à suspensão, exceto o vale transporte, pois não haverá deslocamento para o trabalho. Porém, a contagem do período para fins previdenciários depende do recolhimento na qualidade de segurado facultativo, regra aparentemente incompatível com o caráter protetivo dessa espécie contratual.

Tanto a redução proporcional de salário e jornada como a suspensão contratual geram garantia provisória de emprego, segundo a redação do artigo 10 da Lei 14.020 (BRASIL, 2020a), o que pode ocasionar a prorrogação do contrato. Em todo caso, necessita-se ao menos de acordo individual por escrito entre empregador e aprendiz, sendo a minuta encaminhada ao empregado com antecedência mínima de dois dias corridos para análise. Além disso, necessita-se de comunicação à entidade formadora e à entidade sindical profissional. Para viabilização do acesso ao benefício, o empregador ainda precisa

comunicar a decisão ao Ministério da Economia, por meio da plataforma Empregador Web.

Em termos gerais, as medidas elencadas convergem para o intuito de preservação do emprego. Quando se trata de contratos de aprendizagem, as hipóteses de rescisão antecipada devem ser interpretadas de modo restritivo, especialmente porque tais garantias não foram atingidas pelas normas provisórias editadas. Sendo assim, os rompimentos contratuais antecipados dependerão da ocorrência de algum dos motivos previstos no artigo 433 da CLT (BRASIL, 1943), do encerramento definitivo das atividades do estabelecimento ou da rescisão indireta.

Enfim, os contratos cuja data de término recaia durante o período da pandemia podem ser rescindidos normalmente na data originalmente prevista, devendo a entidade formadora emitir o certificado de conclusão do programa referentes aos módulos concluídos. Logo, assegura-se a prorrogação do contrato para respeito à garantia provisória no emprego aos aprendizes atingidos pela adoção das medidas de redução proporcional de jornada e salário ou de suspensão temporária do contrato.

As restrições do período da pandemia não afastam, porém, a exigência de atendimento à cota de aprendizes, nos casos de encerramento de contrato ou aumento do quadro funcional que signifique a manutenção de aprendizes em quantitativo inferior ao devido, especialmente considerando que as novas contratações podem ocorrer por meio de entidades qualificadoras que ofertarem a formação teórica remota, no modelo de ensino à distância (EAD).

O Ministério Público do Trabalho – MPT (2020a, 2020b) ressalta que o artigo 3º, “a”, da Convenção 182 da OIT considera dentre as piores formas de trabalho infantil qualquer atividade que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que é executada, seja suscetível de prejudicar sua saúde, segurança e moral. No caso da COVID-19, os riscos são reconhecidos pela OMS e os sintomas podem levar ao óbito. Ademais, não há pesquisas consistentes acerca dos

efeitos da doença e de eventuais impactos futuros na saúde dos seres humanos.

Adolescentes aparentemente saudáveis podem padecer de doenças crônicas e comorbidades desconhecidas, as quais podem torná-los mais suscetíveis às complicações, situação agravada pela recorrente condição de vulnerabilidade socioeconômica dentro do público atendido. Logo, com amparo no princípio da precaução, que visa a impedir o risco de perigo abstrato de afetação da saúde, deve-se evitar a exposição de adolescentes a riscos de contaminação, no ambiente e no deslocamento para o trabalho.

Como a circulação nos meios de transporte e a convivência no mesmo ambiente facilitam a propagação do vírus, necessita-se do afastamento da formação teórica e prática de aprendizes, estagiários e trabalhadores adolescentes que demande presença física, na forma do artigo 2º do ECA (BRASIL, 1990), obrigação reforçada no estágio (Lei 11.788/2008) e na aprendizagem, pois são relações especiais de trabalho nas quais o caráter protetivo e pedagógico prepondera sobre o produtivo.

O órgão expressa que a pandemia caracteriza situação excepcional e motivo de força maior, e demanda a interrupção da prestação de serviços sem redução ou suspensão do pagamento da remuneração dos aprendizes e da bolsa de estágio, com base no princípio da proteção integral e na aplicação analógica do artigo 6º, § 3º, da Lei 8.213 (BRASIL, 1991).

Em síntese, a instituição defende como prioridade a interrupção das atividades laborais presenciais dos adolescentes empregados, estagiários e aprendizes, garantida a percepção da remuneração contratual. Como alternativa, indica o trabalho remoto ou teletrabalho e a concessão ou antecipação de férias individuais ou coletivas. Além disso, entende que a suspensão do contrato de trabalho e a redução proporcional da jornada de trabalho e salário são medidas excepcionais, que podem ser adotadas pela empresa *para os aprendizes com mais de dezoito anos de idade*, caso não seja possível a adoção das medidas menos restritivas.

Não obstante corresponda a uma espécie de contrato por prazo determinado, a excepcionalidade do período admite que o empregador, com anuência da entidade formadora, celebre termo aditivo, prorrogando-se a data de término do contrato de aprendizagem, para repor a carga horária teórica ou prática não executada durante o período da pandemia. Todavia, o MPT ressalta que são nulos de pleno direito os atos praticados pelos empregadores com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos nas normas que regem as relações de trabalho, tal como a rescisão do contrato fora das hipóteses legais e a simulação da redução de jornada e da suspensão de contrato.

No âmbito da Justiça do Trabalho, há decisão judicial no âmbito da Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em sede de Mandado de Segurança Cível 0000747-75.2020.5.09.0000, impetrado pelo MPT contra ato praticado pelo juiz da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba que, nos autos de Ação Civil Pública 0000310-21.2020.5.09.0651, rejeitou o pedido de tutela de urgência consistente na interrupção da prestação de serviços presenciais por adolescentes aprendizes em supermercado. Entendeu-se que os adolescentes não pertencem ao grupo de risco e que a empresa adota medidas para evitar o contágio, mantendo-se em funcionamento por ser atividade essencial. Expressou-se, ainda, que o labor dos aprendizes transcende o caráter pedagógico e insere-se na dinâmica empresarial.

Por sua vez, a decisão de segundo grau reconheceu que, dentro dos estabelecimentos autorizados a funcionar, há serviços não essenciais cuja prática presencial deve ser dispensada e que o trabalho desenvolvido pelos aprendizes não pode ser qualificado como essencial, por ser um contrato especial que assegura a formação técnico-profissional metódica e não pode substituir a mão de obra comum. Protege-se o adolescente, tendo a legislação proibido o labor em atividades insalubres, perigosas, em horário noturno, segundo preveem os artigos 424 e 428 da CLT (BRASIL, 1943). Ademais, esse

público não compõe o grupo de risco, mas não é imune e transmite o vírus.

Considerando tais diretrizes, o deferimento da liminar contemplou a determinação da interrupção imediata das atividades práticas presenciais dos aprendizes menores de dezoito anos de idade, sem prejuízo da remuneração integral, enquanto perdurarem as medidas e recomendações de isolamento ou distanciamento social emanadas pelas autoridades e órgãos competentes, bem como a vedação da rescisão dos contratos de aprendizagem, salvo nas hipóteses legais. Quanto aos aprendizes em atividade administrativa, o empregador pode optar pelo trabalho remoto, arcando com os custos inerentes. A decisão fora integrada para contemplar as medidas permitidas pela MP n. 936 (BRASIL, 2020c) e reafirmadas pela Lei 14.020 (BRASIL, 2020a).

## **5 ALTERNATIVAS DE PRESERVAÇÃO DO TRABALHO DO ADOLESCENTE**

Diante das manifestações da fiscalização laboral, do órgão ministerial e da magistratura trabalhista, nota-se a defesa do padrão protetivo inerente ao contrato de aprendizagem como espécie peculiar de emprego, no qual o interesse pela qualificação prepondera sobre o aspecto produtivo.

As condutas estipuladas encontram-se coerentes, mas algumas observações são necessárias. Compreende-se que as alternativas se alinham à proteção dos empregos em geral e, de modo específico, contribuem para a manutenção dos contratos de aprendizagem. São medidas passíveis de utilização pelos empregadores para superação do momento de dificuldade ocasionado pela pandemia, com impactos presentes e futuros, que agregam proteção diferenciada aos aprendizes, sejam adolescentes ou jovens, por alguns motivos.

Primeiramente, a suspensão contratual combinada com o ajuste do calendário do programa de aprendizagem pode permitir ao

aprendiz a redução dos prejuízos em termos de formação profissional prática e teórica, em patamar superior à experimentada pela simples interrupção do contrato com a continuidade do pagamento integral da remuneração no período em que vigorar a restrição de aglomerações, nos casos em que o teletrabalho não for cabível.

Por sua vez, a suspensão contratual e a redução proporcional de jornada e salário apresentam vantagens para além da garantia de emprego. Quanto à remuneração, o cálculo beneficia uma expressiva quantidade dos contratos de aprendizagem, pois o benefício emergencial será calculado sobre a base mensal do salário-mínimo nacional, tal como esclarecem o artigo 6º da Lei n. 14.020 (BRASIL, 2020a) e o artigo 5º da Portaria 10.486 (BRASIL, 2020d), da Secretaria de Trabalho. Com efeito, trata-se de montante superior ao padrão remuneratório médio dos aprendizes em jornadas de quatro a seis horas diárias.

Na prática, a suspensão gera ao adolescente ou jovem que percebe meio salário-mínimo mensal – pagamento proporcional à jornada de quatro horas diárias – o acréscimo monetário de 70% a 100%, somando-se a participação do empregador – quando exigível –, com o benefício pago pela União. Sob as mesmas balizas, adotada a redução proporcional de jornada e salário de 25%, 50% ou 70%, ao conjunto remuneratório desse mesmo aprendiz haveria acréscimo salarial em percentual idêntico à redução, ou seja, não obstante a participação do empregador em termos salariais seja diminuído, o benefício emergencial devido pela União corresponde ao dobro da perda salarial experimentada no período.

As medidas em questão são excepcionais e temporárias, e eventual prejuízo momentâneo à formação do aprendiz compensa-se pelas garantias que delas advêm e pela possibilidade de tais estratégias viabilizarem a continuidade das atividades desempenhadas pelos empregadores e, por consequência, o prosseguimento dos contratos de aprendizagem com o máximo de aproveitamento possível por parte do

adolescente ou do jovem, com vistas à eventual conversão do liame em contratação por prazo de indeterminado.

Entende-se que as alternativas aplicáveis aos contratos de aprendizagem alinham-se aos objetivos do trabalho digno, nos moldes estabelecidos pela OIT, notadamente quanto à existência do emprego e políticas de sustentação, à regulamentação dos direitos laborais e à proteção social como extensão da condição da ética no trabalho. Todavia, nos trilhos das últimas alterações substanciais na legislação laboral, falha no tocante ao diálogo social, prejudicado quanto ao afastamento da negociação coletiva na adoção de medidas restritivas de direitos laborais, não obstante preceito constitucional exposto.

O cenário da pandemia contraria a afirmação de que se mostra excessivo o caráter protetivo do Direito Trabalho, especialmente quando se mantém regras contrárias à literalidade do texto constitucional, como ocorre quanto ao afastamento da negociação coletiva. A flexibilização não resolve ou atenua problemas econômicos ou de desemprego. Ao contrário, transfere os riscos do empreendimento aos empregados, comportamento incoerente com a interpretação sistemática da Constituição, que confere aos direitos sociais previstos no artigo 7º a hierarquia de cláusula pétrea.

A discrepância entre a condição individual do empregado em relação à composição organizada do empregador, que orienta o princípio laboral da proteção, indica a falta de condições concretas para a negociação individual, especialmente dentro de um panorama contrário à resistência obreira, na linha do que defendem Nogueira e Faria (2020). A negociação coletiva e a interveniência sindical obrigatória permitem o reequilíbrio de forças necessário na análise dos termos de eventual redução de jornada e salário ou suspensão contratual, principais medidas para manutenção dos contratos.

Nesse sentido, o fortalecimento da negociação coletiva converte-se em pauta prioritária, notadamente em virtude da ampliação das possibilidades de flexibilização e alegada modernização das relações trabalhistas, que, notadamente a partir da Reforma Trabalhista, agrava o desequilíbrio contratual em benefício da classe

patronal e do sistema produtivo. Sob a justificativa de ganho de produtividade e de competitividade (FERRER; ALVES, 2018), olvida-se o respeito à dignidade da parte hipossuficiente da relação.

As alterações implementadas desafiam a vedação ao retrocesso social, decorrente da leitura do *caput* do artigo 7º do texto constitucional e do artigo 26 da CADH, que vulnerabiliza as relações de trabalho no país, pois distanciam a proteção jurídica necessária ao avanço da perspectiva de cidadania plena (VALENTE; FOGAÇA; SILVA, 2018).

A abordagem genérica adotada pelas normas divulgadas no período da pandemia não contempla os contornos dos contratos de aprendizagem profissional, do estágio e do trabalho de adolescentes. Não há uma normativa específica e adequada a tais realidades, na medida em que os principais instrumentos estudados limitam-se a mencionar que os seus termos alcançam os contratos de aprendizagem profissional – artigo 15 da Lei 14.020 (BRASIL, 2020a) – ou que se permite a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes – artigo 5º da MP n. 927 (BRASIL, 2020b) –, sem que exista um tratamento especialmente dedicado a esses sujeitos de direitos, nesta ou em outras normas que regulam as relações laborais no período da pandemia. A inexistência de instrumentos normativos voltados a tais realidades gera insegurança jurídica e comportamentos não uniformes.

Desse modo, como diretrizes sugeridas para os atos normativos referentes à realização presencial das atividades práticas relativas à aprendizagem profissional e aos adolescentes empregados ou estagiários, sugere-se que as decisões sejam diferenciadas a depender da natureza do vínculo e da idade, situações condensadas em dois grupos.

Quanto os *aprendizes e estagiários com idade superior a dezoito anos*, entende-se que podem exercer a atividade prática de acordo com a liberação de funcionamento por parte das autoridades locais. Por sua vez, no tocante aos *aprendizes, empregados não*

*aprendizes e estagiários com idade inferior a dezoito anos*, defende-se a utilização das estratégias ofertadas pela MP n. 927 (BRASIL, 2020b) – limitadamente ao período de vigência – e pela MP n. 936 (BRASIL, 2020c) – na forma da conversão na Lei 14.020 (BRASIL, 2020a) – ou usufruir de licença remunerada, e serem liberados das atividades práticas enquanto não retomada a normalidade das atividades escolares presenciais, como medida de proteção decorrente do dever objetivo de cuidado exigível do empregador e pela preponderância do caráter de formação sobre o aspecto produtivo.

Especificamente quanto à *aprendizagem profissional*, entende-se que a *formação teórica* deve ser interrompida ou convertida na modalidade à distância, com a garantia de estrutura e acesso por parte dos aprendizes, independentemente da idade, enquanto não houver liberação de retorno presencial por parte das autoridades locais.

Com efeito, além das determinações relativas a tais relações contratuais, a verificação da efetividade e o exercício do poder de polícia administrativa de natureza laboral dependem do necessário preenchimento do quadro da fiscalização do trabalho. Os últimos certames foram lançados em 2003, 2006, 2010 e 2013, período em que se observa a média de um concurso a cada três anos. Desde então, somam-se sete anos sem um novo edital, e os quadros diminuem a cada ano, sem perspectiva de concurso. Em 2018, restavam vagos 1.309 dos 3.640 cargos criados por lei (35,9%), não obstante a necessidade de oito mil auditores para atendimento às diretrizes da Convenção 81 da OIT.

Por fim, revela-se a necessidade de estímulo à aprendizagem profissional como política pública de ingresso no mercado de trabalho, sobretudo no cenário de desemprego elevado, observado nos últimos anos e acentuado na pandemia. No período de 20 a 26 de setembro de 2020, a taxa de desocupação encontrava-se em 14,4% e 15,3 milhões de pessoas não procuraram trabalho por conta da pandemia ou por falta de oferta (IBGE, 2020).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diferentes realidades nas regiões urbanas e rurais do país demandam que o conjunto de atos normativos seja coeso, preocupe-se com a segurança da coletividade e atente às peculiaridades do público a que se destinam, na medida em que envolve a articulação de aspectos socioeconômicos e jurídicos, em um contexto inédito no cenário mundial, em que a pandemia expõe a necessidade de fortalecimento do caráter protetivo do Direito do Trabalho.

Em especial, necessita-se com urgência de marcos legais para a proteção, promoção e adaptação do instituto da aprendizagem, de modo a fortalecer a principal política pública de voltada à facilitação do acesso ao mercado de trabalho. Mostra-se indispensável a divulgação de diretrizes e orientações padronizadas por parte das autoridades competentes, quanto ao momento e a forma adequada de retorno ao trabalho dos aprendizes adolescentes, estagiários e trabalhadores com idade inferior a dezoito anos, servindo de orientação aos governos locais.

Além disso, admitem-se avanços, como a ampliação da destinação de vagas a adolescentes em condições de vulnerabilidade, que atualmente se limita à modalidade alternativa de contratação, constante no artigo 66, § 5º, do Decreto 9.579 (BRASIL, 2018a), quando o empregador não possui estrutura ou as atividades não comportam a manutenção de todos os aprendizes e se permite a assinatura de termo de cooperação para que a parte prática seja desenvolvida em órgão públicos ou entidades sem fins lucrativos, contabilizando-se a cota para o contratante.

Entende-se que a função social do contrato e do trabalho seria mais eficaz se a regra sofresse ampliação, para contemplar toda e qualquer modalidade de contratação. A elaboração de instrumentos normativos nesse sentido pode contribuir para o aprimoramento do instituto, a partir da instituição de benefícios fiscais para estimular a

contratação de adolescentes e jovens em tais condições e da admissão de aprendizes pela administração pública direta, por meio de contratos de prestação de serviços ou convênios com entidades sem fins lucrativos.

