

Organizadoras

Jéssica Aparecida Soares
Bruna Homem de Souza Osman

Autores

Amanda Gabrieli Schuber Spósito Rangel
Ana Márcia Ruas de Aquino
Augusto Assad Luppi Ballalai
Bruna Homem de Souza Osman
Carolina Simões Correia
Clairton Kubassewski Gama
Deborah Soares Dallemole
Frederico Cardoso de Miranda
Gustavo da Silva Melo
Jéssica Aparecida Soares
João Ricardo Bet Viegas
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Juliana Horowitz
Jussara Ayres Bourguignon
Lucas Bressanelli Tomé
Lucas Eduardo Guillen Simon

O DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA: REFLEXÕES JURÍDICAS A PARTIR DO NOVO CORONAVÍRUS

Luis Fernando Barzotto
Luiza Leite Cabral Loureiro Coutinho
Luíza Trindade Freire
Maria Eugênia Rodrigues Luz
Mariana Ribeiro de Almeida
Mirian Cristina Ribas
Pollyana Ruas de Aquino Chaves
Rhayssa Ferreira Gonçalves Santos
Silvia Batista Rocha Machado
Sílvia Levenfus
Thaíse Maria Neves Duarte Pacheco
Thiago Batista da Costa
Thiago Videiro Schmitt
Vinícius Adami Casal
Viviane Furtado Migliavacca

JÉSSICA APARECIDA SOARES
BRUNA HOMEM DE SOUZA OSMAN

**O DIREITO EM TEMPOS DE PANDEMIA:
REFLEXÕES JURÍDICAS A PARTIR DO NOVO
CORONAVÍRUS**



Maringá – Paraná
2020

2020 Uniedusul Editora

Copyright da Uniedusul Editora
Editor Chefe: Prof^o Me. Wellington Junior Jorge
Diagramação e Edição de Arte: André Oliveira Vaz
Revisão: Os autores

Conselho Editorial

Adriana Mello
Alexandre Antônio Timbane
Aline Rodrigues Alves Rocha
Angelo Ferreira Monteiro
Carlos Antonio dos Santos
Cecilio Argolo Junior
Cleverson Gonçalves dos Santos
Delton Aparecido Felipe
Fábio Oliveira Vaz
Gilmara Belmiro da Silva
Izaque Pereira de Souza
José Antonio
Kelly Jackelini Jorge
Lucas Araujo Chagas
Marcio Antonio Jorge da Silva
Ricardo Jorge Silveira Gomes
Sandra Cristiane Rigatto
Thiago Coelho Silveira
Wilton Flávio Camoleze Augusto
Yohans De Oliveira Esteves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

D598 Direito em tempos de pandemia [recurso eletrônico] : reflexões jurídicas a partir do novo coronavírus / Organizadoras Jéssica Aparecida Soares, Bruna Homem de Souza Osman. – Maringá, PR: Uniedusul, 2020.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-86010-40-4

1. Coronavírus – Brasil. 2. Direito. 3. Epidemias. I. Soares, Jéssica Aparecida. II. Osman, Bruna Homem de Souza.
CDD 344

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

Permitido fazer download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.
www.uniedusul.com.br

APRESENTAÇÃO

O ano de 2020 será marcado por lembranças, de forma especial pela pandemia do coronavírus, que alterou profundamente e de forma imprevista grande parte das relações sociais, culminando no aumento de demandas sobre direitos.

Ao longo de tais dinâmicas, oportuna é a publicação da obra *O Direito em tempos de pandemia: reflexões jurídicas a partir do coronavírus*, que sintetiza ideias que vem sendo formuladas por um conjunto de pesquisadores, de origens e experiências diversas, que têm em comum o objetivo de buscar soluções e adequações da lei em situações de urgência e calamidade, como a do presente momento.

É impossível ignorar o papel do Direito nesse contexto, posto que é um meio garantidor de estabilidade frente às mudanças.

Propõe-se a um exame de diversas matérias correlacionadas à pandemia do coronavírus. Os capítulos apresentam pesquisa fundamentada e exaustiva da doutrina, legislação e jurisprudência a fim de que sirvam como embasamento para os trabalhadores do Direito.

A obra apresenta 15 capítulos, abrindo com a autoria de Carolina Simões Correia e Luis Fernando Barzotto, intitulado “FRATERNIDADE, BEM COMUM E DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES IMPOSTAS PELA PANDEMIA”, que traz discussões sobre a compreensão do bem comum para o estabelecimento de objetivos comuns e concessões recíprocas de direitos em situações complexas, como a pandemia causada pela COVID-19. A perspectiva apresenta uma ressignificação e fortalecimento das estruturas globais de diálogo e proteção dos direitos humanos.

Em “A ESCOLHA DE SOFIA: A VIDA REDUZIDA A NÚMEROS”, Luíza Trindade Freire e Rhayssa Ferreira Gonçalves Santos abordam o processo de tomada de decisão no contexto da pandemia da COVID-19. Para a discussão, as autoras apresentam a problemática

relativa à valoração da vida, à luz das normas legais brasileiras, além de considerações relevantes com base no contexto filosófico e bioético que remonta essa prática.

Augusto Assad Luppi Ballalai e Maria Eugênia Rodrigues Luz, no capítulo “REFLEXÕES SOBRE A LINGUAGEM NAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS VIA ONLINE EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19”, apresentam a perspectiva da linguagem aplicada nos Círculos virtuais, realizadas durante o período de distanciamento social, analisando se tais Círculos, executados por ferramentas telemáticas, são eficazes para as pessoas que precisam superar o isolamento causado pela pandemia.

José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Frederico Cardoso de Miranda e Viviane Furtado Migliavacca continuam a discussão sobre as ferramentas tecnológicas em tempos de distanciamento social por meio do capítulo: “REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO-DEVER AO CONVÍVIO FAMILIAR EM TEMPOS DE PANDEMIA”. Os autores abordam a utilização das ‘novas’ Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) para preservar a comunicação entre as famílias, promovendo de tal forma uma convivência virtual familiar.

Em “OS IMPACTOS DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL”, Ana Márcia Ruas de Aquino, Pollyana Ruas de Aquino Chaves e Silvia Batista Rocha Machado fazem uma análise dos impactos do novo Coronavírus nos casos de alienação parental (AP), abordando a importância do convívio social virtual, como mecanismo para reduzir os casos de alienação parental no seio familiar no atual momento que vivemos.

No capítulo, “O ESTÍMULO AO CUMPRIMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DURANTE A PANDEMIA: COVID19 ENQUANTO REFORÇO ÀS MEDIDAS DE PRO-

TEÇÃO ALTERNATIVAS À INSTITUCIONALIZAÇÃO”, Deborah Soares Dallemole e Juliana Horowitz abordam a temática dos direitos das crianças e adolescentes em situação de acolhimento frente à pandemia da COVID-19, analisando as recomendações nacionais e internacionais, salientando a necessidade de atenção a pessoas em desenvolvimento.