Também se vislumbra o fomento da aprendizagem via EAD, notadamente nas localidades com menor quantidade de empresas obrigadas a contratar. A limitação vinculada ao déficit de inclusão digital nas diferentes regiões brasileiras tem motivado a ação integrada entre Secretaria de Inspeção do Trabalho, Defensoria Pública da União, Ministério Público do Trabalho e Agência Nacional de Telecomunicações para a busca soluções para que os empregados aprendizes tenham assegurado o acesso ao conteúdo on-line dos cursos.

A pandemia expõe a dificuldade de acesso aos meios tecnológicos, quadro que exige a promoção de ações interministeriais e interinstitucionais, para propiciar a continuidade dessa importante política pública adequada à nova realidade. As entidades qualificadoras igualmente precisam de estímulo quanto à capacitação periódica e continuada dos profissionais contratados, em virtude das mudanças no processo de profissionalização em tempos de restrição de locomoção e de aglomeração em salas de aula e nos locais de trabalho.

Portanto, consistindo o trabalho na principal forma de inserção social e de concretização da dignidade, justiça social e cidadania, as alterações normativas não devem acarretar a retirada de direitos e o esvaziamento de garantias. Pelo contrário, precisam orientar-se no sentido de evitar a afronta a tais garantias consolidadas e impulsionar melhorias à parte hipossuficiente.

Data de Submissão: 04/07/2020

Data de Aprovação: 15/04/2021

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Stephany Yohanne Rolim Pereira

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Aprendizagem profissional é subutilizada no Brasil, afirmam especialistas**. 19 mar. 2019.

Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/aprendizagem-e-subutilizada-no-brasil-afirmam-especialistas>. Acesso em: 4 jul. 2020.

ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Monica Sapucaia; CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. 50 Anos Do Pacto De São José Da Costa Rica: Reflexões Sobre Justiça Social no Brasil. **Prim@ Facie**. João Pessoa, v. 18, n. 39, p. 01-31, 4 fev. 2020.

BARROS, Alessandra Almeida; ALBUQUERQUE, Larisse Leite. Os impactos jurídicos da COVID-19 no direito do trabalho e as medidas provisórias em tempos de calamidade pública: relativização da dignidade da pessoa humana? In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio (Org.). **COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 243-255, 2020.

BENEDICTO, Marcelo. Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018. **Agência IBGE. Estatísticas Sociais**. 27 abr. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.442, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm). Acesso em: 4. jun. 2020.

BRASIL. Decreto n. 9.579, de 22 de novembro de 2018. **Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o aprendiz e dá outras providências.** 2018a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9579.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9579.htm). Acesso em 14 jun. 2020.

BRASIL. Instrução Normativa n. 146, de 25 de julho de 2018. **Dispõe sobre a fiscalização do cumprimento das normas relativas à aprendizagem profissional.** 2018b. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/34730621/do1-2018-07-31-instrucao-normativa-n-146-de-25-de-julho-de-2018-34730599](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/34730621/do1-2018-07-31-instrucao-normativa-n-146-de-25-de-julho-de-2018-34730599). Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em 4 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública e dá outras providências.** 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm). Acesso em 29 dez. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. **Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e dá outras providências.** 2020b. 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 14 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 1º de abril de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública e dá outras providências.** 2020c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm). Acesso em 25 abr. 2020.

BRASIL. Portaria n. 10.486, de 22 de abril de 2020, da Secretaria de Trabalho. **Edita normas relativas ao processamento e**

**pagamento do Benefício Emergencial de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020.** 2020d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-10.486-de-22-de-abril-de-2020-253754485>. Acesso em 14 jun. 2020.

CAVALLINI, Marta; SILVEIRA, Daniel. Desemprego é o maior em 7 anos em 13 capitais do país, diz IBGE. *G1 - Economia*. 22 fev. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/22/desemprego-cai-em-6-das-27-unidades-da-federacao-no-40-tri.ghtml>. Acesso em 12 mar. 2020.

CLEMENTINO, Josbertini Virginio. **Aprendizagem Profissional: a lei que promove o trabalho descente para juventude e desenvolvimento econômico e social no Brasil.** IPEA, Brasília, v. 55, p. 45-50, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución 1/2020. **Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.** Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 2 abr. 2020.

FERREIRA, Otávio Bruno da Silva; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. O mundo do trabalho em tempos de pandemia no Brasil: o incremento da precarização da força laboral. **Prim@ Facie**, v. 19, n. 42, p. 37-85, 16 out. 2020.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ALVES, Giovanni. Flexibilização trabalhista e o empresariado brasileiro: alguns apontamentos. **Prim@ Facie**. João Pessoa, v. 17, n. 35, p. 77-107, 2018.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. As formas de aprendizagem no Brasil: questões emergentes. In: **Aprendizagem profissional e direitos humanos o direito fundamental dos jovens à profissionalização.** Mariane Josviak, Regina BergamaschiBley e Silvia Cristina Trauczynski (Org.). São Paulo: LTr, p. 15-29, 2017.

Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil – FNPETI. **Mais de 440 mil aprendizes foram contratados em todo o país no ano passado.** 27 mar. 2019. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2019/03/27/mais-de-440-mil-aprendizes-foram-contratados-em-todo-o-pais-no-ano-passado/>. Acesso em 14 jun. 2020.

FUNDAÇÃO DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE DO AMAZONAS – FVS/AM. **Monitoramento da COVID-19 no estado do Amazonas.** Disponível em: <http://www.saude.am.gov.br/painel/corona/>. Acesso em 24 mai. 2020.

GONÇALVES, Ana Lucia de Alencastro. Aprendizagem profissional: trabalho e desenvolvimento social e econômico. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 28, n. 81, p. 191-200, 2014.

GRUBER, Arthur. COVID-19: o que se sabe sobre a origem da doença. **Jornal da USP**. 14 abr. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em 12 mai. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Nota Técnica nº 4. **A necessidade de auditores fiscais do Trabalho no Brasil: uma análise contemplando o grau de descumprimento da legislação trabalhista**. Jul. 2012.

Disponível em:

[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/120731\\_nt\\_04\\_disoc.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/120731_nt_04_disoc.pdf). Acesso em 31 mai. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho**. Disponível em:

<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em 29 dez. 2020.

MATTOS, Fernando Augusto Mansor de; CHAGAS, Gleison José do Nascimento. Desafios para a inclusão digital no Brasil. **Perspectivas em Ciência da Informação**. Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 67-94, abr. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Procuradoria-Geral do Trabalho e Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente. Nota Técnica Conjunta 05 de 2020. 18 mar. 2020. **Dispõe sobre a defesa da saúde dos trabalhadores, empregados, aprendizes e estagiários**.

Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica\\_adolescentes.pdf](https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica_adolescentes.pdf). Acesso em 7 mai. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Procuradoria-Geral do Trabalho e Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente. Nota Técnica Conjunta 10 de 2020. 26 abr. 2020. **Dispõe sobre empregados e aprendizes no contexto da MP 936 de 2020**. Disponível em:

[https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica\\_n-10-20\\_coordinancia-1.pdf](https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica_n-10-20_coordinancia-1.pdf). Acesso em 7 mai. 2020.

MÜHLEMANN, Samuel; WOLTER, Stefan. Return on investment of apprenticeship systems for enterprises: Evidence from costbenefit analyses. In: **IZA Journal of Labor Policy**, n. 3, 2014. Disponível em: <http://www.izajolp.com/content/3/1/25>. Acesso em 11 mar. 2020.

NASCIMENTO, Laura Fernanda Melo; CORREA, Igo Zany Nunes; FERREIRA, Adriano Fernandes. Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu duplo papel paradigmático na evolução da justiciabilidade de direitos sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**Prim@ Facie**, v. 18, n. 39, p. 01-31, 30 jan. 2020.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; FARIA, Fernanda Nigri.

Direito do trabalho em tempos de pandemia de COVID-19. In:

MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio

(Org.). **COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos.**

São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 226-242, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus) – versión 2.1.**

29. mai. 2020. Disponível em:

[https://www.ilo.org/global/standards/WCMS\\_739939/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739939/lang-es/index.htm). Acesso em 31 mai. 2020.

PAIXÃO, Tamiris Vilas Bôas da; SCHAEFER, Matheus Karl Schmidt.

COVID-19 e teletrabalho: uma análise dos tempos de trabalho e de

não trabalho. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JÚNIOR,

Marco Aurélio (Org.). **COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos.** São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 278-298, 2020.

QUEIROZ, Daiane; GOMES, Ana Carolina Neiva Gondim Ferreira;

TASSIGNY, Mônica Mota. Aulas remotas e ensino a distância no

período pós-pandemia: um olhar sobre o ensino jurídico pela

perspectiva dos universitários em fortaleza. **Prim@ Facie**, v. 19, n.

42, p. 402-429, 16 set. 2020.

SOUZA JUNIOR, Antonio Humberto de et.al. **Medida Provisória**

**n. 927/2020:** comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2020.

UCHÔA, Sílvia Beatriz Beger. UCHÔA, Bruno Beger. Coronavírus

(COVID-19) – Um Exame Constitucional e Ético das Medidas

Previstas na Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Cadernos de**

**Prospecção.** Salvador, v. 13, n. 2, Edição Especial, p. 441-458,

2020.

VALENTE, Nara Luiza; FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; SILVA, Silmara

Carneiro e. A reforma trabalhista brasileira e retrocessos na garantia

de direitos fundamentais do trabalhador. **Prim@ Facie**, v. 17, n. 35,

p. 01-32, 25 set. 2018.

VELOSO, José Rodrigo Paprotzki. Aprendizagem Profissional e o

poder público municipal: proposta de maior eficácia à política

pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v. 9,

n. 1, p. 206-227, 2019.

## Preservation Of Professional Learning Contracts In Times Of Pandemic By Covid-19

Emerson Victor Hugo Costa de Sá

Anderson Lincoln Vital da Silva

Valena Jacob Chaves Mesquita

**Abstract:** The paper analyzes the strategies for maintaining professional learning contracts in times of pandemic by COVID-19. Main public policy focused on the first job, the institute provides opportunities for methodical technical and professional training for adolescents and young people, in addition to being a strategy for the eradication of child labor. The public health crisis scenario, resulting from the new Coronavirus, generated recognition of the state of public calamity in March 2020, which caused instability in legal relations and the need for regulatory adaptation. In this context, the applicability of the legal instruments instituted during the health crisis arising from COVID-19 is analyzed, with special emphasis on the hermeneutic analysis of Provisional Measure 927, whose effects ceased with its expiry, and Law n. 14,020, of July 6, 2020, as a result of the conversion of Provisional Measure n. 936, notably regarding the preservation of the adolescent's work in the face of this new reality, through professional learning and qualification in times of pandemic. The research uses the method of inductive approach and presents itself as exploratory as to the objectives, of a qualitative nature and based on bibliographic and documentary procedures. It is concluded that the learning contracts were adjusted to make continuity feasible, but there is a need for more precise regulatory frameworks and attentive to the specificities of the institute, especially regarding the adolescent and the socially vulnerable public.

**Keywords:** COVID-19. Professional learning. Public policy.

**DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.53789>**

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



# Autocomposição De Conflitos Em Tempos De Pandemia: A Crise Como Agente Catalisador De Uma Mudança De Paradigma

Fabiana Marion Spengler \*

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-9477-5445>

Márcio Dutra da Costa \*\*

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0003-1502-688X>

**Resumo:** O presente artigo possui como campo de estudo a autocomposição de conflitos durante a pandemia de COVID-19. O objetivo é averiguar se o incremento da utilização dos métodos autocompositivos – decorrente da sobrecarga imposta ao Poder Judiciário pelo aumento da quantidade de lides – pode vir a contribuir para uma alteração do paradigma jurídico de tratamento de conflitos no Brasil, superando o tradicional modelo adversarial e fomentando a consensualidade como alicerce de uma cultura de efetiva pacificação social. O problema de pesquisa corresponde à seguinte indagação: a crise decorrente da pandemia de COVID-19 pode acelerar a marcha de uma mudança de paradigma no tratamento de conflitos no País? O método de abordagem adotado é o dedutivo, e o método de procedimento utilizado é o monográfico. A hipótese responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo. A conclusão é a de que a crise decorrente do aumento do número de litígios e da morosidade judicial gera uma crescente utilização dos métodos autocompositivos e, por via de consequência, pode vir a contribuir para uma transformação no paradigma jurídico da abordagem de conflitos.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Conciliação. Mediação. Métodos alternativos de tratamento de conflitos. Pandemia.

\* Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália. Doutora em Direito pela UNISINOS. Docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC. E-mail: [fabiana@unisc.br](mailto:fabiana@unisc.br)

\*\* Doutorando e Mestre em Direito pela UNISC. E-mail: [marciode@hotmail.com](mailto:marciode@hotmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54234>

# **Autocomposição De Conflitos Em Tempos De Pandemia: A Crise Como Agente Catalisador De Uma Mudança De Paradigma**

Fabiana Marion Spengler<sup>1</sup>

Márcio Dutra da Costa

## **1 INTRODUÇÃO**

O conflito é um fenômeno inerente à vida em sociedade, sendo produto da natural competição estabelecida entre indivíduos que se encontram em busca de objetivos similares. Entretanto, quando o conflito excede o espírito meramente competitivo e exsurge o propósito de infligir dano a outrem, há a necessidade de promover seu adequado tratamento, a fim de prevenir atos de violência que possam vir a esgarçar o frágil tecido social.

Historicamente, o método de tratamento de conflitos mais utilizado no Brasil é a jurisdição. Contudo, o Poder Judiciário (e seu tradicional paradigma adversarial, em que as partes se colocam em posição de patente antagonismo uma em relação à outra) atravessa uma crise no País, devido à sobrecarga processual que lhe é imposta.

Desde 2004, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga anualmente o relatório intitulado “Justiça em Números”, o qual contém os indicadores quantitativos necessários para aferir o grau de litigiosidade no sistema judiciário brasileiro. Conforme o último

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (Pq2) do CNPq.

relatório disponível (publicado em 2019), o Poder Judiciário encerrou o ano-base de 2018 com 78,7 milhões de processos pendentes de julgamento.

No ano de 2020, a pandemia de COVID-19 – moléstia infecciosa causada pelo vírus SARS-CoV-2, mais conhecido como “o novo coronavírus” – impôs drásticas mudanças à sociedade, decorrentes das medidas de isolamento social preconizadas para achatá-la a curva de crescimento dos casos de indivíduos contaminados e evitar o colapso dos serviços de saúde, incapazes de atender a um quantitativo exorbitante de pacientes simultaneamente. De uma hora para outra, estabelecimentos dos ramos da indústria, do comércio e de serviços foram obrigados a reduzir ou até mesmo suspender suas atividades, com deletérias consequências sobre o cumprimento dos encargos tributários e trabalhistas, bem como de outras obrigações contratuais (avencadas com fornecedores e clientes, por exemplo). Companhias aéreas, hotéis e agências de viagens depararam com inúmeras solicitações de cancelamento de serviços programados com bastante antecedência, sem que seu fluxo de caixa fosse suficiente para restituir aos consumidores o valor previamente pago. Locatários de imóveis residenciais e comerciais tiveram sua fonte de renda abruptamente reduzida ou cessada, o que compeliu os locadores à renegociação de contratos como forma de tentar minimizar os impactos da inadimplência generalizada.

No âmbito do Poder Judiciário, com o intuito de reduzir o risco de contágio, tribunais suspenderam temporariamente o atendimento presencial de partes e advogados, estabeleceram o regime de plantão extraordinário e instituíram o trabalho remoto para magistrados, servidores e estagiários. Por meio da Portaria nº 313, de 19 de março de 2020, o CNJ disciplinou tais medidas, com o escopo de uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários no País.

Essa inusual situação – que muitos denominam de “novo normal”, e cujos impactos só poderão ser devidamente avaliados após a superação da pandemia e o distanciamento histórico imposto pelo

transcurso do tempo – traz consigo não apenas a natural resistência do ser humano à mudança, mas também uma crescente gama de conflitos decorrentes do desequilíbrio do padrão ao qual a sociedade se habituara.

Se a cultura adversarial – predominante no imaginário dos operadores do Direito desde a sua formação nos bancos universitários – se mantiver inalterada, o Poder Judiciário nacional poderá chegar a uma situação de colapso, com uma taxa de congestionamento (indicador que aponta o percentual de processos que permanecem pendentes de solução ao final do ano-base, em relação aos feitos que tramitaram) extremamente elevada.

Diante desse desolador quadro que se apresenta aos cidadãos para a concretização do direito fundamental de acesso à justiça (o qual não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário), vem adquirindo relevância a utilização de métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, tais como a mediação e a conciliação.

A cibercultura e a sociedade em rede transformaram significativamente a humanidade, e a evolução das ferramentas de tecnologia e comunicação levou ao desenvolvimento de métodos eletrônicos de tratamento de conflitos. Em maio de 2016, o CNJ lançou o Sistema de Mediação Digital, com o objetivo de permitir a celebração de acordos, de forma virtual, entre partes do processo que estejam fisicamente distantes uma da outra, com foco nas execuções fiscais e nos conflitos envolvendo seguros e demais relações de consumo. Outrossim, câmaras privadas de conciliação e mediação aproveitaram o período da pandemia para oferecer ao público serviços *on line* de tratamento de conflitos, difundindo uma forma mais segura de interação, sem os riscos à saúde que o contato presencial implica.

A partir desse contexto, a indagação que se pretende responder no presente artigo é: a crise decorrente da pandemia de COVID-19 pode acelerar a marcha de uma mudança de paradigma no tratamento de conflitos no País? A hipótese principal responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo.

O objetivo desta pesquisa é averiguar se o aumento da utilização dos métodos autocompositivos – decorrente da sobrecarga imposta ao Poder Judiciário pelo incremento da quantidade de lides – pode vir a contribuir para uma alteração do paradigma jurídico de tratamento de conflitos no Brasil, superando o tradicional modelo adversarial e fomentando a consensualidade como alicerce de uma cultura de efetiva pacificação social.

O método de abordagem é o dedutivo, o qual parte da relação entre argumentos gerais – denominados premissas – e argumentos particulares, até chegar à conclusão. O método de procedimento utilizado é o monográfico, a partir da leitura de fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa.

No desenvolvimento do artigo, a primeira seção aborda aspectos gerais atinentes ao conflito, sob o viés sociológico. Analisam-se o acesso à justiça e a crise imposta ao Poder Judiciário brasileiro em decorrência da sobrecarga de processos, bem como os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, enfatizando-se a conciliação e a mediação.

Na segunda seção, estuda-se o tratamento de conflitos por meios eletrônicos (também conhecido como *online dispute resolution*), resultado da influência da cibercultura sobre o âmbito jurídico.

Por fim, a terceira seção do desenvolvimento do artigo analisa o aumento do número de conflitos em decorrência da pandemia, a autocomposição digital e a influência da pandemia de COVID-19 sobre a mudança do paradigma do tratamento de conflitos.

## **2 O CONFLITO E OS MÉTODOS CONVENCIONAIS PARA SEU TRATAMENTO**

A presente seção inicia com a análise de aspectos gerais atinentes ao conflito, em particular sob um enfoque sociológico do instituto. Em seguida, serão abordados o acesso à justiça e a crise que assola o Poder Judiciário nacional. Após, tratar-se-á dos métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, com ênfase na mediação e na conciliação.

## 2.1 Considerações sobre o conflito

“Nenhuma sociedade está livre de conflitos”. A assertiva de Chase (2014, p. 19) decorre do contraste verificado na distribuição das denominadas “chances de vida” entre os cidadãos. Não há sociedade em que os indivíduos tenham as mesmas prerrogativas e gozem dos mesmos provimentos, nem tampouco em que todos os homens possuam o mesmo *status*. Provavelmente, essa condição sequer seria exequível (DAHRENDORF, 1992, p. 40).

A relevância sociológica do conflito (*Kampf*) é axiomática, sendo considerado uma forma de sociação<sup>2</sup> que exsurge de “fatores de dissociação”, tais como o ódio, a inveja, a necessidade e o desejo. Fadado a resolver dualismos divergentes, o conflito constitui uma maneira de obter algum tipo de unidade, ainda que à custa da aniquilação de uma das partes (SIMMEL, 1983, p. 122).

A exemplo do universo – que necessita de “amor e ódio”, isto é, de forças de atração e repulsão para possuir uma forma –, a sociedade, para obter uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Tais divergências não são

---

<sup>2</sup> Não obstante os tradutores para o português da obra de Simmel terem utilizado o vocábulo “sociação” para se referirem ao vocábulo alemão *Vergesellschaftung*, Spengler (2016, p. 575) registra que essa tradução nem sempre pode ser considerada satisfatória, porquanto a palavra possui o sentido de “processo de socialização”; assim, “socialização” parece ser uma tradução mais adequada para *Vergesellschaftung*.

simples deficiências sociológicas ou exemplos negativos, como uma concepção superficial poderia supor; a sociedade, da maneira como a conhecemos, é produto de categorias de interação, que se manifestam como sendo algo inteiramente positivo (SIMMEL, 1983, p. 124).

No âmbito jurídico, Silva (2009, p. 344) registra que o conflito possui “o sentido de *entrechoque* de ideias ou de interesses, em virtude do que se forma o *embate* ou a *divergência* entre fatos, coisas ou pessoas” (destaques no original).

No conceito de conflito, há alguns elementos que não podem passar despercebidos:

*Conflict in broader terms means every confrontation of non-adjusted elements. That is a confrontation of discrepancy or disharmony (sic). It is the state of any system that is not functioning optimally due to disharmony. At the same time it is a state that demands a response and calls for change. **Conflict can represent a threat, and at the same time an opportunity for development in individuals, relationships and the community.** However, it is the participants who use it for progress or destruction.*<sup>3</sup> (IRŠIČ, 2018, p. 72, grifos no original).

Nessa senda, não há que se reputar o conflito como um elemento anormal ou disfuncional; ele é um fato da vida, que se manifesta quando os indivíduos estão competindo visando à consecução de seus objetivos. Todavia, se o conflito desbordar do comportamento competitivo e rumar ao propósito de infligir dano físico ou psicológico a outrem, exsurge a inevitabilidade do seu adequado tratamento (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 220).

Na subseção seguinte, far-se-ão apontamentos sobre o acesso à justiça e o método de tratamento judicial de conflitos, enfatizando-

---

<sup>3</sup> “Conflito, em termos mais amplos, significa todo confronto de elementos não ajustados. Isso é um confronto de discrepância ou desarmonia. É o estado de qualquer sistema que não está funcionando de maneira ideal devido à desarmonia. Ao mesmo tempo, é um estado que exige uma resposta e pede mudanças. **O conflito pode representar uma ameaça e, ao mesmo tempo, uma oportunidade para o desenvolvimento de indivíduos, de relacionamentos e da comunidade.** No entanto, são os participantes que o usam para o progresso ou a destruição.” (IRŠIČ, 2018, p. 72, tradução nossa, grifos no original).

se a sobrecarga que acomete o Poder Judiciário brasileiro na atualidade.

## **2.2 O acesso à justiça e o tratamento judicial de conflitos: um sistema sobrecarregado**

Cappelletti e Garth (1988, p. 8) consignam que, conquanto a expressão do direito fundamental de “acesso à Justiça<sup>4</sup>” seja de difícil definição, ela determina dois objetivos elementares do sistema jurídico: a acessibilidade de tal sistema a todos os indivíduos, e a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.

Em linhas gerais, a efetividade do direito fundamental de acesso à justiça<sup>5</sup> depara com obstáculos que podem ser divididos em três grandes grupos: a) as custas judiciais (que abrangem os honorários advocatícios – considerados a mais relevante despesa para os litigantes – e o tempo, cujo inexorável decurso aumenta a pressão sobre os hipossuficientes, compelindo-os a desistirem da ação ou aceitarem um acordo em montante muito inferior àquele que lhes seria devido); b) as possibilidades das partes (o que engloba seus recursos financeiros e sua aptidão para reconhecer um direito e litigar em juízo, bem como a desigualdade nas lides que confrontam os denominados “litigantes habituais” e os “litigantes eventuais”); c) os problemas especiais dos interesses difusos (cujo problema básico reside na legitimidade ativa para buscar sua reparação após terem sido violados). Essas barreiras possuem um padrão: são mais pronunciadas para as pequenas causas e para os autores individuais (principalmente os pobres), favorecendo os “litigantes organizacionais”, que fazem uso

---

<sup>4</sup> Na tradução da obra da língua inglesa para a portuguesa, o último termo desta expressão varia, ora sendo grafado com a inicial maiúscula (como na presente citação), ora com a inicial minúscula (como na seguinte).

<sup>5</sup> *Vide nota supra.*

do sistema judicial para proteger seus interesses (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-28).

No Brasil, o sistema de tratamento judicial de conflitos se encontra em crise. A sobrecarga imposta pela sociedade ao Poder Judiciário pode ser mensurada por meio da análise do relatório “Justiça em Números”, publicado anualmente pelo CNJ desde 2004. Na última edição, divulgada em 2019 e referente ao ano-base de 2018, havia 78,7 milhões de processos aguardando uma solução definitiva. Os noventa tribunais brasileiros receberam 28,1 milhões de processos e finalizaram 31,9 milhões de casos (o maior quantitativo de feitos encerrados da série histórica). O tempo médio para a prolação de uma sentença foi de 2 anos e 2 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 79 e 151).

Essa plethora de processos conduz a uma espécie de “estrangulamento” do sistema, incapaz de dar vazão à insuperável demanda que lhe é submetida, malgrado o empenho de magistrados, servidores e estagiários. A lentidão que decorre do excesso de ações conduz a uma crescente descrença da sociedade brasileira no serviço público judiciário, ratificando o asseverado por Rui Barbosa há quase um século, em 1921, no seu célebre discurso intitulado “Oração aos Moços”: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade” (BARBOSA, 1997, p. 40).

Contudo, o direito fundamental de acesso à justiça não se exaure no mero acesso à jurisdição. Considerando que o Poder Judiciário (e seu tradicional paradigma adversarial) vem se mostrando incapaz de responder aos conflitos de forma célere e adequada, o sistema entrou em crise. Tal fato provocou, além da já referida descrença dos usuários, a emergência de paradigmas alternativos ou complementares, aptos a fornecer uma resposta adequada aos cidadãos (SPENGLER; SPENGLER, 2018, p. 105).

Assim, avulta a relevância dos métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, cuja abordagem será efetuada na seguinte subseção.

### **2.3 Os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos**

Arlé (2016, p. 134-144) consigna que os métodos de tratamento dos conflitos podem ser divididos em dois grupos principais: os autocompositivos e os heterocompositivos. No primeiro grupo, o tratamento do conflito decorre de uma decisão tomada pelos próprios atores envolvidos (como exemplos, é possível citar a autotutela ou autodefesa, a conciliação, a evitação, a facilitação, a mediação e a negociação). Por sua vez, no segundo grupo, o tratamento do conflito é feito por meio de uma decisão tomada por um terceiro (como exemplos, há a arbitragem e a jurisdição).

Ademais, é possível classificar os métodos de tratamento dos conflitos em adversariais e não adversariais. Nos primeiros, os conflitantes se enfrentam, e a vitória de um pressupõe a derrota do outro (são exemplos a arbitragem, a autotutela e a jurisdição). Por sua vez, nos segundos, os atores do conflito não chegam a se enfrentar como antagonistas, e sim almejam um resultado em que todos possam sair ganhando. Pode-se exemplificar com a conciliação, a evitação, a facilitação, a mediação e a negociação (ARLÉ, 2016, p. 134-144).

Há evidentes vantagens quando o litígio não é levado à cognição judicial: evita-se o acesso a tribunais sobrecarregados e se economiza o pagamento de despesas processuais extremamente elevadas. Outrossim, as decisões construídas pelas próprias partes envolvidas costumam ser aceitas com mais facilidade do que decretos judiciais unilaterais, possibilitando ainda que “as causas mais profundas de um

litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 83-84).

Na mesma linha, Cortés (2011, p. 57) aduz: “[...] *when parties voluntarily agree upon a decision there is a better chance of voluntary compliance than when the decision is imposed by a judge, since in the latter case one party will often feel unsatisfied with the decision*”<sup>6</sup>.

Em 29 de novembro de 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A instituição dessa política pública, além de criar um relevante “filtro da litigiosidade”, pretende fomentar o surgimento de uma “nova cultura” de solução negociada e amigável dos conflitos (não apenas entre os profissionais da área jurídica, mas também entre os próprios jurisdicionados). Tal mudança deverá se refletir em uma maior coesão social e provocar alterações no conteúdo e na orientação do ensino universitário do Direito, o qual “passará a formar profissionais com visão mais ampla e social, com plena consciência de que lhes cabe atuar muito mais na orientação, pacificação, prevenção e composição amigável do que na solução contenciosa dos conflitos de interesses” (WATANABE, 2011, p. 6).

Confirmando o que havia sido vaticinado por Watanabe, o Ministério da Educação editou, em 14 de dezembro de 2018, a Portaria nº 1.351, a qual homologou o Parecer CNE/CES nº 635/2018 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, que institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito. A partir de então, os acadêmicos que ingressam em tal curso devem necessariamente cursar uma disciplina de mediação, conciliação e arbitragem.

---

<sup>6</sup> “[...] quando as partes concordam voluntariamente com uma decisão, há uma chance maior de cumprimento voluntário do que quando a decisão é imposta por um juiz, uma vez que, no último caso, uma parte geralmente se sente insatisfeita com a decisão” (CORTÉS, 2011, p. 57, tradução nossa).

Inspirado pelo mesmo ideário, o legislador brasileiro fomentou a utilização da autocomposição em 2015, mais precisamente no art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC): “[...] a legislação traz um novo paradigma para a solução de conflitos no país, visto que a mediação, tratada como meio consensual de resolução de litígios, passa a ser estimulada e não mais considerada como mero meio alternativo de solução de divergências” (SALES; ANDRADE, 2017, p. 7).

Dentre os métodos complementares, autocompositivos e não adversariais de tratamento de conflitos, merecem realce a conciliação e a mediação.

No Portal da Conciliação (instituído em cumprimento do disposto no art. 15 da Resolução nº 125/2010), o CNJ define a conciliação como “um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de acordo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

A mediação foi conceituada pelo legislador brasileiro como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015). “A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo” (SALES, 2016, p. 3).

No que concerne ao escopo do método, convém ressaltar o sentido da mediação e o papel do mediador:

*La mediación es una institución orientada a garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial; o, dicho en otras palabras, es una institución orientada a*

---

<sup>7</sup> Art. 3º. [...] § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015).

*suplir los déficits de racionalidad de las partes que les impiden debatir correctamente las posibilidades de alcanzar un acuerdo. El buen mediador no es, en realidad, un mero partidario de los acuerdos; no es alguien que cree que un mal acuerdo es mejor que un no-acuerdo. El papel del mediador consiste en ayudar a debatir de manera solvente las posibilidades de alcanzar un acuerdo como forma de resolver el problema en el que dos o más sujetos se hallan involucrados. Un mediador fracasa no cuando las partes no alcanzan un acuerdo, sino cuando no consigue que las partes debatan de manera satisfactoria las posibilidades de una solución acordada.* (REGLA, 2015, p. 105)<sup>8</sup>.

No Brasil, a importação dos modelos teóricos de mediação se deu sem o necessário rigor técnico, circunstância esta que, conjugada ao alto grau de precarização verificado na sociedade, deu origem à denominada “mediação à brasileira”. Nessa senda, praticam-se no País, em termos gerais, dois modelos de mediação: o acordista, inspirado na doutrina estadunidense e dirigido para a celebração de uma avença; e o transformador, que visa a ressignificar o conflito e transformar os mediandos por meio do restabelecimento da comunicação (BEZERRA; BRAGA, 2016, p. 121-122).

Malgrado a existência de pontos em comum entre os dois institutos (que são autocompositivos, não adversariais e contam com a presença de um terceiro facilitador imparcial), confundir os conceitos de conciliação e mediação constitui um equívoco. O CPC, em seu art. 165, §§ 2º e 3º, estabelece os critérios distintivos entre ambos.

O conciliador atua preferencialmente nos casos em que não existe vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo-lhe vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (§ 2º do

---

<sup>8</sup> “A mediação é uma instituição orientada a garantir que as partes protagonizem um bom debate negocial; ou, em outras palavras, é uma instituição orientada a suprir o deficit de racionalidade das partes que as impede de debater corretamente as possibilidades de se chegar a um acordo. O bom mediador não é, na realidade, um mero defensor dos acordos; ele não é alguém que acredita que um mau acordo é melhor do que um não-acordo. O papel do mediador consiste em ajudar a debater, de maneira solvente, as possibilidades de alcançar um acordo como forma de resolver o problema no qual dois ou mais sujeitos estão envolvidos. Um mediador fracassa não quando as partes não alcançam um acordo, mas quando não consegue fazer com que as partes debatam satisfatoriamente as possibilidades de uma solução acordada.” (REGLA, 2015, p. 105, tradução nossa).

art. 165). Por sua vez, o mediador oficia preferencialmente nos casos em que há vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreenderem as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§ 3º do art. 165).

Na próxima seção, analisar-se-ão os métodos eletrônicos de tratamento de conflitos, com ênfase na autocomposição digital.

### **3 O TRATAMENTO DE CONFLITOS POR MEIOS ELETRÔNICOS**

Nesta seção, abordar-se-á o tratamento de conflitos por meios eletrônicos (também conhecido pela denominação inglesa *online dispute resolution – ODR*), um dos resultados da influência da cibercultura sobre o âmbito jurídico.

#### **3.1 A cibercultura e o Direito**

Lévy difundiu o neologismo “cibercultura”, por ele definido como o “conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”. Este, por sua vez, corresponde ao espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e de suas memórias, o que engloba não somente a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, bem como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo (LÉVY, 2000, p. 17).

Os computadores e sistemas de comunicação e decodificação são, ao mesmo tempo, amplificadores e extensão da mente humana. O fator característico da atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informações, e sim a aplicação deles para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso (CASTELLS, 2005, p. 69).

A cibercultura se alicerça em três princípios, os quais norteiam os processos de “evolução cultural” contemporâneos, tendo como corolário a mudança social na vivência do espaço e do tempo. São eles: a) a liberação do polo da emissão (com a circulação virótica de informação, vêm à tona vozes e discursos outrora reprimidos na edição da informação pelos meios de comunicação de massa); b) a conexão generalizada (o chamado “tudo em rede”); c) a reconfiguração social, cultural, econômica e política de práticas, modalidades midiáticas e espaços, sem a substituição de seus respectivos antecedentes (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 45-46).

Em uma perspectiva histórica mais ampla, a sociedade em rede representa uma transformação qualitativa da experiência humana: realmente, vive-se em uma nova era. (CASTELLS, 2005, p. 573). Considerando que o Direito não poderia ficar alheio às novas tecnologias, surgiram os métodos eletrônicos de tratamento de conflitos, objeto de estudo na subseção seguinte.