Amanda Gabrieli Schuber Spósito Rangel, Mirian Cristina Ribas e Jussara Ayres Bourguignon, no capítulo “ISOLAMENTO SOCIAL E AS VIOLÊNCIAS CONTRA AS MULHERES NO ENCLAUSURAMENTO DOMICILIAR PANDEMICO”, abordam as perspectivas sociojurídicas em relação ao aumento das violências contra às mulheres, à luz do patriarcado, agravada pela conjuntura de isolamento social trazido pela pandemia.

A proteção de dados pessoais e a vigilância digital são objeto de estudo de Jéssica Aparecida Soares, Lucas Eduardo Guillen Simon e Bruna Homem de Souza Osman em: “VULNERABILIDADES, VAZAMENTOS DE DADOS E VIGILÂNCIA DIGITAL NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA”. Nesse capítulo, os autores apresentam casos práticos de vulnerabilidade, vazamento de dados e vigilância, ocorridos quando intensificada a utilização de tecnologias digitais, no cenário epidemiológico brasileiro em razão da COVID-19.

Nessa toada, aprimorando a discussão sobre um dos tópicos da proteção de dados no Brasil, Gustavo da Silva Melo e João Ricardo Bet Viegas analisam dois precedentes, conduzidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sobre o tratamento de dados ao longo da pandemia, por meio do capítulo “TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E PANDEMIA: REFLEXOS E LIÇÕES NO CONTEXTO DA COVID-19”.

No capítulo “CONTROLE JURÍDICO DAS *FAKE NEWS* NA PANDEMIA: A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 14.268/2020 DO ESTADO DA BAHIA”, Mariana Ribeiro de Almeida

analisa o fenômeno das *fake news* no contexto de crise sanitária decorrente do coronavírus, abordando a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 14.268/2020 da Bahia, apontando, todavia, alternativas ao controle jurídico autoritário e censurador, que beneficiam o enfrentamento das *fake news* no Brasil.

Sílvia Levenfus e Thaíse Maria Neves Duarte Pacheco, em “CORONAVÍRUS E O AUMENTO DAS CONTRATAÇÕES VIRTUAIS: DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NA INTERNET”, apresentam o impacto do Coronavírus nas relações consumeristas, sobretudo, a partir da perspectiva de que a doença tenha atuado como propulsora do aumento das contratações em ambiente virtual no Brasil.

“O DEVER DE RENEGOCIAR COMO MECANISMO RESOLUTIVO DE CONTROLE INTERPARTES DOS EFEITOS NEFASTOS DA PANDEMIA”, de Luiza Leite Cabral Loureiro Coutinho, aborda a compatibilização entre o princípio da obrigatoriedade dos contratos e do equilíbrio contratual, a fim de restabelecer, na medida do possível e para ambas as partes, a justiça material do contrato, apesar das graves consequências imprevisíveis derivadas da pandemia de Covid-19.

Thiago Batista da Costa, em “AS RELAÇÕES ENTRE CONTRIBUINTE E FISCO EM TEMPOS DE PANDEMIA”, propõe que em um momento de crise, em que o Estado tanto necessita de recursos para apoio aos mais necessitados, as medidas de apoio aos contribuintes não podem ser concedidas de forma indiscriminada, mas devem voltar-se prioritariamente àqueles mais afetados pela pandemia.

O capítulo “A ORDEM ECONÔMICA, OS INSTRUMENTOS FINANCEIROS CONSTITUCIONAIS E O DEVER DE ATUAÇÃO ESTATAL NO COMBATE À COVID – 19”, de Vinícius Adami Casal e Lucas Bressanelli Tomé, faz uma abordagem constitucional a respeito dos deveres do Estado perante a ordem econômica e financeira, de-

monstrando a inafastabilidade da atuação do Estado perante a ordem econômica e o desenvolvimento nacional.

Por fim, Clairton Kubassewski Gama e Thiago Videiro Schmitt, em “TRIBUTAÇÃO EM ESTADO DE CALAMIDADE: UMA ANÁLISE PRÁTICA DOS CASOS TRIBUTÁRIOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19”, procuram identificar os principais argumentos utilizados pelos contribuintes para buscar o esvaziamento da capacidade contributiva e a prorrogação das datas para pagamento dos tributos e para o cumprimento de obrigações acessórias durante o período de pandemia.

Deve ser lembrado que os estudos apresentados não têm a pretensão de esgotar os temas em debate, até mesmo pelo dinamismo e vastidão de incidência da pandemia nas relações sociais, a demandar diversos questionamentos.

Mas, aos leitores do presente, espera-se contribuir, a partir do fruto de laboriosa e atual pesquisa, para o amadurecimento dos debates e avanço das reflexões que envolvem o direito e a pandemia do coronavírus.

Jéssica Aparecida Soares

Bruna Homem de Souza Osman

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	3
CAPÍTULO 1	13
FRATERNIDADE, BEM COMUM E DIREITOS HUMANOS: RE-FLEXÕES IMPOSTAS PELA PANDEMIA	
CAROLINA SIMÕES CORREIA	
LUIS FERNANDO BARZOTTO	
doi: 10.29327/520954.1-1	
CAPÍTULO 2	35
A ESCOLHA DE SOFIA: A VIDA REDUZIDA A NÚMEROS	
LUÍZA TRINDADE FREIRE	
RHAYSSA FERREIRA GONÇALVES SANTOS	
doi: 10.29327/520954.1-2	
CAPÍTULO 3	53
REFLEXÕES SOBRE A LINGUAGEM NAS PRÁTICAS RESTAU-RATIVAS VIA <i>ON LINE</i> EM TEMPOS DE PANDEMIA DA CO-VID-19	
AUGUSTO ASSAD LUPPI BALLALAI	
MARIA EUGÊNIA RODRIGUES LUZ	
doi: 10.29327/520954.1-3	
CAPÍTULO 4	79
REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DO DI-REITO-DEVER AO CONVÍVIO FAMILIAR EM TEMPOS DE PAN-DEMIA	
JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR	
FREDERICO CARDOSO DE MIRANDA	
VIVIANE FURTADO MIGLIAVACCA	
doi: 10.29327/520954.1-4	
CAPÍTULO 5	97
OS IMPACTOS DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CASOS DE ALIE-NAÇÃO PARENTAL	
ANA MÁRCIA RUAS DE AQUINO	
POLLYANA RUAS DE AQUINO CHAVES	
SILVIA BATISTA ROCHA MACHADO	
doi: 10.29327/520954.1-5	

CAPÍTULO 6	121
O ESTÍMULO AO CUMPRIMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DURANTE A PANDEMIA: COVID19 ENQUANTO REFORÇO ÀS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ALTERNATIVAS À INSTITUCIONALIZAÇÃO	
DEBORAH SOARES DALLEMOLE	
JULIANA HOROWITZ	
doi: 10.29327/520954.1-6	
CAPÍTULO 7	143
ISOLAMENTO SOCIAL E AS VIOLÊNCIAS CONTRA AS MULHERES NO ENCLAUSURAMENTO DOMICILIAR PANDÊMICO	
AMANDA GABRIELI SCHUBER SPÓSITO RANGEL	
MIRIAN CRISTINA RIBAS	
JUSSARA AYRES BOURGUIGNON	
doi: 10.29327/520954.1-7	
CAPÍTULO 8	163
VULNERABILIDADES, VAZAMENTOS DE DADOS E VIGILÂNCIA DIGITAL NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA	
JESSICA APARECIDA SOARES	
LUCAS EDUARDO GUILLEN SIMON	
BRUNA HOMEM DE SOUZA OSMAN	
doi: 10.29327/520954.1-8	
CAPÍTULO 9	191
TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E PANDEMIA: REFLEXOS E LIÇÕES NO CONTEXTO DA COVID-19	
GUSTAVO DA SILVA MELO	
JOÃO RICARDO BET VIEGAS	
doi: 10.29327/520954.1-9	
CAPÍTULO 10	217
CONTROLE JURÍDICO DAS FAKE NEWS NA PANDEMIA: A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 14.268/2020 DO ESTADO DA BAHIA	
MARIANA RIBEIRO DE ALMEIDA	
doi: 10.29327/520954.1-10	
CAPÍTULO 11.....	241
CORONAVÍRUS E O AUMENTO DAS CONTRATAÇÕES VIRTUAIS: DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NA INTERNET	
SILVIA LEVENFUS	
THÁISE MARIA NEVES DUARTE PACHECO	
doi: 10.29327/520954.1-11	

CAPÍTULO 12	261
O DEVER DE RENEGOCIAR COMO MECANISMO RESOLUTIVO DE CONTROLE INTERPARTES DOS EFEITOS NEFASTOS DA PANDEMIA	
LUIZA LEITE CABRAL LOUREIRO COUTINHO	
doi: 10.29327/520954.1-12	
CAPÍTULO 13	289
AS RELAÇÕES ENTRE CONTRIBUINTE E FISCO EM TEMPOS DE PANDEMIA	
THIAGO BATISTA DA COSTA	
doi: 10.29327/520954.1-13	
CAPÍTULO 14	313
A ORDEM ECONÔMICA, OS INSTRUMENTOS FINANCEIROS CONSTITUCIONAIS E O DEVER DE ATUAÇÃO ESTATAL NO COMBATE À COVID - 19	
VINÍCIUS ADAMI CASAL	
LUCAS BRESSANELLI TOMÉ	
doi: 10.29327/520954.1-14	
CAPÍTULO 15	331
TRIBUTAÇÃO EM ESTADO DE CALAMIDADE: UMA ANÁLISE PRÁTICA DOS CASOS TRIBUTÁRIOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19	
CLAIRTON KUBASSEWSKI GAMA	
THIAGO VIDEIRO SCHMITT	
doi: 10.29327/520954.1-15	

CAPÍTULO 1

FRATERNIDADE, BEM COMUM E DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES IMPOSTAS PELA PANDEMIA



CAROLINA SIMÕES CORREIA

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/0905289408930157>

LUIS FERNANDO BARZOTTO

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/4310738325258692>

1 INTRODUÇÃO

Toda concepção dos direitos humanos é tributária de uma antropologia que determine quais os bens necessários para o florescimento humano. Ainda, ao considerarmos os direitos humanos como aspectos do bem comum, estarão na dependência de um conjunto de fatores que deem razões para a colaboração e o estabelecimento de vínculos entre os seres humanos, para que estejam disponíveis a recíprocas concessões de direitos. Ou seja, se é inviável garantir o gozo de todos os direitos humanos para todos, a todo tempo, e até mesmo para uma maioria, uma compreensão correta do bem comum depende não tanto das condições materiais de gozo dos direitos, mas do tipo de relacionamento que se estabelece entre as pessoas, das condições de diálogo existentes para o estabelecimento de objetivos comuns e concessões recíprocas. Emerge então a categoria da fraternidade como ‘caso central’ de uma comunidade que é capaz de tomar decisões concernentes aos conflitos entre direito, preservando direitos primários, considerados absolutos e har-

monizando os interesses subjacentes a direitos secundários, cuja forma de realização pode ser relativizada.

Nesse artigo realizamos uma análise do atual discurso sobre os direitos humanos, partindo de duas suposições fundamentais: a) a *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)* tem uma visão específica de ser humano e propõe uma ética consequente a essa visão, a ética da fraternidade e; b) com base nessa ética, quando identificamos os bens necessários ao pleno desenvolvimento dos seres humanos, é possível estabelecer uma espécie de hierarquia entre os direitos tutelados na *DUDH (1948)* que, ao preservar os bens mais caros à dignidade humana em cada caso concreto, será capaz de responder de forma mais adequada às exigências do bem comum.

Na primeira parte do estudo nos debruçamos sobre a natureza dos direitos humanos, a teoria dos bens que a sustenta e um aprofundamento sobre o papel da ética da fraternidade nas deliberações sobre a concretização dos direitos humanos e o bem comum. Num segundo momento, realizamos uma análise estrutural da *DUDH (1948)* feita à luz da teoria dos bens de John Mitchell Finnis e da pesquisa histórica de Mary Ann Glendon, para trazer, na terceira parte, um caso legislativo, como possível exemplo de aplicação do esquema interpretativo de Finnis, na superação de problemas relativos à pandemia para consecução do bem comum. A ética da fraternidade, entendida como corolário da visão dos seres humanos como pessoas ‘livres e iguais em dignidade e direitos’, funcionará como liame entre as partes e chave de leitura para aparentes conflitos entre direitos. Ao final, ampliaremos a perspectiva estudada para uma ressignificação e fortalecimento das estruturas globais de proteção dos direitos humanos.

2 A NATUREZA DOS DIREITOS HUMANOS

Para Bobbio, quando a *DUDH (1948)* afirma que os seres humanos nascem livres e iguais, elabora uma ficção que ganhará vida nas mãos do legislador, um ‘dever ser’ almejado pelo pensamento individual, dirigido abstratamente a todos, mas concretamente a ninguém, enquanto não encontrar expressão no direito positivo como única sede da eficácia dos direitos. (BOBBIO, 2004). Essa visão, que dá visibilidade à ocorrência de colisões entre direitos, ganha relevância diante de uma situação de crise sanitária mundial, a pandemia do COVID-19. Enquanto correm debates sobre a prevalência do direito à vida sobre a liberdade de ir e vir, da aparente incompatibilidade entre o direito ao trabalho e o direito à saúde, e inúmeros outros dilemas jurídicos, muitos, na senda de Villey e MacIntyre, dão razão à ideia de que nenhum direito pode ser tido como absoluto enquanto puder ser colocado em questão por outro direito (GLENDON, 1999, p.1154) e adotam a perspectiva utilitarista para proteger direitos, com recurso ao relativismo positivista para defender qualquer política pública.