### **3.2 Métodos eletrônicos de tratamento de conflitos (ODR)**

A origem da *ODR* se encontra diretamente relacionada a *sites* de comércio eletrônico: “[...] *the germ is in the economical transactions made in internet in the first shopping websites such as*

*eBay, PayPal etc. These websites [...] started figuring out ways to solve the posed conflicts*”<sup>9</sup> (CONFORTI, 2014, s.p.).

No Brasil, a aplicação de tais métodos é ainda incipiente, havendo raros estudos da doutrina jurídica sobre o tema. Utilizando a sigla MESC (meios eletrônicos para solução de conflitos), Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016, p. 106) os definem como um processo de solução de conflitos que se estrutura em ferramentas eletrônicas que promovem a comunicação, a interação e a formalização de maneira eficiente, conveniente e aplicável à questão em disputa, garantindo autenticidade, privacidade e exequibilidade (pois o resultado do conflito é exequível e exigível perante a lei).

Os princípios aplicáveis a tais métodos são: a) transparência (ligada à clareza do processo de resolução, às interações, aos prazos e ao “passo a passo” da resolução para os participantes; não se destina a terceiros não relacionados ao processo, uma vez que o modelo está baseado na confidencialidade); b) acessibilidade (os métodos eletrônicos são uma forma altamente atrativa do ponto de vista financeiro, com barreiras de custo bastante reduzidas, sem a necessidade de deslocamentos e perda de tempo no trânsito; c) independência (um requerimento tradicional de qualquer mecanismo de resolução de conflitos); d) celeridade (uma das maiores vantagens de tais métodos, uma vez que os meios tradicionais sofrem de alta morosidade, devido à sobrecarga de processos que tramitam simultaneamente); e) equidade – a qual, em conjunto com a independência, embasa a garantia de um processo de resolução de alta credibilidade (ECKSCHMIDT; MAGALHÃES; MUHR, 2016, p. 144-147).

Lima e Feitosa (2016, p. 64) consignam que as soluções de *ODR* podem evitar o ajuizamento de um número elevado de ações,

---

<sup>9</sup> “[...] o germe está nas transações econômicas feitas na *internet* nos primeiros *sites* de compras, tais como *eBay, PayPal*, etc. Esses *sites* começaram [...] a descobrir maneiras de resolver os conflitos apresentados” (CONFORTI, 2014, s.p., tradução nossa).

economizando recursos do Erário que seriam utilizados para prestar a jurisdição.

Segundo Pinho (2020, p. 13), a mediação *online* apresenta vantagens e desvantagens. Dentre os benefícios, é possível citar a economia de tempo e de recursos financeiros decorrentes dos deslocamentos. Por outro lado, a inviabilidade do contato pessoal constitui um obstáculo à adequada apreensão, por parte do mediador, dos sentimentos latentes ao conflito levado à sua cognição, dificultando a construção do consenso.

De todas essas desvantagens (ou “dificuldades”, como prefere Cortés, para quem a maioria delas pode ser superada ou mitigada com práticas, tecnologias e leis apropriadas), a mais significativa parece ser a falta de contato “cara a cara”:

*Body language, tone of voice and facial expressions are important components of communications. The absence of non-verbal cues may facilitate misrepresentation of identity and lead to miscommunication. Video-conferencing and other online technologies may help to compensate for the lack of face-to-face contact but they will not be able completely to substitute it. (CORTÉS, 2011, p. 57)<sup>10</sup>.*

Por outro lado, os métodos eletrônicos também não podem ser tidos como a “panaceia” para o tratamento de conflitos, como se tivessem o condão de substituir o ser humano. Lévy (2000, p. 128) assevera: “Enfim, é raro que a comunicação por meio de redes de computadores substitua pura e simplesmente os encontros físicos: na maior parte do tempo, é um complemento ou um adicional”.

Na próxima seção, abordar-se-á o incremento da utilização da autocomposição por meios digitais, buscando-se responder ao problema da presente pesquisa: a crise decorrente da pandemia de

---

<sup>10</sup> “Linguagem corporal, tom de voz e expressões faciais são componentes importantes das comunicações. A ausência de pistas não verbais pode facilitar a deturpação da identidade e levar à falta de comunicação. A videoconferência e outras tecnologias *online* podem ajudar a compensar a falta de contato “cara a cara”, mas não poderão substituí-lo completamente.” (CORTÉS, 2011, p. 57, tradução nossa).

COVID-19 pode acelerar a marcha de uma mudança de paradigma no tratamento de conflitos no País?

#### **4 A AUTOCOMPOSIÇÃO DIGITAL DURANTE A PANDEMIA**

Na presente seção, abordar-se-ão o aumento do número de conflitos em decorrência da crise pandêmica, a autocomposição desenvolvida por meios digitais e a influência da pandemia de COVID-19 sobre a mudança do paradigma do tratamento de conflitos.

##### **4.1 O aumento do número de conflitos em decorrência da pandemia**

Evidentemente, a estatística processual anual de 2020 ainda não foi produzida (a expectativa é a de que os dados só venham a ser consolidados no segundo semestre de 2021, quando deverá ocorrer a publicação do relatório “Justiça em Números” pelo CNJ); no entanto, já é possível perceber um aumento do número de demandas judiciais provocado pela crise econômica que acompanha a pandemia de COVID-19.

Conforme a “Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas empresas”, desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) com o intuito de avaliar as repercussões da pandemia na economia nacional (mais precisamente nas empresas não financeiras representativas das atividades de indústria, construção, comércio e serviços), até a primeira quinzena de junho de 2020, 32,6% das empresas encerraram suas atividades; 70% relataram que a pandemia teve um efeito negativo sobre a empresa; 34,6% diminuíram o quantitativo de trabalhadores (sendo que, dentre estas,

a redução foi superior à metade da mão de obra em 29,7% dos casos); 70,7% reportaram uma redução das vendas e das prestações de serviços; 63% tiveram dificuldades para fabricar produtos ou atender aos clientes; e 63,7% enfrentaram problemas para efetuar meros pagamentos de rotina (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020).

Por meio de um modelo estatístico projetado para prever a quantidade de pedidos de falência que serão requeridos em 2020 e 2021 no País, Trecenti e Nunes (2020) estimam que, se o crescimento do Produto Interno Bruto neste ano for zero, mesmo assim deverão ocorrer 1.642 pedidos de falência, um crescimento de 16% em relação a 2019. Em um cenário pessimista (com retração de 5% do PIB), os autores preveem 1.899 casos (um aumento de 34% na comparação com o ano anterior). Já no cenário considerado muito pessimista (com diminuição de 10% do PIB), a estimativa é de que sejam protocolados 2.155 pedidos de falência, um incremento de 52% em relação a 2019.

Tais eventos, obviamente, não produzirão repercussão somente sobre as Varas de Falências e Recuperações Judiciais; é plenamente possível antever, como resultado da crise econômica, um aumento do quantitativo das mais diversas espécies de ações, como reclamações trabalhistas, execuções fiscais e ações ajuizadas em decorrência de descumprimentos contratuais, por exemplo.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4<sup>a</sup> Região (que exerce a jurisdição laboral no território do estado do Rio Grande do Sul) experimentou, entre os dias 16 de março e 23 de abril de 2020, um crescimento de 156% no número de mediações entre empregadores e sindicatos, sendo que oito casos envolveram a dispensa coletiva (também conhecida como “demissão em massa”) de trabalhadores (SOARES, 2020).

No Tribunal de Justiça da Paraíba, o primeiro quadrimestre de 2020 registrou um aumento de 63,6% do número de processos em tramitação perante as quatro câmaras especializadas cíveis, na

comparação com os dados de 2018, e de 46,9%, em relação a 2019 (MODESTO, 2020).

O exponencial crescimento do número de processos em decorrência da crise econômica provocada pela pandemia levou diversos juristas – tais como Bastos (2020), Costa (2020), Salomão, Araujo e Costa (2020) e Schmidt (*apud* Leoratti, 2020) – a preconizarem a necessidade de “achatar a curva de crescimento das ações judiciais”.

Na próxima subseção, expor-se-ão algumas iniciativas de autocomposição digital de conflitos adotadas para tentar promover esse “achatamento da curva processual”.

#### **4.2 A autocomposição por meios digitais**

O art. 334, § 7º, do CPC, estatui: “A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. Outrossim, o art. 46, *caput*, da Lei nº 13.140/2015, dispõe: “A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

“Sem dúvida, ao estabelecer que a mediação pode ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação a distância, a lei especial maximiza as oportunidades de construção do consenso e otimiza a própria prestação jurisdicional” (PINHO, 2020, p. 12).

Atento a essa realidade, o CNJ editou, em 8 de março de 2016, a Emenda nº 2, com o escopo de atualizar a redação da Resolução nº 125/2010. Essa emenda incumbiu ao CNJ a atribuição de criar um sistema de mediação e conciliação digital ou a distância para a abordagem pré-processual de conflitos e, em caso de adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação nas demandas em curso (art. 6º, X, da Resolução nº 125/2010).

Em 3 de maio de 2016, o CNJ lançou o Sistema de Mediação Digital. Adotando o *slogan* “A Justiça a um clique”, a plataforma virtual tem por objetivo “permitir acordos, celebrados de forma virtual, de partes do processo que estejam distantes fisicamente, como, por exemplo, entre consumidores e empresas”. O sistema possibilita a troca de mensagens e informações entre as partes, adequando-se à realidade de cada setor, e pode sugerir o uso de uma linguagem mais produtiva à mediação, caso sejam constatadas palavras hostis. Os acordos podem ser homologados pelo Poder Judiciário, se as partes assim o desejarem. Não havendo êxito na celebração do acordo, é marcada uma mediação presencial nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), instituídos pelo art. 8º da Resolução CNJ nº 125/2010 (FARIELLO, 2016).

O Sistema de Mediação Digital tem por foco principal os conflitos que ocorrem em três áreas: securitária, consumerista e fiscal – mais precisamente, as execuções<sup>11</sup>. Outrossim, o CNJ anunciou que está planejando o lançamento de uma plataforma virtual especialmente para abordar conflitos relacionados à COVID-19 (EIDT; GOULART, 2020).

No período da pandemia de COVID-19, diversas cortes passaram a oferecer aos jurisdicionados a possibilidade de conciliação e mediação digitais.

Um relevante marco desse período foi a edição da Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que alterou a redação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (a Lei dos Juizados Especiais Cíveis). Em vigor desde 27 de abril de 2020, o § 2º do art. 22 passou a admitir expressamente a conciliação não presencial entabulada mediante o emprego de recursos tecnológicos de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito, com os anexos pertinentes.

---

<sup>11</sup> Atualmente, o sistema está na versão 2.0 e passa por reformulações, estando suspensa a aceitação de novos pedidos, tramitando apenas os iniciados antes de 19 de novembro de 2018.

Segundo Pinho (2020, p. 14), a interpretação meramente gramatical do novel § 2º do art. 22 da Lei nº 9.099/1995 induz à conclusão de que apenas os dispositivos síncronos (ou seja, aqueles que possibilitam a troca de dados em tempo real) seriam admitidos, o que excluiria os *softwares* assíncronos. Para o autor, tal condição é excessiva:

Talvez fosse razoável exigir-se sincronicidade em sessões de mediação, quando há questões delicadas e sensíveis envolvidas e o mediador necessita assegurar, a todo tempo, a qualidade da comunicação. Contudo, para disputas meramente patrimoniais, nas quais não há uma preocupação com preservação do vínculo, essa exigência parece ser desnecessária.” (PINHO, 2020, p. 14-15).

O Tribunal de Justiça de São Paulo desenvolveu, por meio do Provimento da Corregedoria Geral da Justiça nº 19, de 9 de julho de 2020, um projeto-piloto de mediação pré-processual para apoio à renegociação de obrigações decorrentes dos efeitos da pandemia e relacionadas aos empresários e às sociedades empresárias, incluindo as individuais, de micro, pequeno e médio portes (MEIs, MEs e EPPs). A audiência preparatória, as sessões de mediação e a audiência de finalização são realizadas por meio de uma plataforma de videoconferência, conforme disposto no art. 6º do diploma.

Na Paraíba, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região expediu, em 27 de março de 2020, a Recomendação TRT SCR nº 005/2020, por meio da qual exorta os magistrados a promoverem a conciliação e a mediação de conflitos por meio de videoconferências ou aplicativos de mensagens eletrônicas ou (art. 1º).

No exterior, é possível referir a iniciativa do *Australian Disputes Centre (ADC)*, o qual desenvolveu uma plataforma (o *ADC Virtual*) que possibilita a realização de sessões abertas ou separadas, bem como a troca e a assinatura de documentos por meio digital (SOUZA NETTO; FOGAÇA; GARCEL, 2020, p. 7-8).

Essas iniciativas demonstram que o Poder Judiciário não permaneceu inerte às vicissitudes impostas pelo “novo normal”,

buscando adaptar-se às circunstâncias com criatividade e proatividade.

Na próxima subseção, tratar-se-á da necessidade de superação do tradicional paradigma adversarial de tratamento de conflitos adotado pelos operadores do Direito no Brasil.

### **4.3 A pandemia como agente catalisador da mudança de paradigma no tratamento de conflitos**

Segundo Kuhn (1991, p. 13), “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

Para Spengler e Spengler (2018, p. 103), o paradigma atual de tratamento dos conflitos, estimulado por uma cultura jurídica adversarial e unido ao processo e seu ritual, não atende mais à contemporânea complexidade conflitiva.

Esse modelo que estimula o antagonismo entre as partes é forjado nos bancos das universidades, responsáveis pela formação dos bacharéis. “A visão do profissional jurídico difundida na maioria dos cursos de Direito ainda atende aos preceitos do embate litigioso, que considera as habilidades conflitivas como condição de ascensão na carreira” (STANGHERLIN; SPENGLER, 2018, p. 140).

Um exemplo de mudança de paradigma científico pode ser visto na Medicina. A partir de 1847, o médico Ignaz Semmelweis, atuante em Viena, passou a defender que a febre puerperal que afetava as parturientes e provocava elevadas taxas de mortalidade infantil era causada pelas então denominadas “partículas cadavéricas”, podendo ser evitada pela adoção de simples hábitos de higiene (à época, era comum que acadêmicos de Medicina realizassem autópsias e, após a manipulação de cadáveres, entrassem na sala de parto sem sequer lavar as mãos). A descoberta de Semmelweis – atualmente

considerada uma medida inquestionável de profilaxia – causou profunda polêmica no século XIX, pois colocou em xeque crenças que já estavam arraigadas no cotidiano dos demais profissionais (ATAMAN; VATANOGLU-LUTZ; YILDINM, 2013, p. 35-36).

Na esfera jurídica, também é possível observar que existe grande resistência à mudança de paradigma, não tendo havido ainda, por parte de muitos operadores do Direito, a absorção e a compreensão da relevância da mediação e da conciliação (SPENGLER; SPENGLER, 2018, p. 109-110).

A crescente utilização do instituto da mediação simboliza uma mudança de paradigma social; o cidadão deixa de buscar a tutela estatal e, de maneira autônoma, assume o protagonismo do tratamento do conflito (SALES; ANDRADE, 2017, p. 4). Todavia, não será possível romper o arraigado paradigma adversarial e substituí-lo por um modelo consensual se não houver a indispensável conscientização e participação dos agentes envolvidos:

As mudanças precisam partir dos próprios usuários do sistema de Justiça, na provocação e na organização de políticas públicas voltadas para a melhoria e adequação da prestação jurisdicional do Estado à conflitiva social. Essa proposição de novas políticas públicas deve levar em conta, além dos pontos de exaurimento do paradigma atual, as (des)vantagens e as possíveis implicações de uma quebra de paradigma. Além disso, a inovação dependerá de uma preparação de cunho psicológico para as mudanças que possa vir a gerar, especialmente aquelas que propõem um paradigma de autonomização e de responsabilização social (e não estatal) por atos e omissões. (SPENGLER; SPENGLER, 2018, p. 105).

Ademais, a mudança de paradigma no tratamento dos conflitos – de uma postura competitiva e litigiosa para outra colaborativa e consensual – requer um adequado processo de formação dos mediadores, a fim de promoverem uma eficaz gestão dos conflitos (SALES, 2016, p. 18).

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo visou a averiguar se a crise decorrente da pandemia de COVID-19 pode vir a acelerar a marcha de uma mudança de paradigma no tratamento de conflitos no Brasil.

No País, o sistema jurisdicional se encontra em crise. Ao final de 2018, havia 78,7 milhões de processos aguardando uma solução definitiva. Com a crise econômica iniciada em 2020, a tendência é o crescimento exponencial do número de conflitos e de processos judiciais, o que pode levar o Poder Judiciário a uma situação de colapso.

A pandemia ensinou aos cidadãos a importância de observar rigorosamente a denominada “etiqueta respiratória”, que inclui hábitos como lavar as mãos frequentemente com água e sabão, colocar o braço na frente da boca ao espirrar e tossir, utilizar máscaras em locais de circulação de pessoas e evitar o contato físico desnecessário (como apertos de mão e abraços). Também demonstrou a empregadores públicos e privados que nem todas as atividades laborais necessitam ser desenvolvidas presencialmente no ambiente de trabalho, podendo perfeitamente ser cumpridas em regime de *home office*.

Outrossim, a pandemia desvelou à sociedade aquilo que já era conhecido há bastante tempo pelos estudiosos da autocomposição: o Poder Judiciário brasileiro está à beira da exaustão, sendo incapaz de prestar o serviço público jurisdicional de maneira célere e adequada. Nessa senda, o inusitado evento acentuou a relevância da utilização dos métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, com destaque para a conciliação e a mediação.

Se toda crise é capaz de gerar oportunidades, a decorrente da pandemia de COVID-19 pode catalisar a necessária mudança de paradigma no tratamento de conflitos no Brasil,

superando o tradicional modelo adversarial e fomentando a consensualidade como alicerce de uma cultura de efetiva pacificação social.

Data de Submissão: 30/07/2020

Data de Aprovação: 16/11/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Iasmin Madeiro Cordeiro

## REFERÊNCIAS

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. 269 p.

ATAMAN, Ahmet Dogan; VATANOGLU-LUTZ, Ermine Elif; YILDINM, Gazi. Medicine in stamps – Ignaz Semmelweis and Puerperal Fever. **Journal of the Turkish-German Gynecological Association**, Istanbul, n. 14, p. 35-39, 2013.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. 52 p.

BASTOS, Aurélio Wander. O Poder Judiciário e a Pandemia. **JM Online**, 9 jul. 2020. Disponível em: <<https://jmonline.com.br/novo/?noticias,22,ARTICULISTAS,198628>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BEZERRA, Tássio Túlio Braz; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Os fundamentos teóricos da mediação de conflitos: um diálogo com o positivismo jurídico de Hans Kelsen. In: BARONE, Hugo; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e (Org.). **Formas consensuais de solução de conflitos II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG. Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 117-137.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 1.351, de 14 de dezembro de 2018**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-mec-diretrizes-curriculares.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpr. 2015. 168 p.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: A era da informação: economia, sociedade e cultura**; v. 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. 698 p.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 204 p.

CONFORTI, Franco. **Electronic Mediation Handbook**. Tradução de Núria Esther Monzonís Carda. Alicante: Acuerdo Justo SC, 2014. Edição do Kindle.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. 236 f. il. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\_em\_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mediação digital**: a justiça a um clique. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Movimento pela conciliação**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/356-geral/125-conciliacao>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **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: 25 jul. 2020.

CORTÉS, Pablo. **Online dispute resolution for the consumers in the european union**. Oxon: Routledge, 2011.

COSTA, Leonardo Honorato. Nós precisamos achatar a curva das ações judiciais! **Consultor Jurídico**, 11 maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/leonardo-costa-achateamos-curva-acoes-judiciais>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

DAHRENDORF. **O conflito social moderno**: um ensaio sobre a política da liberdade. Tradução de Renato Aguiar e Marco Antonio Esteves da Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; São Paulo: Edusp, 1992. 225 p.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E. S.; MUHR, Diana. **Do conflito ao acordo na era digital**: meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC. 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016. 316 p.

EIDT, Elisa; GOULART, Juliana. Lei da Mediação completa cinco anos, mas mediação extrajudicial precisa avançar. **Consultor Jurídico**, 30 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/eidt-goulart-lei-mediacao-mediacao-extrajudicial>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

FARIELLO, Luiza. CNJ lança sistema de mediação digital para solucionar conflitos da população. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 3 maio 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82216-cnj-lanca-sistema-de-mediacao-digital-para-solucionar-conflitos-da-populacao>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas empresas | Junho 2020 - quinzena 1**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/28291-pesquisa-pulso-empresa-impacto-da-covid-19-nas-empresas.html?=&t=destaques>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

IRŠIČ, Marko. **Introduction to interpersonal conflict resolution**. 1. ed. eletrônica. Ljubljana: Zavod Rakmo, 2018. Edição do Kindle.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LEMONS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. 1. ed., 4. reimpr. (2014). São Paulo: Paulus, 2010. 258 p.

LEORATTI, Alexandre. Tribunais recorrem à mediação online para evitar acúmulo de processos pós-pandemia. **Jota – Justiça**, 26 maio 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/mediacao-conflitos-brasil-26052020>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2000. 264 p.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360/5586>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

MODESTO, Celina. Primeiro quadrimestre de 2020 tem aumento de 63% na demanda das Câmaras Cíveis do TJPB. **Tribunal de Justiça da Paraíba – Notícias**, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.tjpb.jus.br/noticia/primeiro-quadrimestre-de-2020-tem-aumento-de-63-na-demanda-das-camaras-civeis-do-tjpb>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação on line e as novas tendências em tempos de virtualização por força da**

**pandemia de covid-19.** Disponível em:

<<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/AMEDIACCAOONLINEEASNOVASTENDENCIASEMTEMPOSEVIRTUALIZACAOPORFORCADAPANDEMIADCOVID19>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

REGLA, Josep Aguiló. **El arte de la mediación:** argumentación, negociación y mediación. Madrid: Trotta, 2015. 133 p.

SALES, Lília Maia de Moraes. Sistema de justiça, mediação de conflitos e o aprimoramento de suas técnicas. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 14, n. 27, p. 01-21, 20 fev. 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes; ANDRADE, Luana Silveira de. A mediação de conflitos e o direito: desenvolvendo habilidades a essa nova realidade. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 16, n. 33, p. 01-29, 8 dez. 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe; ARAUJO, Valter Shuenquener de; COSTA, Daniel Carnio. É preciso achatar a curva de crescimento das ações judiciais no Brasil. **Consultor Jurídico**, 9 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/opiniaoprecisoachatarcurvacrescimentoacoesjudiciais>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SIMMEL, Georg. **Sociologia.** Tradução de Carlos Alberto Pavaneli et. al. São Paulo: Ática, 1983. 192 p.

SOARES, Fernando. Pandemia reflete em aumento de 156% no número de casos de mediação trabalhista. **Gaúcha ZH – Economia.** Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2020/04/pandemia-reflete-em-aumento-de-156-no-numero-de-casos-de-mediacao-trabalhista-ck9hwdh5700cv017nsf23og7e.html>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Métodos autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de covid-19: online dispute resolution – ODR. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**, v. 1, n. 26, 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. Uma relação a três: o papel político e sociológico do terceiro no tratamento dos conflitos. **Dados –**

**Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 2, p. 553-583, jun. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, p. 219-257, jan./jun. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion. Na medicina e no direito: como se rompe um paradigma? **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, v. 6, n. 12, p. 98-115, 14 nov. 2018.

STANGHERLIN, Camila Silveira; SPENGLER, Fabiana Marion. A atual formação acadêmica dos profissionais de direito e a justiça consensual: um estudo acerca das matrizes curriculares dos cursos de direito das universidades comunitárias do Rio Grande do Sul – Brasil. **Rios Eletrônica (Revista Científica da FASETE)**, Paulo Afonso, n. 19, p. 12-142, 2018.

TRECENTI, Julio; NUNES, Marcelo Guedes. Como o coronavírus afetará as falências? **LinkedIn**, 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/como-o-coronav%C3%ADrus-afetar%C3%A1-fal%C3%Aancias-julio-trecenti/>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Provimento CG nº 19/2020**. Dispõe sobre a criação de projeto-piloto de mediação pré-processual para apoio à renegociação de obrigações relacionadas aos empresários e sociedades empresárias, incluindo as individuais, de micro, pequeno e médio porte (MEI, ME e EPP) decorrentes dos efeitos da Covid-19. Disponível em: <<https://dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=14&nuDiario=3082&cdCaderno=10&nuSeqpagina=12>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO. **Recomendação TRT SCR nº 005/2020**. Recomenda a adoção de diretrizes excepcionais para o emprego de instrumentos de mediação e conciliação de conflitos por meios eletrônicos e videoconferência, bem como de aplicação de multas por descumprimento de acordos, no contexto da vigência da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19). Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/institucional/corregedoria/recomendacoes/2020/recomendacao-trt-scr-no-005-2020.pdf/view>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: RICHIA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.).

**Conciliação e mediação:** estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 3-9.

## **Alternative Dispute Resolution In Pandemic Times: The Crisis As A Catalyst Agent For A Change Of Paradigm**

Márcio Dutra da Costa

Fabiana Marion Spengler

**Abstract:** This article aims to study the alternative dispute resolution during the COVID-19 pandemic. The objective is to ascertain if the increase in the use of alternative dispute resolution – due to the burden imposed on the Judiciary by the increase in the number of cases – may contribute to a change in the legal paradigm of dispute resolution in Brazil, overcoming the traditional adversarial model and fostering consensus as the foundation of a culture of effective social pacification. The research problem is: can the crisis resulting from the COVID-19 pandemic accelerate the pace of a paradigm change in the Brazilian dispute resolution model? The method of approach adopted is the deductive, and the method of procedure used is the monographic. The hypothesis answers the research problem in the affirmative way. The conclusion is that the crisis resulting from the increase in the number of litigations and judicial delays generates an increasing use of alternative dispute resolution and, as a result, may contribute to a transformation in the legal paradigm of conflict management.

**Keywords:** Access to justice. Conciliation. Mediation. Alternative dispute resolution. Pandemic.

**DOI:** <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54234>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



# O Ensino Jurídico E O Desenvolvimento Das Habilidades Profissionais Para O Século XXI Na Pandemia De Covid-19: Uma Visão A Partir Dos Docentes Do Estado Do Ceará

Mateus Rodrigues Lins\*

Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-4793-2222>

Lívia Chaves Leite\*\*

Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0002-7020-2092>

Mônica Mota Tassigny\*\*\*

Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil.

 <https://orcid.org/0000-0001-9483-0547>

**Resumo:** Com base em dados coletados a partir de uma amostra de 66 (sessenta e seis) docentes do ensino superior de Direito, este artigo objetiva analisar, no contexto da pandemia do COVID-19, em que medida a migração das aulas presenciais para as aulas síncronas impactaram o ensino jurídico em graduações e pós-graduações de universidades públicas e privadas do Estado do Ceará. A metodologia se deu, principalmente, por meio de pesquisa empírica do tipo *survey* com a elaboração de formulário no *Google Forms*, enviadas por *e-mail* e *WhatsApp* ao corpo docente de graduações e pós-graduações do curso de Direito de Universidades públicas e privadas do Estado do Ceará. Também se realizou pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, natureza teórica e caráter descritivo e exploratório. Os resultados à análise dos dados coletados apontam que, embora as aulas fossem preponderantemente presenciais antes da pandemia, as ferramentas virtuais apontam novas possibilidades para que ensino jurídico atinja as expectativas para a formação profissional do século XXI. Concluiu-se, ainda que de forma incipiente, que é possível vislumbrar uma tendência à adaptação e incremento das aulas síncronas no ensino jurídico em graduações e pós-graduações de universidades públicas e privadas do Estado do Ceará.

**Palavras-chave:** Ensino Jurídico. Inteligências Múltiplas. Habilidades Profissionais. Pandemia. COVID-19.

\* Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. E-mail: [mateusrlinsadv@gmail.com](mailto:mateusrlinsadv@gmail.com)

\*\* Mestranda em Direito Constitucional pela UNIFOR. E-mail: [liviachavesadv@outlook.com](mailto:liviachavesadv@outlook.com)

\*\*\* Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza do Programa de Pós-Graduação. Doutora em Sécio-Economie du développement - Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (2002) e Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará (2002). E-mail: [monica.tass@gmail.com](mailto:monica.tass@gmail.com)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54292>

# **O Ensino Jurídico E O Desenvolvimento Das Habilidades Profissionais Para O Século XXI Na Pandemia De Covid-19: Uma Visão A Partir Dos Docentes Do Estado Do Ceará**

Mateus Rodrigues Lins<sup>1</sup>

Lívia Chaves Leite

Mônica Mota Tassigny

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo parte da necessidade de reflexão sobre as mudanças ocorridas no ensino jurídico diante do cenário de isolamento social causado pela pandemia de COVID-19, notadamente nas graduações e pós-graduações de universidades públicas e privadas do Estado do Ceará, exercendo-a principalmente sob a perspectiva do corpo docente.

O ensino jurídico ainda possui fortes influências do sistema tradicional e padronizado de ensino, no qual prevalecem métodos puramente expositivos e em que o aluno é compreendido como agente passivo no processo de aprendizagem. Essa realidade, em certa medida, enfrenta resistência às metodologias alternativas e à mudança de ambiente didático, do espalho físico para o virtual, propiciado por essa pandemia.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

Surge, então, a necessidade de reformulação do ensino jurídico de modo a acompanhar as novas realidades sociais, os padrões tecnológicos e, sobretudo, a transição de um prisma quantitativo para um prisma qualitativo da compreensão intelectual dos alunos, pautada em modelos didáticos que compreendam a importância das inteligências múltiplas e se proponham a trabalhar as habilidades essenciais para os profissionais do Século XXI. Assim, o processo educacional passa a ser pensado como uma via de mão dupla, em que o professor ensina e aprende, assim como o aluno, sendo ambos atores no processo de ensino-aprendizagem.

Diante da já crescente necessidade de ruptura, ainda que parcial, com a predominância das metodologias tradicionais, surge, de forma repentina, uma nova perspectiva no cenário educacional que trouxe à tona mudanças bruscas na forma de ensino: a pandemia causada pela COVID-19. Essa realidade trouxe um grande impacto na educação jurídica, que há muito ainda se sustentava um modelo de ensino pautado em recepção e repetição de conteúdo, passando a exigir novas estratégias de professores, alunos e instituições para a promoção de um ensino sincrônico capaz de atender às expectativas do século XXI.

O surto epidemiológico causado pela COVID-19 configura uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e exige novas medidas políticas e sociais, sendo o foco do presente estudo, aquelas voltadas para a educação, notadamente o ensino jurídico. Assim, o artigo tem o objetivo de analisar em que medida a migração das aulas presenciais para as aulas síncronas impactaram o ensino jurídico na visão de professores de graduação e pós-graduação de instituições públicas e privadas do Estado do Ceará, mensurando, por meio de pesquisa empírica, as expectativas desse corpo docente para o ensino jurídico no século XXI em um cenário pós-pandemia.

A metodologia para este artigo se pautou, inicialmente, em uma revisão literária a alguns dos principais trabalhos desenvolvidos sobre a temática da educação durante a pandemia de COVID-19, a partir de uma filtragem aos dados gerados – com base em algoritmos – em

busca realizada no *Web of Science*. Na ocasião, filtrou-se pesquisas com base nos termos *education*<sup>2</sup> e *covid-19* para, em seguida, a partir de análise gráfica apresentada pela plataforma, fazer nova filtragem aos artigos referentes à aba *Education Educational Research*<sup>3</sup>. Obteve-se 76 (setenta e seis) artigos publicados ao redor do mundo sobre a temática. Em novo passo, a revisão de literatura, tomou por base a análise de resumos, assimilando-os ao objetivo deste artigo e, especificamente, às possibilidades de futuro para o ensino jurídico. Com base neste critério, foram selecionados três trabalhos para compor as discussões desta pesquisa.

Em segundo momento, a investigação bibliográfica se pautou em uma revisão de literatura integrativa que foi aprofundada por meio de livros, documentos internacionais e nacionais, além de periódicos que constam em bases indexadas, tais como Scielo, EBSCO, Crossref e Google Scholar.

Com o principal objetivo de compreender em que medida a migração das aulas presenciais para as aulas síncronas impactaram o ensino jurídico, realizou-se pesquisa empírica baseada na metodologia pesquisa-ação do tipo *survey*, com caráter exploratório e abordagem qualitativa. Para isso, foi elaborado formulário na plataforma *Google Forms*, o qual foi enviado por e-mail e por *whatsapp* tanto a professores membros quanto a professores atendidos por programas desenvolvidos pela Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Ceará que lecionam em graduação e pós-graduação de instituições públicas e particulares do Estado do Ceará.

A pesquisa, de caráter opinativo, contou com a amostra de 66 (sessenta e seis) respostas voluntárias e anônimas, em simetria com o art. 1º, I da Resolução N° 510 de 7 de abril de 2016 do Ministério da Saúde e com a Resolução N° 466 de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, prezando pelos objetivos éticos da

---

<sup>2</sup> Educação (trad. nossa)

<sup>3</sup> Pesquisas educacionais sobre educação (trad. nossa)

pesquisa científica e pelo consentimento livre e esclarecido de todos os participantes.

Justifica-se a coleta de dados partindo de professores por compreender o profissional da educação como aquele que exerce o papel de mentor no caminho de ensino e, portanto, encontrar-se em espaço de intermédio entre as instituições de ensino e os alunos, além de ter a capacidade de perceber a realidade a partir de diferentes turmas e vivências, permitindo uma visão ampla dos impactos sobre o ensino jurídico. Justifica-se o recorte sobre professores de instituições públicas e particulares do Estado do Ceará em razão do fácil acesso dos pesquisadores a este campo, o que possibilita a coleta mais precisa de dados e torna a pesquisa mais palpáveis à realidade experimental.

Para a realização desta pesquisa, foi formalizado pedido à presidência da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Estado do Ceará que, após autorização, viabilizou o contato com professores membros da comissão, bem como, com professores atendidos pelos programas promovidos pela comissão. De tal forma, confeccionou-se o formulário, tendo por fundamento o objetivo deste artigo científico.

## **2 EXPECTATIVAS PARA O ENSINO NO SÉCULO XXI**

Em uma compreensão do ensino como um processo composto por diversas etapas do desenvolvimento educacional, partindo do ensino fundamental à universidade, evidencia-se, em panorama geral, um sistema padronizado que enfrenta resistência a mudanças ao longo de sua evolução (ROBINSON, 2019, p. 1-2). Herdado da escala produtiva decorrente da Revolução Industrial, o modelo contemporâneo de ensino se preocupa com o desenvolvimento de atividades básicas de interpretação, escrita e desenvolvimento do pensamento lógico, afastando outras habilidades tão fundamentais quanto para o desenvolvimento humano e alcance das liberdades

constitutivas e instrumentais<sup>4</sup> (WORLD ECONOMIC FORUM, 2020, p. 5). De tal modo, o sistema de ensino, no decorrer de sua experimentação, mostra-se ineficaz em acessar a inteligência real dos estudantes e, em determinadas circunstâncias, pode afastar alunos da cadeia de aprendizagem em vez de aproximá-los (ROBINSON, 2019, p. 6).