Por outro lado, a história das *Declarações de Direitos* demonstra que essas buscam raízes na ideia de que certos direitos decorrem da própria natureza humana e existem desde sempre (HUNT, 2007), esse aspecto, embora notável na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)*, já havia sido levantado na *Declaração de Direitos de Virgínia (1776)*. (HUNT, 2007). E, ao menos desde a Idade Média, existe o empreendimento sério de extrair da natureza certa moralidade, estamos falando da concepção jusnaturalista do direito, fundada na ética cristã. Tomás de Aquino especializou ao máximo o tema ao estabelecer a relação existente entre lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina, a partir da premissa comum de serem “proposições universais da razão prática, ordenadas para o ato” (AQUINO, I-II, q.90, a.1, rep.), em função do bem comum. (AQUINO, I-II, q. 90, a.2, rep.). Verdade que

a mentalidade que buscava conhecer o direito como expressão do justo natural acabou em parte rejeitada pelo projeto iluminista, com impacto no pensamento subsequente, mas isso não minimiza sua importância para a temática dos direitos humanos que reinaugurou o debate sobre a natureza humana e os direitos dela decorrentes, a cada crise, a cada mudança de época, como hoje ocorre. A própria *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)* “rejeitou implicitamente a posição positivista ao estabelecer que os direitos são reconhecidos ao invés de conferidos”. (GLENDON, Chap.10, p. 8).

Portanto, se podemos determinar quem é o sujeito dos direitos humanos a partir da descrição do ser humano do art. 1º da *DUDH (1948)* como seres “livres e iguais em dignidade e direitos”, isso dificilmente se faz por meio da dogmática jurídica que não tem instrumentos para reconhecer direitos, apenas para conferi-los com base em instituições. É necessário usar a linguagem da ética para desvelar o sujeito de ‘direitos e deveres humanos’ que só é conhecido com a menção da sequência do art. 1º, “devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. (BARZOTTO, 2010, p. 54). Ou seja, existe uma ética que subjaz a *DUDH (1948)* que precisa emergir para a concretização dos direitos humanos e podemos chama-la de ética da fraternidade. Nessa senda uma teoria dos bens adequada não é aquela que coloca no indivíduo solitário a “forma e medida” das necessidades humanas, mas na pessoa em relação que, no encontro com “o outro” é capaz de reformular as suas próprias necessidades.

2.1 OS BENS E OS DIREITOS HUMANOS

O presente artigo postula que uma completa teoria dos bens como aquela elaborada por John Mitchell Finnis se mostra adequada ao escopo da *DUDH (1948)* de fornecer um norte ético e jurídico para

constitucionalismos de diversas culturas, bem como, critérios para uma tomada de decisão informada e fundamentada pelo jurista, confrontado por aparentes colisões entre direitos. Mas, não obstante a completude e a adequação da teoria de Finnis, é visível a dificuldade de aplicação de sua metodologia num contexto institucional de crise da dimensão universal da ética e da política, que não mais se lança na busca dialógica da verdade. E, na esteira de Hobbes, parte do pressuposto que a valoração dos bens é definida por quem exerce o poder, ou por alguma forma frágil de consenso e não por meio de uma deliberação intersubjetiva que seja capaz de dar eficácia aos princípios universais da democracia e, ao mesmo tempo, criar pressupostos para uma ética universal da fraternidade como condição para que seja desvelado o bem comum de uma comunidade tão complexa quanto a comunidade global. (BAGGIO, 2009). Por isso parece necessário, levando a sério a teoria dos bens de Finnis, confrontar esses bens básicos com as exigências da política atual e criar os pressupostos para um processo de deliberação fraterna, ou seja, em que “o outro” é a condição de conhecimento de si mesmo, ao ponto de permitir ao sujeito de uma forte participação política (BAGGIO, 2009) a visão da lei natural a partir da “forma e medida” do bem comum querido para si e para outrem, identificado como bem comum da sociedade.

A premissa de Finnis é que, na superação do divisor de águas entre a concepção de ‘jus’ como justo e ‘jus’ como poder, perdeu-se de mira o aspecto ético do direito. Para ele o núcleo do debate sobre os direitos não está nem na vontade nem no benefício do sujeito, mas nos aspectos básicos do florescimento humano, em um elenco de bens que não somente garantem o exercício de direitos, propiciando um ambiente adequado para tanto, mas algo que se manifesta sempre que um princípio básico ou exigência de razoabilidade prática, mediante uma regra, concede para qualquer pessoa ou para sua comunidade o fruto de uma obrigação positiva ou negativa imposta a um terceiro, bem como,

o gozo de um bem ou de qualquer imunidade em relação à pretensão de terceiros. (FINNIS, 2011).

Mas, considerando o fato que a racionalidade prática e a ética têm sido separadas do discurso dos direitos do indivíduo, eleito como única medida de bem possível, a tarefa de distribuí-los torna-se impossível. O discurso dos direitos é levado para toda e qualquer esfera de discussão, elegendo-se como critério de ‘certo’ e ‘errado’, multiplicando as antinomias entre direitos. (GLENDON, 1991).

A antropologia individualista que faz uma leitura da *DUDH* (1948) cega à visão do direito como justo, consagrando o direito como poder, não só deixa de contemplar o aspecto relacional das pessoas, mas tem se mostrado insuficiente para o desenvolvimento de sociedades democraticamente sustentáveis e que sejam capazes de dialogar globalmente, com o consequente esvaziamento das instituições de governança global que foram criadas justamente para a preservação de bens universais. A visão liberal individualista que delegou às instituições internacionais a proteção dos direitos humanos sem considerar a existência de ‘deveres humanos’ a serem desenvolvidos não tanto com base legal, mas numa cultura, mostra-se como uma das causas da atual crise do processo de globalização ao criar a figura do ‘indivíduo dependente’ do Estado e das instituições internacionais e não das pessoas ‘interdependentes entre si’ e que vem a compor uma nação, uma família global, visão de humanidade reconhecida no preâmbulo da *DUDH* (1948).

Ao interpretar a *DUDH* (1948), Finnis observa que o modo como se comporta o discurso dos direitos, embora facilmente compreensível como uma concessão de titularidade de benefício por meio de uma regra, pode ser melhor explicado pela existência de artigos que preveem a limitação desses mesmos direitos. (FINNIS, 2011, p. 212). Para tanto, aponta para o fato que duas formas canônicas básicas foram adotadas para caracterizar cada um dos direitos/deveres da *DUDH* (1948), “todos têm direito a...” e “ninguém deve ser submetido a...”, o

que também permite apontar quais direitos são absolutos e quais podem ser eventualmente limitados. (FINNIS, 2011, p. 212). Nessa linha, o art. 29 da *DUDH (1948)* prevê limitações para “direitos e liberdades constantes na *DUDH (1948)*, donde se compreende que aqueles artigos que exibem uma prescrição do tipo negativa “ninguém deve ser submetido a...” não podem em nenhuma circunstância ser objeto de limitação por qualquer espécie de jurisdição. (FINNIS, 2011, p. 212). Estamos diante de direitos naturais primários, ligados aos primeiros preceitos da lei natural e direitos naturais secundários, forjados como fruto do *jus gentium*, espécies de bens jurídicos que não são iguais. Essa distinção é um componente interpretativo do fato que os direitos humanos são expressão histórica do direito natural (BARZOTTO, 2010), um reconhecimento dos bens necessários ao florescimento humano e portanto distingue-se seu conteúdo, que é absoluto pois cuida dos bens básicos e que não poderão ser negados à existência humana de forma absoluta (sob pena de perecimento), e sua forma de realização, que é relativa pois encarna-se num momento histórico, numa cultura, e muitas vezes são dependentes de contingências que estão fora do controle das pessoas, mas que podem e devem ser vivenciadas de forma a preservar o conteúdo absoluto dos direitos humanos e com isso o bem comum.

2.2 DIREITOS, DEVERES HUMANOS E BEM COMUM. O ARQUÉTIPO DA FRATERNIDADE

Para Finnis é razoável afirmar que existem direitos absolutos, enquanto outros, de acordo com a função que é dada a cada artigo da *DUDH (1948)* na realização do bem comum, estariam sujeitos a quatro espécies de limitações:

Eles são quádruplos: (i) garantir o devido reconhecimento pelos direitos e liberdades de terceiros; (ii) atender aos

justos requisitos de moralidade em uma sociedade democrática; (iii) atender aos requisitos de ordem pública em uma sociedade democrática; (iv) para atender aos justos requisitos do bem-estar geral em uma sociedade democrática. (FINNIS, 2011, p. 213)

Embora a referência do art. 29 da *DUDH* (1948) às limitações impostas por “bem estar geral”, “moralidade” e “ordem pública”, possa padecer de certo grau de subjetividade de acordo com a cultura jurídica que interpreta, não lhes falta propósito, nem podem ser compreendidas de modo apartado do preâmbulo, até porque, no projeto inicial de Cassin, deveria integrar o fundamento da declaração. (Glendon, Chap.10). De qualquer sorte, para Finnis, a menção aos limites específicos ao exercício dos direitos se fez necessária não somente porque cada direito traz em si uma carga de dever, mas porque

direitos humanos somente podem ser gozados de forma segura em um determinado ambiente - um contexto ou estrutura de mútuo respeito e confiança e compreensão comum, onde se desenvolve o que é fisicamente saudável e no qual os fracos podem prosseguir sem medo dos caprichos dos fortes. (FINNIS, 2011, p. 216)

Depreende-se então que os direitos humanos são componentes fundamentais do bem comum e estão sujeitos, ou são limitados uns pelos outros, ou por outros aspectos do bem comum que podem ser expressos como moralidade pública, ordem pública e saúde pública. (FINNIS, 2011). Ao aplicarmos o esquema interpretativo de Finnis, com acréscimo de uma perspectiva antropológica que tem em conta tanto as fundações da *DUDH* (1948), quanto seus precedentes históricos, tem-se então elementos qualificados para boas decisões concernentes ao aparente ‘conflito’ entre direitos. Essas são premissas importantes para iniciar um diálogo racional sobre concessões recíprocas entre direitos e que deveria ter condições de evoluir para uma verdadeira deliberação intersubjetiva que, para Baggio, pode ser alcançada por meio

de uma resignificação da alteridade que tem no arquétipo do Abandono de Jesus Crucificado um modelo de entrega e afirmação da existência do ‘Outro’ (Baggio, 2009), uma predisposição de esvaziamento de si diante do semelhante como única sede em que o diálogo acontece com todo seu potencial criativo e operativo. Paradoxalmente, o particularismo cristão do arquétipo eleito tem o condão de ser universalmente compreendido pois todos os seres humanos fazem a experiência da dor, da separação e da morte. E, do ponto de vista histórico, a leitura de Baggio permite enxergar o contexto de dor do holocausto, e outras barbáries cometidas por seres humanos em relação a outros, como espaço hermenêutico que possibilitou o diálogo subjacente à *DUDH* (1948).

A visão de ser humano do preâmbulo da *DUDH* (1948) reconhece a dignidade humana, a sua capacidade de indignação perante a barbárie, o seu anseio por liberdade:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum (...). (*DUDH*, 1948, p. 2).

Essa sensibilidade à dor alheia, que é capaz de estender a condição de irmão a quem de fato não é, mostra-se um sucedâneo da menção feita à ‘iguais em dignidade e direito’, e dificilmente pode ser compreendida em abstrato, requer a experiência da co-humanidade (BARZOTTO, 2010) para se encarnar. Por isso o recurso ao arquétipo, às histórias de pessoas que se sacrificaram na linha de frente do enfrentamento da COVID-19, daqueles que morreram abandonados por falta de cuidados médicos. Os aspectos do bem-estar humano são por um lado evidentes e passíveis de serem partilhados, por outro lado, dizem respeito a pessoas de carne e osso e devem confrontar-se necessariamente com os limites

inerentes à condição humana e em especial com a morte, que parece tornar vão o gozo desses bens. (FINNIS, 2011).

Ora, se são os conflitos entre as pessoas (não as antinomias entre direitos) a fonte dos males que “ultrajam a consciência da Humanidade”, então é necessário abrir-se ao “outro”, o sofredor, para conhecer a “si mesmo”. É necessária a fraternidade, pressuposto de uma participação mais compreensiva das pessoas na construção do bem comum, não somente para si mesmas, mas para aqueles que virão, para dar sentido a um projeto comum de humanidade plural e ao mesmo tempo composta de livres e iguais.

3 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). UNIVERSALIDADE E INTERDEPENDÊNCIA

Os autores da *DUDH (1948)* estavam conscientes da necessidade de fazer prevalecer uma cultura sobre o direito e que a *Declaração* somente cumpriria seu desiderato se no mesmo passo de sua concretização fosse capaz de desenvolver uma verdadeira cultura da dignidade humana. (GLENDON, 1999). Eles jamais pensaram que deveria existir um padrão uniforme a ser alcançado para fins de realização de direitos, pelo contrário, era esperado que “os direitos da Declaração fossem inculturados de várias maneiras, e que com o tempo o corpus de direitos humanos seria enriquecido por essas experiências variadas”. (GLENDON, 1999, p.7). A *DUDH (1948)* exprime em seu preâmbulo uma sorte de consenso metafísico que emergiu dos primeiros debates da Comissão, com a ideia de que “todo ser humano tem o direito de ser tratado como outro ser humano” e o conceito de “solidariedade e fraternidade entre os seres humanos”. (GLENDON, Chap. 4, p.37-38). Quando lida como um todo, a *DUDH (1948)* apresenta-se como um empreendimento construído sob o princípio da dignidade da pessoa huma-

na, vista como parte da família humana. Trata-se de um documento de interdependência entre povos, culturas e nações (GLENDON, Chap.), interdependência essa que é sentida de fortemente após a pandemia do COVID-19, chamando em causa a atualidade da *Declaração*.