Nesse sentido, a inteligência humana não deve ser compreendida sob aspecto unitário em que determinada pessoa detém muita ou pouca, mas como uma pluralidade sensível a diferentes indivíduos que está além de resultados que constam em notas, fatores ou índices (SALES, ARAÚJO, 2018, p. 684). Howard Gardner (1994) propõe nove tipos de inteligências independentes que integram o senso cognitivo de todos os seres humanos, intitulado por ele como teoria das inteligências múltiplas.

O autor apresenta: a) inteligência linguística, perpetuada na capacidade do sujeito de lidar com as palavras a partir da interpretação textual, escrita e diversas formas de comunicação; b) inteligência lógico-matemática, a qual consiste em lidar com objetos e abstrações decorrentes deles, além de solucionar problemas; c) inteligência musical, voltada a compor, executar e perceber a música em seus diferentes ritmos e aspectos; d) inteligência espacial, que diz respeito à visualização e compreensão de formas no ambiente ao qual o sujeito está inserido, bem como se orientar a partir delas; e) inteligência cenestésica, aplicada ao controle do corpo, movimento e desenvolvimento da habilidade de destreza; f) inteligência intrapessoal, a qual promove a capacidade de compreensão do estado de espírito de outras pessoas; g) inteligência intrapessoal, que consiste

---

<sup>4</sup> O conceito de liberdade dentro da teoria de Amartya Sen (2010) se desmembra em liberdades constitutivas, que se consubstanciam na finalidade do desenvolvimento humano, capaz de evitar privações essenciais e expandir outras liberdades básicas, e também se desmembra em liberdades instrumentais que correspondem às liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora, traduzindo-se no principal meio para o desenvolvimento humano. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 55-60)

na capacidade de compreender e gerenciar os próprios sentimentos e desejos; h) inteligência naturalista, voltada a uma conexão com a natureza e a interpretação do que o ambiente sinaliza; i) inteligência existencial, aplicada aos grandes questionamentos, por vezes, voltados para além da percepção sensorial (GARDNER, 1994).

A principal contribuição proposta pela teoria de Howard Gardner é que a construção do ensino passa por uma transição do prisma quantitativo para o prisma qualitativo da compreensão intelectual dos alunos (NAJMANOVICH, 2011, p. 52). O autor aponta que “não há e jamais haverá uma lista única, irrefutável e universalmente aceita de inteligências humanas” (GARDNER, 1994, p. 45), desse modo, o essencial passa a ser a observância ao comportamento dos indivíduos a partir das habilidades por eles desenvolvidas, o que favorece o argumento de que não há uma forma exata de como ensinar, mas diferentes modos, os quais devem ser propostos a partir de uma compreensão de experimentação em que o professor conheça seus alunos.

É a partir dessa abordagem que Ken Robinson (2019, p. 94-103) propõe que os professores personifiquem seus estudantes e busquem entendê-los como sujeitos com vida e histórias próprias para que, com isso, possam a) motivá-los não apenas transmitindo conteúdo, mas os inspirando a buscar a melhor versão de si próprios; b) possibilitar a capacidade de avaliação de seus reais desejos e objetivos; c) cobrar sempre com ênfase em aspectos positivos, como, por exemplo, em vez de apontar os erros, apontar os acertos dos alunos; d) emponderar, de forma a ser um guia capaz de ajudar os estudantes a encontrarem seu senso de direção acadêmica ou profissional.

A proposta de um ensino voltado à personificação do aluno e a atuação do professor não como mero instrutor de conteúdo, mas como um mentor que experimente as capacidades intelectivas de seus alunos vai ao encontro das críticas que Paulo Freire (1987) realizava ao sistema de ensino padronizado, apontando-o como uma metodologia paternalista que era pautada fortemente na ideia expositiva, a qual, sempre que estimulada, valorizava a figura do professor,

credenciando-lhe poder e afastava o holofote do aluno, minimizando o potencial criativo que deles emanava.

As metodologias de ensino que se propõem a quebrar com o paradigma paternalista têm por objetivo formar pessoas capazes de compreender o mundo e seus problemas e não apenas construir currículos, o que se apresenta como uma ferramenta possível para o desenvolvimento das habilidades profissionais do século XXI.

O Fórum Econômico Mundial (2018) apontou como habilidades essenciais para o desenvolvimento profissional no século XXI, a capacidade para solucionar problemas complexos, o desenvolvimento de pensamento crítico, o uso da criatividade, a aptidão para gerir de pessoas, a coordenação ao lado de outras pessoas a partir de movimentos interativos, o desempenho de inteligência emocional, a habilidade de julgamento e tomada de decisões; o conhecimento acerca da orientação de serviços pautada na qualidade de delegação; a negociação e, por fim, a capacidade de flexibilidade cognitiva para ambientes em constante mutação.

Portanto, as expectativas para o ensino recaem sobre o desenvolvimento de habilidades para os profissionais do século XXI, pautadas no conhecimento de inteligências múltiplas e provocadas por meio de uma ruptura com o ensino padronizado e meramente expositivo.

### **3 A OPERABILIDADE DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO**

O ensino jurídico brasileiro é composto por uma complexidade regulamentar, social e cultural, tendo em vista que as ações intrínsecas a ela devem possuir conexão com o mercado que pretendem atender em determinada região, avaliando os possíveis desdobramentos para o futuro dos alunos. Nesse sentido, o presente tópico não tem por objetivo esgotar a abordagem sobre o ensino jurídico em instituições

brasileiras, mas apresentar, em um contexto geral, os fundamentos de sua formação.

Para isso, o primeiro ponto a ser observado consiste na Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996, conhecida como a Lei de Diretrizes Básicas da Educação. Em seu art. 43, ela aponta, dentre as finalidades da educação superior, em seu inciso II, o objetivo de formar profissionais em diferentes áreas do conhecimento que estejam aptos à inserção em setores profissionais e tenham a capacidade de participar do desenvolvimento da sociedade brasileira de forma colaborativa. No mesmo dispositivo, em seu inciso IV, ela também indica que é um intuito da educação superior transmitir o conhecimento por meio do ensino, publicações científicas e outras formas de comunicação.

Contudo, para atingir a essas e outras finalidades previstas na Lei de Diretrizes Básicas da Educação, o ensino deve ser compreendido a partir do ato de aprender e não do ato de ensinar (SALES, ARAÚJO, 2018, p. 689). Essa percepção consiste em um processo de transição de um padrão de ensino que deixa de focar na figura do professor como um detentor de conhecimento absoluto e passa a focar na figura dos estudantes como produtores ativos de suas próprias cadeias cognitivas.

É nesse caminho de ruptura que as metodologias ativas de ensino devem ser experimentadas, mas sempre em observância às respostas da turma, de forma que o professor possa conhecer as inteligências mais características de seus alunos para promover um acesso mais amplo ao desenvolvimento das habilidades que eles necessitam para integrar o mercado para o qual se preparam.

Essa cobrança, contudo, não deve recair apenas em cima da figura dos professores, mas ser percebida dentro de um processo de cooperação entre mestres e alunos. A proposta de cooperatividade no ensino é pautada na pluralidade de sujeitos sem esquecer a individualidade de cada um.

Lilia Maia de Moraes Sales e André Villaverde de Araújo (2018, p. 691-692), apontam que a formação atual dos estudantes de direito

é pautada em: a) aulas expositivas com foco na repetição e recepção de conteúdo, em que o professor possui maior preocupação com o repasse de informações do que com a reflexão ou o diálogo, estimulando a passividade dos alunos; b) avaliação baseada em provas ou trabalhos teóricos, que, via de regra, trabalham com conceitos e definições legais, estimulam a memorização e colaboram para um conhecimento compartimentalizado e pouco dinâmico.

Essa construção formativa se afasta das habilidades esperadas de um profissional do século XXI, pois tendem a reforçar a competitividade e uma aplicação meramente mecânica da lei ao caso concreto, com nenhum ou pouco juízo crítico ao que é argumentado. Os autores mencionam esse reflexo em alunos que, ainda durante a graduação, realizam atendimento em escritórios de práticas jurídicas.

Apesar disso, experimentações em âmbito internacional e nacional ganham evidência em inovação para a formação dos profissionais do futuro. Um exemplo são os projetos da *IE University*, 33<sup>a</sup> colocada em termos de ensino no ranking europeu do *Times Higher Education (THE)*<sup>5</sup> de 2020, que propõe um ensino jurídico interdisciplinar associado à gestão, tecnologia, empreendedorismo, inovação, finanças, diversidade e humanidade. A instituição oferece programas como o *Lawahead Hub*, que integra estudantes com firmas jurídicas, advogados e empresas para debater problemas cotidianos da profissão, o *Logaltech Innovation Farm*, que opera como uma incubadora de projetos que aliam direito e tecnologia, e o *Global Legaltech Venture Days*, evento que seleciona *legaltechs* para oportunizar a incubação no campus da universidade (IE, 2020).

Outro exemplo advém da construção de currículos e planejamento das disciplinas da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), 3<sup>a</sup> colocada no *Ranking Universitário da Folha de São Paulo (RUF)*<sup>6</sup> em 2019. A fundação possui o Observatório do

---

<sup>5</sup> Disponível no link: [https://www.timeshighereducation.com/rankings/europe-teaching/2019#!/page/0/length/-1/sort\\_by/rank/sort\\_order/asc/cols/undefined](https://www.timeshighereducation.com/rankings/europe-teaching/2019#!/page/0/length/-1/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/undefined)

<sup>6</sup> Disponível no link: <https://ruf.folha.uol.com.br/2019/ranking-de-cursos/direito>

Ensino do Direito (OED) e o Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI), os quais funcionam de forma conexas ao Núcleo de Metodologia de Ensino (NME). O primeiro realiza estudos sobre o ensino jurídico brasileiro a fim de compreender metodologias eficazes e propostas inovadoras para as competências e habilidades que o mercado do direito requer. O segundo desenha as metodologias e as disciplinas (FGV, 2020). A atuação orgânica desses dois polos possibilita que inovações sejam incorporadas ao ensino jurídico e contribuam para a formação profissional de diversos estudantes.

Todavia, o que é desenvolvido pelas instituições mencionadas ainda opera em caráter de exceção no ensino jurídico brasileiro. O que conduz este trabalho a uma nova perspectiva: uma vez compreendidas as expectativas e a realidade do ensino jurídico no Brasil, requer observância à pandemia causada pela COVID-19 para compreender de que forma o ensino opera enquanto ela ocorre e quais são os caminhos possíveis a serem traçados a partir das percepções dos próprios professores.

#### **4 O ISOLAMENTO SOCIAL EM ÉPOCA DE PANDEMIA DE COVID-19 E AS CRISES NO ENSINO**

Segundo Lilia Swcharcz (2020, p. 6) a grande marca do século XX foi a tecnologia e a ideia de que ela seria uma espécie de redenção para a sociedade. A partir de então ela ganhou escala mundial e serviu de combustível para a dinâmica das relações sociais. E se os meios tecnológicos são o ápice do século XX – o que pode ser, definitivamente, considerada a marca que finda o século XX – é a pandemia de COVID-19, que vem mostrar que, mais do que livres de amarras geográficas em razão da tecnologia, somos, sobretudo, humanos e vulneráveis.

De fato, em 2020, a pandemia de COVID-19 originada na China e causada pelo novo coronavírus, nomeado de Sars-CoV-2, provocou diferentes impactos no cotidiano social, político e econômico dos mais

diversos países do mundo (LUIGI; SENHORAS, 2020). Conforme o site do Ministério da Saúde<sup>7</sup>, o coronavírus pertence a uma família de vírus que causam infecções respiratórias, sendo o novo agente descoberto ainda em 2019, após os primeiros casos serem registrados na cidade de Wuhan.

O surto epidemiológico causado pela COVID-19 configura uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional<sup>8</sup>, conforme declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 30 de janeiro de 2020, sendo o grau mais elevado de alerta da Organização, conforme o Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia, e, sem dúvidas, representa um cenário paradigmático para a sociedade do século XXI.

Assim, viu-se uma crescente e imediata demanda por medidas alternativas que suprissem as necessidades desse novo cenário repleto de incertezas, sem que se conseguisse sequer tempo para dimensionar os efeitos provocados pela pandemia, seja em escala local, seja global. Com a necessidade de adoção de práticas imediatistas, o distanciamento social e, em casos mais extremos, o *lockdown*<sup>9</sup>, têm sido a escolha feita por muitos governos que enxergam tais medidas como as mais viáveis, a curto prazo, para evitar uma rápida proliferação do vírus e conseguir achatar a curva de contaminação, principalmente nas localidades que decretaram calamidade pública.

Dentre todos os percalços pelos quais passam os governos no mundo todo, as dificuldades enfrentadas pelo sistema educacional merecem um relevante destaque, uma vez que as instituições de ensino, tanto públicas quanto privadas, foram um dos primeiros locais a enfrentarem determinações para fechamento. Com isso, inúmeros estudantes se viram privados, se não de boa parte, de toda a sua rotina

---

<sup>7</sup> Disponível no link: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>

<sup>8</sup> Disponível no link: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>

<sup>9</sup> Em tradução livre, a terminologia significa bloqueio. Contudo, em contexto de pandemia, verifica-se como um distanciamento social rígido, em que as pessoas apenas podem sair de suas próprias casas sob condições pré-estabelecidas por regulamentações governamentais.

de educação, a depender da localidade e da renda do aluno, pois nem todos possuem instrumentos suficientes para uma rotina de ensino à distância.

Consoante dados disponibilizados pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 21 de abril de 2020, cerca de 826 milhões de alunos atualmente fora das salas de aula devido à pandemia da COVID-19 não têm acesso a um computador em casa. O número corresponde à metade do total de alunos nessa situação. De acordo com a Unesco, quase 706 milhões não têm ligação doméstica de internet. A agência aponta haver desafios para uma rápida transição para o ensino *on-line*, mesmo para professores em países com infraestrutura confiável de tecnologia da informação e comunicação, TICs, e conectividade doméstica. O acesso a esses meios é ainda mais difícil ou impossível para docentes de regiões onde recursos e metodologias à distância estão menos disponíveis<sup>10</sup>. Além disso, em 15 de março de 2020, a organização apurou que o novo coronavírus já tirava mais de 20% dos alunos das salas de aula físicas<sup>11</sup>.

Sem dúvidas, os estudantes tiveram que se ajustar muito rapidamente a outras modalidades de educação, assim como instituições tiveram que fazer adaptações repentinas para aprendizagem *on-line* no meio do ano acadêmico. Essa transição para o aprendizado à distância veio com sua parcela de desafios (VERMA et al; 2020, p. 488). Infelizmente muitas famílias ainda não possuem acesso a meios de comunicação como celulares, computadores, e acabam sofrendo uma desvantagem diante dessa pandemia que aprofunda ainda mais a desigualdade já existente.

Não há previsões de quando a crise será estabilizada e as respostas quanto às produções de vacinas ainda são incertas. Nesse interregno, assim como em outros países do mundo, a população brasileira se vê impossibilitada de retomada à normalidade de seu

---

<sup>10</sup> Disponível no link: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711192>

<sup>11</sup> Disponível no link: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1707261>

fluxo regular e vida e convivência. Diante desse cenário, surge a necessidade de pensar em estratégias que serão utilizadas para atenuar os impactos da crise provocada pela pandemia no ensino e educação de tantas crianças e jovens no país (OLIVEIRA, SOUZA, 2020).

A Constituição da República Federativa do Brasil protege, em seu artigo 205, o direito à educação como um direito fundamental integrante do rol de cláusulas pétreas, sendo direito de todos e dever do Estado e da família. Assim, surgem vários questionamentos, não só dos que estão na linha de frente executando as atividades como gestores escolares, professores e toda a equipe multiprofissional envolvida no processo educacional como, por exemplo, pedagogos, assistentes sociais, psicólogos, mas também daqueles que têm de definir as diretrizes a serem seguidas.

Nesta perspectiva, de acordo com Mariana Tokarnia (2020), tendo em vista a suspensão das atividades presenciais como forma de contribuir para o combate à pandemia do novo coronavírus (COVID-19), o Conselho Nacional de Educação (CNE) está preparando documentos que serão utilizados para orientar as redes educacionais.

Consta observar que durante a o ano de 2009, quando houve elevação no número de casos da "gripe suína", foi realizada consulta ao CNE sobre a possibilidade de adiar o semestre letivo no Brasil. À época, a resposta se consubstanciou no Parecer CNE/CEB nº19/2009 que, pautado no art. 47 da Lei nº 9394/96, reforçou que seriam necessários 200 (duzentos) dias de trabalho acadêmico para o ensino superior. Em 2020, a presidência do Conselho Nacional de Ensino salientou que as novas tecnologias, regulamentadas para o ensino por meio da Portaria nº 2.117 de 2019, do Ministério da Educação (MEC), possuem propriedade para suprir o ensino presencial e, desse modo, deveria haver, a priori, uma mera transferência de ambiente para a realização das aulas (OLIVEIRA; BRITO; BRAGA; MAGALHÃES, 2020, p. 4).