Glendon apresenta a *DUDH (1948)* como um edifício que tem no preâmbulo seu átrio de ingresso, os dois primeiros artigos representam o fundamento que sustenta quatro colunas e um frontão que estabelece limites para o exercício dos direitos e assunção de obrigações perante a comunidade, bem como, uma abertura ao futuro, a novas perspectivas quanto ao estabelecimento de direitos. (GLENDON, 2004, Chap.10.). Essa visão é útil para a elaboração de um projeto de bem comum da humanidade, que assumiu para si a tarefa de reconhecer a lei natural, o justo, como objeto dos direitos humanos, de modo que não ficasse ao arbítrio dos poderosos a escolha dos bens que seriam concedidos aos mais humildes.

O primeiro esboço da *DUDH (1948)* foi resultado de um metódico trabalho de pesquisa sobre a filosofia de diversas culturas e diversas tradições constitucionais, o que garantiu a universalidade da proposta, condensando “em um documento quase duzentos anos de esforços para articular os mais básicos valores em termos de direitos”. (GLENDON, 2004, Chap.4, p. 13). Nos bens básicos na tríade tomista dos primeiros princípios da lei natural, vida, comunidade e verdade, e nos preceitos que estão à base dos direitos humanos, tais como a dignidade humana e fraternidade temos o princípio de justificação dos direitos humanos (BARZOTTO, 2010) e que pode ser compreendido universalmente, pré-condição axiológica para um diálogo sobre os bens mais caros à humanidade, expressos em termos de direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Para Cassin, que foi responsável pela estruturação do texto, a *Declaração* deveria embasar direitos universais “no grande princípio fundamental da unidade de todas as raças da espécie humana”, daí a

descrição primitiva de humanidade do art. 1º “todos os homens, por serem membros de uma família, são livres e possuem igual dignidade e direitos, e devem considerar-se um ao outro como irmãos”. Depois esse artigo acabou sendo revisado para acrescentar o dom da razão como constitutivo da espécie humana e, sob a moção de Chang, representante da China, todos concordaram em acrescentar uma noção oriental intraduzível, ‘*ren*’, que poderia expressar ‘*uma pessoa em relação a outra*’, ou compaixão, na terminologia de Rousseau. Ao final a palavra escolhida foi “consciência”, termo que não exprime o que Chang estava propondo e, somente num esforço interpretativo poderíamos dizer “consciência sobre o outro”, ou empatia. (GLENDON, Chap.4.). A presença de conceitos como ‘consciência’, ‘dignidade’ e ‘fraternidade’ em diversas culturas foi importante para a universalização de uma visão de humanidade por meio de uma *Declaração* de direitos. Portanto, a *DUDH (1948)* não é neutra em relação a uma determinada antropologia e os bens lá elencados podem ser tidos como comprometidos com a construção de um determinado tipo de humanidade, comunidade democrática que se relaciona como uma família desde a menor célula até a comunidade internacional.

3.1 OS BENS PROTEGIDOS PELA *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)*

Ao tomarmos a tríade tomista dos bens, vida, comunidade e verdade que, como dito, são fruto da relação estabelecida pela razão entre lei natural e lei humana, para ir aos detalhes, chegamos aos bens elencados por Finnis como necessários ao florescimento humano. Esses bens, não sem razão, exibem similitude com os direitos reconhecidos pela *DUDH (1948)*.

O primeiro bem a ser considerado como básico é a vida, que contempla desde a corporeidade e o reconhecimento da dignidade da vida humana à procriação e todas as formas de preservação da vida. (FINNIS, 2011). Na *DUDH (1948)* aparece uma menção explícita à vida no art. 3º, bem como, na sua quarta coluna, entre as referências feitas pelo art. 25 ao direito à saúde, a proteção à maternidade e à infância. Considerando a generalidade da *Declaração*, outros temas relativos à saúde pública deixaram de ser abordados em respeito às soberanias nacionais. De qualquer sorte e, tendo presente que o direito à vida está no cerne do debate relativo ao enfrentamento da pandemia, é importante apontar para a falha ética de incorrer em preferências arbitrárias entre valores, citada por Finnis entre os requisitos da razoabilidade prática. (FINNIS, 2011). Além disso, é importante fazer preceder o debate relativo ao enfrentamento da pandemia, em tudo que foi dito anteriormente acerca do fundamento dos direitos humanos e tudo o que se dirá na sequência sobre a busca da verdade.

Com lastro em Aristóteles e Aquino, o segundo bem é o conhecimento. Esse é visto de forma privilegiada em relação aos demais por ser um indicativo natural da finalidade da vida humana, exprime não tanto o conhecimento instrumental, mas o anseio e a busca por conhecer a verdade por si mesma, de evitar erro e ignorância, bem como, obter julgamentos corretos. (FINNIS, 2011). O direito de gozar desse bem incomensurável encontra eco tanto no direito de reconhecimento da personalidade da pessoa e a um procedimento criminal justo, da primeira coluna, quanto no direito à liberdade de pensamento e imprensa da terceira coluna, como no direito à educação da quarta coluna da *DUDH (1948)*. O conhecimento não é um bem para ser retido para si mesmo, mas que tem o condão de ser comunicado com outros, e com isso o potencial de criar comprometimento com projetos comuns (FINNIS, 2011), de tal sorte que a realização de outros bens sequer é possível sem gozo desse bem básico.

O terceiro e quarto bens contemplados no esquema de Finnis representam o aspecto lúdico da vida humana, ou seja, o jogo e a experiência estética, que aparecem no art. 27 da *DUDH (1948)* no que se refere ao direito ao gozo de produção cultural e artística. A importância do lúdico é vista de forma aumentada enquanto as pessoas vivem em isolamento social, isso porque tece liame entre conhecimento e sociabilidade, faz o ser humano participar da beleza da natureza transformando-a em obras inéditas. (LUBICH, 2001).

A sociabilidade ou amizade é o quinto bem a ser considerado, e engloba as formas de associação desde a família, passando pelo trabalho, até a possibilidade de participação na política e nas decisões de uma sociedade democrática. É possível vislumbrar esse bem como reconhecido na proteção dada à família da segunda coluna da *DUDH (1948)*, liberdade de associação e participação política, da terceira coluna e direito ao trabalho, da quarta coluna.

4 A RACIONALIDADE E A MORALIDADE EXIGIDAS NAS DECISÕES CONCERNENTES À PANDEMIA

Considerando a antropologia que sustenta a *DUDH (1948)*, uma determinada teoria dos bens e a utilidade do mencionado esquema interpretativo de Finnis de quatro graus de limitação de direitos, em confronto com a urgência de limitações de direitos exigidas pela pandemia no Brasil, percebe-se que foi exigida dos Estados e Municípios a aplicação do primeiro grau de limitação de direitos, ou seja, aquele que faz apelo ao “devido reconhecimento pelos direitos e liberdades de terceiros”, ou seja, não era o caso de invocar as limitações exigidas com o fim de preservar a ordem pública, nem a moralidade pública, nem o bem estar geral de uma sociedade democrática, mas de garantir que o exercício de direitos tão importantes quanto direito de reunião, culto,

locomoção e trabalho por muitos, não viessem impedir que outros gozassem do direito à vida e saúde.

Por exemplo, o estado de calamidade pública declarado pelo Dec. 20.534/2020 do Município de Porto Alegre e pelo Dec. 55.128/2020 do Estado do Rio Grande do Sul, não se enquadram nas previsões constitucionais de limitação de direitos dos arts. 136 e seguintes da CF, que demandariam aplicação dos três últimos graus de limitação de direitos, mas são fruto da competência concorrente ou suplementar concedida a Estados e Municípios pelos arts. 24, XII e 30, II da Constituição Federal. No Município de Porto Alegre por força do referido Decreto Municipal o comércio de bens e serviços não essenciais fechou suas portas e ordenado o isolamento domiciliar de pessoas de mais de 60 anos (art. 43), mas sem imposição de alguma penalidade. A população em geral foi orientada publicamente a isolar-se, mas tratou-se de um isolamento voluntário, com efeitos positivos sobre a curva de avanço da COVID-19, permitindo que o sistema de saúde se preparasse adequadamente para enfrentá-la.

Não se trata então de dar prevalência a um ou outro direito, como estivessem colocados sobre uma balança consequencialista (FINNIS, 2011) mas de, com base em informações, criar as condições para que as decisões tomadas em um gabinete de crise tenham razoabilidade prática e, mesmo com o sacrifício de alguns bens condicionais, não atinjam diretamente bens incondicionais, e que, ao menos um valor básico, seja preservado em cada decisão (FINNIS, 2011). A mera fixação de objetivos consequencialistas, como ‘proveito líquido’ de uma determinada medida, nada mais faz que instrumentalizar bens ligados à personalidade com esses, os próprios seres humanos:

Quando alguém está decidindo o que fazer, não pode razoavelmente fechar os olhos para a estrutura causal do projeto; (...). Não poderá engajar-se senão diretamente com um bem básico, como a vida humana. (FINNIS, 2011, p.121).

Ainda, do ponto de vista ético, para que uma decisão pudesse ser considerada razoável, a pessoa deveria estar suficientemente desapegada de seus impulsos e de um projeto específico, de modo que todos os valores básicos sejam considerados com abertura criativa, o que permitiria que eventuais danos laterais às pessoas fossem minimizados e danos definitivos evitados. (FINNIS, 2011). Ou seja, é importante ter em mente que danos à saúde das pessoas têm grande risco de tornarem-se definitivos, o que exige que responsabilidades comuns sejam assumidas no enfrentamento da pandemia, inclusive para além das prescrições legais, como ocorreu quando muitos brasileiros isolaram-se voluntariamente de modo a evitar a propagação da COVID-19. Mesmo na ausência de respostas legais, mesmo na inação dos entes governamentais, sempre será possível ao ser humano extrair de sua natureza uma resposta da lei natural para uma crise comunitária.

Estamos diante de uma faceta da aplicação do princípio da fraternidade que, além de garantir a sobrevivência da liberdade e igualdade, “responsabiliza cada indivíduo pelo outro e, conseqüentemente, pelo bem da comunidade, e promove a busca de soluções para a aplicação dos direitos humanos que não passam necessariamente pela autoridade pública”. (AQUINI, 2008, p. 138). E, se os direitos que têm carga negativa, “ninguém deve ser...”, que são alguns dos direitos de liberdade das três primeiras colunas da declaração, não podem ser absolutamente desrespeitados, mas é possível haver concessões recíprocas entre direitos positivos de liberdade, de fórmula “todos têm direito de...”, e direitos de igualdade que são veiculados na quarta coluna da *DUDH (1948)*, essa mediação ocorre pela aplicação do art. 29 da *DUDH (1948)* que é um sucedâneo do dever de fraternidade do art. 1º do mesmo diploma e síntese de compreensão dos direitos humanos como uma responsabilidade assumida em comunidade e de deveres éticos que se concretizam no cotidiano de pessoas de carne e osso.

5 DIREITOS E DEVERES. UMA ÉTICA UNIVERSALIZÁVEL DA FRATERNIDADE

Há quem lamente o fato que a *Declaração* se contentou com a referência genérica e não trouxe menção específica a deveres sociais e comunitários. Durante os debates para a elaboração da *DUDH (1948)*, em outubro de 1948, houve intensa discussão sobre a possibilidade de confrontar o projeto preliminar de Humphrey com a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem da OEA (1948)*, que contém em seu bojo um rol de ‘deveres humanos’. Mas a ideia acabou deixada de lado ante a constatação de que esse texto, que era nutrido por uma filosofia ocidental, não poderia ser seguido por outras culturas. (GLENDON, Chap. 8.). Essa discussão precedeu um aumento da preocupação acerca da falta de menção às específicas responsabilidades comunitárias no texto da *DUDH (1948)*. Para Chang, delegado da China, era de extrema importância a menção a deveres pois o objetivo das Nações Unidas seria aquele de promover uma melhora na estatura moral da humanidade, mas prevaleceu a ideia de Cassin de que todo o texto cobriria a ideia de deveres (GLENDON, Chap.8), ou seja, Cassin fazia presumir à existência de direitos, a correlatividade dos deveres e isso não somente como apelo ao art. 29, mas à essência do próprio direito como justo natural. Finnis lembra que, para certas tribos da África, direito e dever seriam termos abrangidos por uma mesma palavra (FINNIS, 2011, p. 209) e se o comunitarismo africano e suas diferentes visões de mundo não foram suficientemente consideradas na construção cultural da *DUDH (1948)*, ao menos podemos dizer que essa ideia é plenamente compreensível para o povo africano que possui em si um grau intenso de comunitarismo onde as relações familiares são experimentadas para além do vínculo de parentesco. (ZANZUCHI, 2002).

Para Finnis, a comunidade, em seu aspecto básico se dá pela eleição de objetivos e projetos comuns e a relação entre os membros

da comunidade, em seu aspecto mais significativo, é a amizade. Ora, a amizade é uma forma de relacionamento qualificada pelo afeto a tal ponto que o bem estar do amigo é o seu e essa experiência é fundadora de sentido para tudo aquilo que é feito com sacrifício pessoal, visando o bem de uma comunidade (FINNIS, 2011, p.372), mas isso pode não ser visto como suficiente para justificar o sacrifício pessoal feito pela comunidade global, por alguém cujo bem não é visível como ocorre quando toda humanidade está exposta ao contágio, momento em que a contingência tornou visível a existência de um bem comum, através da emergência de um mal comum. Um momento da humanidade que desvela em instantes a objetividade do bem humano, escondendo a subjetividade tão intensamente experimentada durante os últimos desenvolvimentos fragmentários resultantes da globalização.