Em 17 de março de 2020, o Ministério da Educação editou a portaria nº 343/2020 dispondo sobre que instituições federais de ensino poderiam substituir as aulas presenciais por aulas em meios digitais pelo prazo prorrogável de trinta dias, em razão da situação de pandemia COVID-19. Na portaria, o MEC possibilitava que as instituições definissem quais disciplinas poderiam vir a serem substituídas, vedando a substituição aos cursos de Medicina ou cadeiras práticas profissionais de estágios e laboratórios dos demais cursos. Em 19 de março de 2020, sob a portaria de nº 345, o MEC passou a autorizar que as aulas teóricas do curso de Medicina pudessem ser ministradas em formato *online*.

Em 1º de abril de 2020, por meio da Medida provisória nº 934/2020, a Presidência da República estabeleceu a não obrigatoriedade do cumprimento dos 200 dias letivos, previstos pela Lei Nº 9394/96. Em 28 de maio de 2020, a validade da Medida Provisória foi prorrogada por mais sessenta dias<sup>12</sup>. Em 18 de agosto de 2020, a referida medida foi convertida na Lei Nº 14.040/2020, a qual dispõe que a exceção ao cumprimento dos 200 dias letivos deve perdurar todo o período do estado de calamidade pública relacionado ao coronavírus (COVID-19), pontuando que a carga horária será integralizada no ano subsequente ao fim da pandemia, inclusive por meio da adoção de um continuum de duas séries ou anos escolares.

Nesse contexto, observa-se que, conquanto no século XXI a sociedade tenha dado grandes saltos nos setores tecnológicos e tenham apresentado uma capacidade de conexão virtual sem precedentes, a educação, por tradição e padronização, mesmo com o surgimento do Ensino à Distância (EAD), configura-se como uma área que demanda o contato presencial e ainda requer preparo para a transição a um ensino síncrono, principalmente diante de um cenário que exigiu uma brusca adaptação ao ensino à distância, com uma

---

<sup>12</sup> Disponível no link: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/28/congresso-prorroga-validade-da-mp-que-flexibiliza-calendario-escolar>

mudança dos espaços educacionais da sala de aula para o espaço virtual (FGV, 2020).

Em meio a essa construção, é importante observar o que fora frisado por Lilia Schwarcz: “o novo coronavírus está gerando muita dor, muita insegurança [...] mas é hora de fazer da crise um propósito. Quem sabe construiremos um cotidiano com mais tempo e qualidade?” (2020, p. 13). No fim, muito pode ser aprendido sobre ensino e aprendizagem com a forma com que respondemos à pandemia de COVID-19. As mudanças advindas podem acabar envolvendo professores e alunos em experiências de criação de sentido mais relevantes para a sociedade (VERMA et al, 2020, p. 487). E é nesse sentido que se busca perquirir as perspectivas desse cenário doravante, a partir das experiências percebidas pelos docentes na realidade prática do ensino jurídico.

## **5 IMPACTOS AO ENSINO JURÍDICO DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL**

Com o principal objetivo de compreender em que medida a migração das aulas presenciais para as aulas síncronas impactaram o ensino jurídico, realizou-se pesquisa empírica baseada na metodologia pesquisa-ação do tipo *survey*, com caráter exploratório e abordagem qualitativa. Para isso, foi elaborado formulário na plataforma *Google Forms*, o qual foi enviado por e-mail e por *whatsapp* tanto a professores membros quanto a professores atendidos por programas desenvolvidos pela Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Ceará que lecionam em graduação e pós-graduação de instituições públicas e particulares do Estado do Ceará.

A pesquisa, de caráter opinativo, contou com a amostra de 66 (sessenta e seis) respostas voluntárias e anônimas, em simetria com o art. 1º, I da Resolução Nº 510 de 7 de abril de 2016 do Ministério da Saúde e com a Resolução Nº 466 de 12 de dezembro de 2012, do

Conselho Nacional de Saúde, prezando pelos objetivos éticos da pesquisa científica e pelo consentimento livre e esclarecido de todos os participantes.

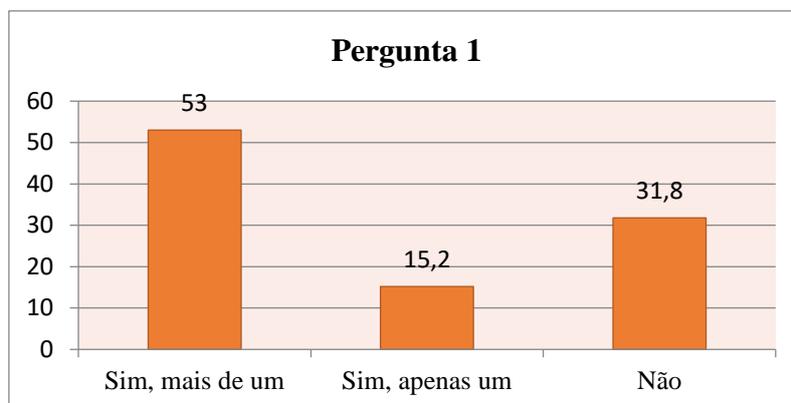
Justifica-se a coleta de dados partindo de professores por compreender o profissional da educação como aquele que exerce o papel de mentor no caminho de ensino e, portanto, encontrar-se em espaço de intermédio entre as instituições de ensino e os alunos, além de ter a capacidade de perceber a realidade a partir de diferentes turmas e vivências, permitindo uma visão ampla dos impactos sobre o ensino jurídico. Justifica-se o recorte sobre professores de instituições públicas e particulares do Estado do Ceará em razão do fácil acesso dos pesquisadores a este campo, o que possibilita a coleta mais precisa de dados e torna a pesquisa mais palpáveis à realidade experimental.

Para a realização desta pesquisa, foi formalizado pedido à presidência da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Estado do Ceará que, após autorização, viabilizou o contato com professores membros da comissão, bem como, com professores atendidos pelos programas promovidos pela comissão. De tal forma, confeccionou-se o formulário, tendo por fundamento o objetivo deste artigo científico.

Desse modo, inicialmente, formularam-se questionamentos focados na preparação dos professores para o processo de migração das aulas presenciais para as aulas síncronas. Iniciou-se com as seguintes perguntas: 1) “Você já participou de algum curso formativo sobre o uso de plataformas online voltadas para o ensino?”; 2) “Anteriormente ao isolamento social, você ministrava aulas on-line?”.

Conforme o gráfico abaixo, verificou-se que 53% (cinquenta e três por cento) dos professores, o que corresponde a 35 (trinta e cinco) entrevistados da amostra investigada, participou de mais de um curso de formação. 15,2% (quinze, vírgula dois por cento), o que corresponde a 10 (dez) entrevistados, participou apenas um curso de formação. E 31,8 % (trinta e um, vírgula oito por cento) dos professores, o que corresponde a 21 (vinte e um) dos entrevistados, não acompanhou nenhum curso de formação.

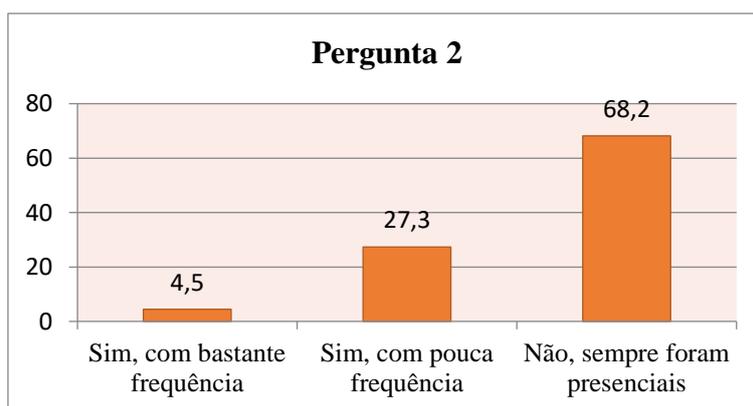
Gráfico 1: “Você já participou de algum curso formativo sobre o uso de plataformas online voltadas para o ensino?”



Fonte: Autores (2020)

De acordo com o próximo gráfico, constatou-se que 68,2% (sessenta e oito, vírgula dois por cento) dos professores, o que corresponde a 45 (quarenta e cinco) entrevistados, sempre realizaram aulas presenciais antes da pandemia. 27,3 % (vinte e sete, vírgula três por cento), o que corresponde a 18 (dezoito) entrevistados, já ministraram aulas em plataformas *on-line* com pouca frequência antes da pandemia. E 4,5% (quatro, vírgula cinco por cento), o que corresponde a 3 (três) entrevistados, realizaram aulas em plataformas *on-line* com bastante frequência antes da pandemia.

Gráfico 2: Anteriormente ao isolamento social, você ministrava aulas on-line?

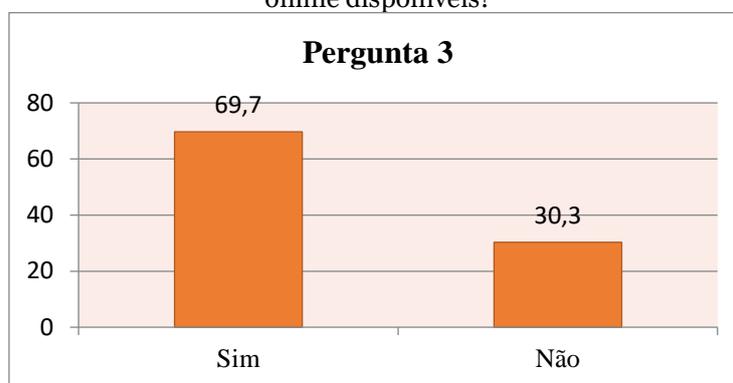


Fonte: Autores (2020)

Os próximos questionamentos tiveram o foco de compreender de que modo os profissionais estão lidando com esse processo de transição, questionando o seguinte: 3) “Você se sente completamente

à vontade com o uso das plataformas online disponíveis?"; 4) "Quais são as plataformas mais utilizadas por você durante as aulas online?". Em resposta à terceira pergunta, verificou-se que 69,7% (sessenta e nove, vírgula sete por cento) dos professores, o que corresponde a 46 (quarenta e seis) entrevistados, se sentem completamente à vontade com o uso das plataformas on-line. 30,3% (trinta, vírgula três por cento), o que corresponde a 20 (vinte) entrevistados, não se sentem completamente à vontade com o uso.

Gráfico 3: Você se sente completamente à vontade com o uso das plataformas online disponíveis?



Fonte: Autores (2020)

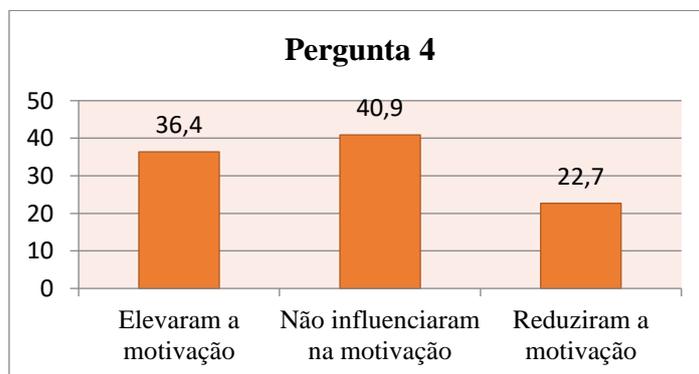
A quarta pergunta foi realizada em caráter aberto, permitindo, no formulário que os entrevistados escrevessem o nome das plataformas que mais utilizavam como recursos para o ensino, podendo, inclusive, apontarem mais de uma em uma única resposta. Em ordem decrescente, obtiveram-se os seguintes dados: Google Meet com 44 (quarenta e quatro) apontamentos, Zoom com 36 (trinta e seis) apontamentos, Microsoft Teams com 12 (doze) apontamentos, Youtube com 9 (nove) apontamentos, Google Classroom com 9 (nove) apontamentos, Moodle com 7 (sete) apontamentos, Whatsapp com 5 (cinco) apontamentos, StreamYard com 3 (três) apontamentos, Instagram com 3 (três) apontamentos, Skype com 2 (dois) apontamentos, Sympla com 2 (dois) apontamentos, Collaborate, Bigbluebutton, Canva, Webex, AVA com 1 (um) apontamento cada.

Referente a quinta e a sexta perguntas, o formulário, em seu terceiro passo, teve a finalidade de perceber como a interação entre alunos e professores ocorre durante as aulas síncronas, avaliando a

motivação no decorrer desse processo, em especial, pelos fatores decorrentes da pandemia viral. Perguntou-se: 5) “De que modo o formato das aulas na modalidade online afetaram a sua motivação?”; 6) “Como você avalia a participação dos alunos durante as aulas na modalidade online?”.

De acordo com o gráfico referente à quinta pergunta, constatou-se que 36,4 % (trinta e seis, vírgula quatro por cento) dos professores, o que corresponde a 24 (vinte e quatro) entrevistados, elevaram a motivação com as aulas síncronas. 40,9% (quarenta, vírgula nove por cento) dos professores, o que corresponde a 27 (vinte e sete) dos entrevistados, não sofreram alteração na motivação. E 22,7% (vinte e dois, vírgula sete por cento), o que corresponde a 15 (quinze) entrevistados, tiveram uma redução na motivação para lecionar as aulas.

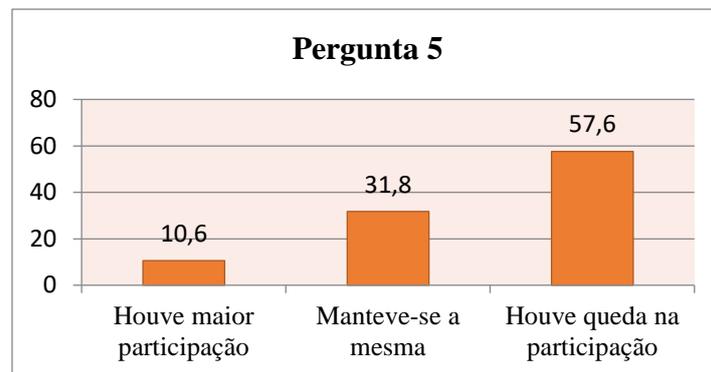
Gráfico 4: De que modo o formato das aulas, na modalidade online, afetou a sua motivação?



Fonte: Autores (2020)

Em resposta à sexta pergunta, 10,6% (dez, vírgula seis por cento) dos professores, o que corresponde a 7 (sete) entrevistados, responderam que houve maior participação dos alunos durante as aulas síncronas. 31,8% (trinta e um, vírgula oito por cento), o que corresponde a 21 (cinte e um) entrevistados, afirmaram que a participação se manteve estável. E 57,6% (cinquenta e sete, vírgula seis por cento), o que corresponde a 38 (trinta e oito) entrevistados, apontaram uma queda na participação dos alunos.

**Gráfico 5:** Como você avalia a participação dos alunos durante as aulas na modalidade online?

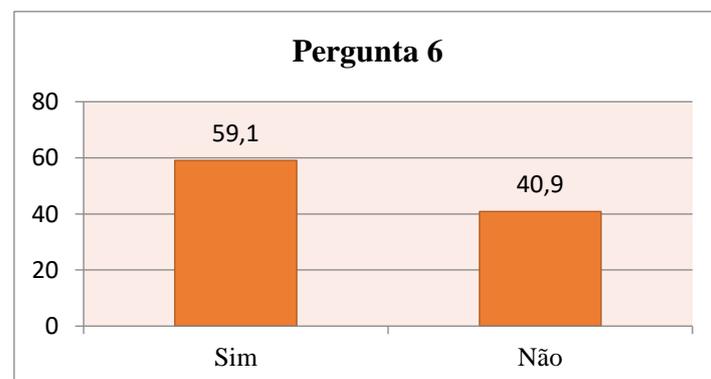


Fonte: Autores

Por fim, com o fito de compreender, na visão da amostra entrevistada, os impactos que esse processo traria para o futuro do ensino jurídico e perceber as dificuldades mais latentes para eventuais ajustes, perguntou-se: 7) “Você gostaria que aulas na modalidade online fossem incorporadas ao cronograma, após a pandemia e com o fim do isolamento social?”; 8) “Qual foi o maior desafio que as aulas na modalidade online trouxeram para os professores?”.

Conforme o gráfico abaixo, em resposta à sétima pergunta, observou-se que 59,1% (cinquenta e nove, vírgula um por cento) dos professores, o que corresponde a 39 (trinta e nove) entrevistados, enxergam de forma positiva a incorporação das aulas síncronas ao cronograma de ensino, após o período de isolamento social. 40,9% (quarenta, vírgula nove por cento), o que corresponde a 27 (vinte e sete) dos entrevistados, verificam de forma negativa a incorporação.

**Gráfico 6:** Você gostaria que aulas na modalidade online fossem incorporadas ao cronograma, após a pandemia e com o fim do isolamento social?



Fonte: Autores

A última pergunta, assim como a quarta questão, também foi realizada em caráter aberto. Dentre os dados recolhidos, os principais desafios apresentados pelos entrevistados foram: a) organização de tempo para preparar aulas, produzir material e realizar atendimento aos alunos; b) adaptação com as ferramentas virtuais; c) problemas decorrentes da conexão com a internet; d) desânimo para elaborar e ministrar as aulas; e) a eventual gravação das aulas como um fator de inibição; f) a imprecisão para averiguar a presença dos alunos; g) interferências externas no momento da aula; h) captar a atenção dos alunos; i) acesso sincero a um feedback de aproveitamento dos alunos; j) ausência de contato físico; k) modificação da didática; l) pouca participação dos alunos; m) ausência de capacitação específica; n) custos extras com energia e internet; o) alunos sem acesso à internet.

## **6 ANÁLISE DE DADOS E CAMINHOS POSSÍVEIS PARA O ENSINO JURÍDICO**

Dos resultados obtidos pela coleta de dados, pouco mais da metade dos entrevistados realizou mais de um curso formativo para o uso das plataformas *on-line*, contudo, apenas 31,8% (trinta e um, vírgula oito por cento) da amostra pesquisada já realizava aulas na modalidade virtual anteriormente à pandemia, dos quais apenas 4,5% (quatro, vírgula cinco por cento), o que corresponde a três professores, o faziam com bastante frequência.

Esses primeiros dados sugerem que a transição da sala de aula para um espaço virtual, além de imprevisível, ocorreu como uma forma de ruptura a um sistema de ensino padronizado que não possuía o hábito de encontros didáticos promovidos para além de um espaço físico. Apesar disso, um número elevado de professores, que corresponde a 69,7% (sessenta e nove, vírgula sete por cento) dos entrevistados, sente-se confortável com o uso das plataformas virtuais.

Os dados, contudo, apontam um diálogo inverso entre a motivação dos professores e a dos alunos. Apenas 22,7% (vinte e dois,

vírgula sete por cento) dos entrevistados informaram que tiveram uma baixa motivacional, enquanto 57,6% (cinquenta e sete, vírgula seis por cento) apontaram uma queda na participação dos alunos nessa modalidade de aula.

Essa contraposição requer análise mais aprofundada a partir de levantamentos complementares ao da pesquisa a serem realizados com os próprios alunos, como também, precisam ser somados ao momento de pandemia em que estudantes e professores estão inseridos. Contudo, previamente, os dados sugerem que, na percepção da amostra pesquisada, apesar da motivação dos docentes não ter sofrido tanto abalo, o dos alunos sofreram. Com isso, passa a caber às instituições de ensino, estudos sobre a viabilidade de acompanhamentos didático-pedagógicos, ou mesmo, psicológicos dos alunos durante o período de pandemia, oferecendo-os também aos professores que necessitarem.

Por fim, a diferença entre os professores que desejam que as aulas síncronas sejam incorporadas ao cronograma de ensino e os que não desejam é pouca, o que demanda estudos de viabilidade por parte das instituições de ensino, que deverão examinar, dentro de suas próprias realidades, de que forma as aulas síncronas devem ser ou não implementadas. Nesse sentido, a pesquisa sugere ajustes que precisam ser feitos anteriormente à incorporação, dentre os quais se destacam: a preparação do corpo docente; propostas de organização entre instituição de ensino e docentes para o uso do tempo dos contratos de trabalho, de forma a direcioná-los para as aulas ministradas, a produção de material didático e o atendimento aos alunos em espaço *on-line*; elaboração de métodos eficazes para a verificação da presença dos alunos.

Os dados coletados operam como uma baliza a ser observada para um ajuste entre o que precisa melhorar e o que não deu certo, visando um aperfeiçoamento para o ensino jurídico na região ao longo dos próximos anos, analisando, acima de tudo, as expectativas para o ensino jurídico a partir de uma construção de inteligências múltiplas e visando as habilidades profissionais do século XXI.

Diante desse cenário de futuros possíveis, a professora Cecilia Azorín da Universidade de Murcia, Espanha, aponta que em breve, professores, alunos e instituições de ensino irão lidar com a transição para escolas híbridas, capazes de mesclar o virtual e o presencial e que, a partir disso, duas possibilidades estarão abertas: “o retorno à educação tradicional conforme era usual anteriormente à pandemia ou uma transformação para uma nova espécie de educação”<sup>13</sup>, a qual ela defende em sua pesquisa (AZARÍN, 2020, p.1). A autora chega a comparar esse movimento a uma supernova<sup>14</sup>.

Nesse sentido, Andy Hargreaves (2020), reforça que a educação vaga por um caminho obscuro no momento, mas que, ao sair dele não teremos mais a capacidade de aceitar o ensino como era anteriormente à pandemia, porque já estaremos transformados por ela. O autor aponta que, dentre as perspectivas de futuros possíveis: a) os estudantes demandarão maior suporte em razão de diversos fatos psicossociais, em especial, situações de estresse; b) preocupação com o bem-estar das pessoas envolvidas no processo de ensino – alunos e professores; c) cenário de maior gratidão aos mentores do ensino; d) educação pautada em vocação e treinamento de habilidades essenciais; e) Projetos de difusão tecnológica para alunos sem acesso à internet. Cecilia Azorín (2020, p. 3) acrescenta a esse cenário, a possibilidade de maiores conexões e construções de redes de conhecimento, cooperação e aprendizado.

Lior Naamati Schneider, Adaya Meirovich e Niva Dolev (2020, p. 124-125), afirmam que o momento da pandemia é espaço necessário para o desenvolvimento de habilidades essenciais<sup>15</sup> aos profissionais do século XXI, em especial, a inteligência emocional, intrapessoal e interpessoal, além da tolerância a movimentos de estresse e adaptabilidade – questões conexas à criatividade e à flexibilidade

---

<sup>13</sup>Do original: *the post-pandemic schooling universe has two possibilities open to it: a return to traditional education as usual or a transformation towards another education.*

<sup>14</sup> Explosão que credencia o nascimento de uma estrela.

<sup>15</sup> Do original: *soft skills*

cognitiva. Com isso, as autoras apontam a necessidade do desenvolvimento de modelos metodológicos como ferramentas para o desenvolvimento dessas habilidades durante e após o período da pandemia.

Como forma de costura tanto aos futuros possíveis quanto à necessidade do desenvolvimento das habilidades profissionais para o século XXI, a metodologia proposta por Allan Carrington (2020), intitulada de a roda pedagógica<sup>16</sup>, apresenta-se como uma forma, dentre diversas possibilidades, de utilizar os recursos disponíveis – baseado nos dados levantados por esta pesquisa – pelos professores das instituições públicas e privadas do Estado do Ceará, para guiar o ensino jurídico ao encontro dessa perspectiva de futuro e atender às expectativas para o ensino jurídico neste século.

O modelo proposto por Allan Carrington (2020) consiste em situar os aplicativos móveis e as plataformas virtuais dentro de uma estrutura integrada ao pensamento pedagógico, de forma a associar o uso desses aplicativos aos objetivos educacionais aos quais eles deverão servir. Baseado no modelo SAMR, desenvolvido por Ruben Puentedura, a roda pedagógica entende que a tecnologia permite às pessoas pensarem de diferentes formas a realidade às quais estão situadas, bem como, solucionar novos desafios. Desse modo, as plataformas são utilizadas, em um primeiro grau, como substitutas das ferramentas já conhecidas pelo ensino - como um lápis ou um quadro branco. Em momento posterior, a substituição é aperfeiçoada por programas, como o fato de trocar a escrita de um trabalho à mão pela escrita do mesmo trabalho em documento *word*, suplementado por um aplicativo, como o *grammally*<sup>17</sup>, por exemplo. Em terceiro momento, a tecnologia passa a ser utilizada como um aspecto de modificação, por exemplo, a apresentação de seminários de forma virtual ou a apresentação de artigos científicos por meio de vídeos. Por fim, o quarto patamar reflete a redefinição das ferramentas de um

---

<sup>16</sup> Do original: *The Padagogy Wheel*

<sup>17</sup> *Grammarly* é um verificador de gramática, aperfeiçoador de escrita e detector de plágio, construído, originalmente, para o idioma inglês.

ensino tradicional, que consiste no uso da tecnologia de forma experimental para o desenvolvimento de novos desafios que não seriam concebíveis em um formato presencial.

É compreendendo o modelo SAMR e com base nos seguimentos apresentados que Allan Carrington organizou em um círculo os aplicativos por meio de ações que os mesmos podem prover a favor do ensino, trabalhando a perspectiva da substituição, argumentação, modificação e redefinição.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente trabalho, pode-se concluir que, diante de todas as incertezas decorrentes do cenário de pandemia causado pelo novo coronavírus, principalmente no contexto do ensino jurídico, as mudanças, ainda que abruptas, deram folego a um movimento já há muito iniciado na busca por uma reformulação ao ensino jurídico, com vistas a ultrapassar as metodologias tradicionais e abordar metodologias alternativas com foco na qualidade e na relação dialética professor-aluno.

Um contexto que teve como marco o isolamento social e como alternativa a busca por ferramentas de ensino à distância, fez com que várias instituições de ensino buscassem uma adaptação a modelos de aulas *online* por meio de plataformas virtuais, o que, se de um lado, mostrou-se a forma mais viável de dar continuidade ao ensino, de outro, não veio isento de percalços e desafios.

Com a intenção de vislumbrar a importância e as possibilidades desses novos rumos no ensino jurídico de se concretizarem para um cenário pós-pandemia é que se buscou colher as percepções dos docentes de graduação e pós-graduação de instituições públicas e privadas do Estado do Ceará.

Assim, constatou-se que essa nova tendência de aulas sincrônicas, mesmo não sendo uma realidade anteriormente

experimentada por 68,2% (sessenta e oito, vírgula dois por cento) dos entrevistados, o que corresponde a 45 (quarenta e cinco) professores da amostra pesquisada, mais da metade dos entrevistados, precisamente 59,1% (cinquenta e nove, vírgula um por cento) dos professores, o que corresponde a 39 (trinta e nove) entrevistados, enxergam de forma positiva a incorporação das aulas síncronas ao cronograma de ensino, após o período de isolamento social. Além disso, um número elevado de professores, que corresponde a 69,7% (sessenta e nove, vírgula sete por cento) dos entrevistados, sente-se confortável com o uso das plataformas virtuais.

Assim, pode-se, ainda que de forma incipiente, vislumbrar uma tendência à adaptação e incremento das aulas sincrônicas no ensino jurídico das instituições de ensino de graduação e pós-graduação em Direito no Estado do Ceará. Espera-se que, apesar de todos os desafios que essas novas modalidades impõem, os aplicativos móveis e as plataformas virtuais, dentro de uma estrutura integrada ao pensamento pedagógico, sirvam de instrumento impulsionador para a formação e aperfeiçoamento de habilidades essenciais e conhecimentos por parte de alunos que, através das plataformas *online*, encontram uma possibilidade a mais de aprendizado no ensino jurídico para o século XXI.

Data de Submissão: 31/07/2020

Data de Aprovação: 26/08/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros Lucena Costa

## REFERÊNCIAS

AZORÍN, Cecilia. Beyond COVID-19 supernova. Is another education coming? **Journal of Professional Capital and Community**, p. 1-10. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JPCC-05-2020-0019>. Acesso em 25 jul, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução N° 466 de 12 de dezembro de 2012. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisa envolvendo seres humanos. **Diário Oficial da União** 2013; 13 jun. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em 09 jul, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução N° 510, de 7 de abril de 2016. Dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possa acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução. **Diário Oficial da União** 2016; 8 abr. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em 09 jul, 2020.

BRASIL. Constituição da República de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 jul, 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **Lei N° 9394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em 10 jun, 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Medida Provisória n. 934, de 1 de abril, 2020. Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**: seção 1 – Extra, Brasília, DF, ed. 63-A, p. 1, 01 abr. 2020, Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br>. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Parecer CNE/CEB n°19/2009. Consulta sobre a reorganização dos calendários escolares. **Diário Oficial da União**: seção 1, página 52, 13 de outubro de 2009. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pceb019\\_09.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/pceb019_09.pdf) Acesso em: 09 jul, 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria 343, de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. **Diário Oficial da União**, 18/03/2020, Edição: 53, Seção, Página 39. Portaria nº 345/2020. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Portaria-mec-345-2020-03-19.pdf> Acesso em: 25 jul, 2020.

CARRINGTON, Allan. **The Padagogy Wheel. Teach Thought**, 2020. Disponível em: <https://www.teachthought.com/technology/the-padagogy-wheel/>. Acesso em: 25, jul, 2020.

FGV Direito SP. **Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI)**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/centro-de-pesquisa/centro-de-ensino-pesquisa-inovacao>. Acesso em 17 jun, 2020.

FGV. Especialistas debatem transformação da educação em meio à pandemia de COVID-19. **Portal FGV**, São Paulo, 2 abr, 2020. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/especialistas-debatem-transformacao-educacao-meio-pandemia-covid-19>. Acesso em: 09 jul, 2020.

FGV Direito SP. **Observatório do Ensino do Direito**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/observatorio-ensino-direito>. Acesso em 17 jun, 2020.

FOLHA de São Paulo. **Ranking Universitário Folha, 2019**. Disponível em: <https://ruf.folha.uol.com.br/2019/ranking-de-cursos/direito/>. Acesso em: 17 jun, 2020.

FREIRE, Paulo. **A pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1987.

GARDNER, Howard. **Estruturas da mente: a Teoria das Inteligências Múltiplas**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1994.

HARGREAVES, Andy. **What's next for schools after coronavirus?** Here are 5 big issues and opportunities, 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/whats-next-for-schools-after-coronavirushere-are-5-big-issues-and-opportunities-135004>. Acesso em 25, jul, 2020.

IE Law School. **Sobre IE Law School**. Disponível em: <https://www.ie.edu/es/law-school/sobre-nosotros/acerca-ie-law-school/>. Acesso em 17 jun. 2020.

LUIGI, Ricardo; SENHORAS, Elói Martins. O novo coronavírus e a importância das organizações internacionais. **Nexo Jornal**, 17 mar, 2020. Disponível em: [www.nexojornal.com.br](http://www.nexojornal.com.br). Acesso em: 09 jul, 2020.

NAJMANOVICH, Denise. **O sujeito encarnado**: questões para pesquisa no/do cotidiano. Rio de Janeiro: DP&A, 2001;

OLIVEIRA, Vanessa Batista; BRITO, Jana Maria; BRAGA, Phelipe Bezerra; MAGALHÃES, Victor Alves. **Ensino Jurídico e Quarentena**. Fortaleza: Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Ceará e Petit Comité de Recherche. Disponível em: <http://oabce.org.br/2020/04/comissao-da-oab-ce-lanca-cartilha-sobre-ensino-juridico-e-quarentena/>. Acesso em: 20 jul, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – Unesco. Metade dos alunos fora da escola não tem computador em casa. 21 de abr. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711192>. Acesso em: 25 jul, 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – Unesco. Unesco: novo coronavírus tira mais de 20% dos alunos das salas de aula físicas. 15 de mar. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1707261>. Acesso em: 25 jul, 2020

ROBINSON, Ken. **Escolas Criativas**: a revolução que está transformando a educação. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé. Porto Alegre: Penso, 2019.  
SALES, Lilia Maia de Moraes; ARAÚJO, André Villaverde de. A teoria das inteligências múltiplas de Howard Gardner e o Ensino do Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, V. 23, n. 2, p.682-702, maio/ago, 2018.

SCHNEIDER Lior Naamati; MEIROVICH Adaya; DOLEV, Niva. Soft Skills On-Line Development in Times of Crisis. **Revista Românească pentru Educație Multidimensională**. V. 12, n. 1 p. 122-129, jan, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.18662/rrem/12.1sup2/255>. Acesso em 25, jul, 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Quando acaba o século XX**. Editora Companhia das Letras. 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TIMES HIGHER EDUCATION. **Europe Teaching Rankings 2019**. Disponível em: [https://www.timeshighereducation.com/rankings/europe-teaching/2019#!/page/o/length/-1/sort\\_by/rank/sort\\_order/asc/cols/undefined](https://www.timeshighereducation.com/rankings/europe-teaching/2019#!/page/o/length/-1/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/undefined). Acesso em 17 jun, 2020.

TOKARNIA, Mariana. Conselho Nacional de Educação prepara documentos para orientar escolar: resolução e parecer devem ficar prontos nesta semana. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro 9, abr, 2020. Disponível em:  
<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-04/conselho-nacional-de-educacao-prepara-documentos-para-orientar-escolas>. Acesso em: 09 abr, 2020.

VERMA, Geeta; CAMPBELL, Todd; MELVILLE, Wayne; PARK, Byung-Yeol. Science Teacher Education in the Times of the COVID-19 Pandemic. **Journal of Science Teacher Education**, V. 31, N. 5, p. 483–490, 2020. Disponível em:  
<https://doi.org/10.1080/1046560X.2020.1771514>. Acesso em: 25 jul, 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The future of jobs report**, 2018. Disponível em:  
[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf). Acesso em 9 jun, 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Schools of the Future, Defining New Models of Education for the Fourth Industrial Revolution**, 2020. Genebra. Disponível em:  
[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Schools\\_of\\_the\\_Future\\_Report\\_2019.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Schools_of_the_Future_Report_2019.pdf). Acesso em: 25 jul, 2020.

## **Legal Education And Soft Skills For The 21st Century In The Covid-19 Pandemic: A View From The Professors Of The State Of Ceará**

Mateus Rodrigues Lins

Lívia Chaves Leite

Mônica Mota Tassigny

**Abstract:** Based on data collected from a universe of 66 (sixty-six) professors, this article proposes to investigate the impacts on legal education at public and private universities in the State of Ceará during the COVID-19 pandemic. The methodology was mainly constructed through empirical research based on the elaboration of a form in Google Forms, sent by e-mail and WhatsApp for professors from graduations and post-graduations in Law courses of public and private Universities in the State of Ceará. Bibliographical research was also realized with qualitative approach, theoretical nature and descriptive and exploratory character. The results of the analysis of the data indicate that, although the classes were preponderantly presencial before the pandemic, the virtual tools provide new possibilities for legal education to meet the standards for professional development in the 21st century. It was concluded, although incipiently, that it is possible to glimpse a tendency to adapt and increase the synchronous classes in legal education in public and private universities of the State of Ceará.

**Keywords:** Legal education. Multiple Intelligences. Soft Skills. Pandemic. COVID-19.

**DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54292>**

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)