Mesmo que admitamos que esses anseios nacionalistas e fragmentários estejam ainda em pleno desenvolvimento, percebe-se que a pandemia, ao mesmo tempo que descortina a incompletude inerente ao projeto dos direitos humanos, oferece um novo espaço hermenêutico para que eles sejam concretizados à luz de uma racionalidade que tem como premissa o reconhecimento do outro como alguém a quem chamar de “tu”, uma pessoa que, por ser um semelhante, é um “irmão” pelo qual é possível ter um amor consciente, ou “*ren*”, como diria Chang, porque é através do “irmão” que a pessoa se identifica. Assim como Tomás de Aquino propõe uma secularização da igualdade, pressionando pela ruptura dos limites feudais impostos por sectarismos aristocráticos, para assim forjar uma ética universalista da fraternidade laica (BARZOTTO, 2010). Os tempos de hoje urgem pela superação de bairrismos e intransigências culturais que até hoje impedem a realização dos direitos humanos, quando violações são abrigadas pelo manto por vezes nefasto de soberanias que tolhem o acesso das pessoas à verdade, como demonstram fatos aterradores da história recente. O fato que a soberania pode ser obstáculo à realização dos direitos humanos, demanda a utili-

zação de instrumentos de diálogo multilateral ou, uma ‘aprendizagem’ multilateral e complementar, em uma alteração livre da expressão de Habermas (2006). É necessário que, os princípios da justiça penetrem previamente a trama complexa de diversas concepções culturais (HABERMAS, 2006) e, partindo de premissas comuns inerentes à dignidade humana, admitamos os limites das próprias culturas para ampliar a capacidade humana de compreender-se em relação ao outro e criar as condições para uma cultura da fraternidade.

6 CONCLUSÃO

A *DUDH (1948)* representa um empreendimento em si incompleto, que contém muito do que é necessário para a compreensão da natureza humana, bem como, uma ética subjacente que permite que os direitos humanos sejam lidos como instrumento da realização do bem comum mediante o esforço da fraternidade, da abertura ao outro e às gerações futuras. Não é possível haurir frutos dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos sem a adoção generalizada de uma ética universalista da fraternidade. (BARZOTTO, 2010). Essa ética, que em parte é experimentada dentro de comunidades de vizinhança, não é imediatamente universalizável nem pode ser implementada por imposição legal, mas pode ser estimulada, aprendida por meio de exemplos, histórias e testemunhos.

Se a fraternidade experimentada em uma comunidade de vizinhança ensina que “é devedora em termos éticos em relação a toda pessoa humana sob pena de mutilar sua própria humanidade”. (BARZOTTO, 2010, p. 57) e para realizar e viver a experiência da família humana é que muitos direitos são tutelados pela *DUDH (1948)*, então não é equivocado esperar na universalização da ética da fraternidade. Para Agnes Bernhard:

Entendemos a realização da fraternidade como o interesse comum da humanidade. A interdependência dos homens em todos os lugares e em todos os momentos e em seu espaço de vida constitui, do ponto de vista da fraternidade, uma unidade que é um pré-requisito para uma responsabilidade comum. (BERNHARD, 2005, p. 53)

Assim como para Aristóteles todo e qualquer bem é negligenciado pelo valor da amizade, podemos dizer com maior propriedade que todo e qualquer bem pode ser colocado em segundo plano diante do desejo de viver ‘em família’ ou num ambiente ‘fraternal’ que, partindo da compaixão por quem sofre, tem o condão de se alargar à humanidade. Nas palavras de Chiara Lubich, “é a fraternidade que nos realiza como cidadãos” e, se a cidade é o lugar onde a fraternidade é vivida concretamente, é também a sede onde amadurece aquilo que a pessoa tem em si de universal, a sua própria humanidade. (LUBICH, 2001, p. 307)

7 REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antonio Maria. et al. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p.127-151

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vol.IV. 2ª Ed. São Paulo: Loyola, 2010.

BAGGIO, Antonio Maria. A inteligência fraterna. In: _____. et al. **O Princípio Esquecido**, vol.II, São Paulo: Ed. Cidade Nova. 2009, p. 85-129

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BERNHARD, Agnes. Elementi del Concetto di Fraternità e Diritto Costituzionale. In: CASO, Gianni. **Relazionalità nel diritto: quale spazio per la fraternità?** Atti del Convegno Castelgandolfo 18-20 novembre 2005. Roma: Città Nuova, 2006, p.49-59

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FINNIS, John Mitchell. **Natural Law and Natural Rights**. 2nd Ed. New York: Ed.Oxford University Press, 2011.

GLENDON, Mary Ann. **A world made new. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights.** New York: Random House, 2001.

_____. **Rights Talk: The impoverishment of the political discourse.** New York: The Free Press, 1991.

_____. Knowing the Universal Declaration of Human Rights. *Notre Dame Law Review*, v.73, issue 5, p. 1153-1189, june 1999.

HARBEMAS, Jurgen. Sobre la fundamentacion del Estado Democrático a partir de las fontes de la razón practica. In: _____; RATZINGER. Joseph. **Dialectica de la Secularizacion.** Madrid: Ediciones Encuentro, 2006.

HUNT, Lynn. **Inventing Human Rights.** New York: W. W. Norton & Company, 2007.

LUBICH, Chiara. **La Dottrina Spirituale.** Roma: Mondadori, 2001.

ZANZUCHI, Michelle. **Fontem. Un nuovo popolo.** Roma: Città Nuova, 2002.

CAPÍTULO 2

A ESCOLHA DE SOFIA; A VIDA REDUZIDA A NÚMEROS



LUÍZA TRINDADE FREIRE

Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT)
<http://lattes.cnpq.br/2413582644483684>

RHAYSSA FERREIRA GONÇALVES SANTOS

Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT)
<http://lattes.cnpq.br/3007425204552591>

1 INTRODUÇÃO

É sabido que questões relativas à vida e à morte, desde os primórdios da antiguidade, são objeto de calorosos debates nas mais diversas áreas, como na medicina, filosofia e psicologia. No âmbito legal, não poderia ser diferente. Afinal, a sociedade é marcada por um temor extremo à morte e pela perpetuação de uma cultura à vida a qualquer custo. Esta é encarada como um bem supremo, a qual possui guarida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 5º, *caput*), qualificada como direito fundamental, garantindo a todo indivíduo uma vida com dignidade, a qual é vislumbrada como aquilo que é inestimável, consoante às lições do filósofo Immanuel Kant (KANT, 1986).

Insta destacar que o presente estudo não vai de encontro à aludida valoração ao bem jurídico vida. Pelo contrário, busca-se provocar uma reflexão acerca da pontual prática de relativização desse direito, consubstanciada no sopesamento e valoração de vidas, em que uma é sacrificada em prol de outras, no contexto da atual pandemia, ocasionada pela SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome – Rela-*

ted Coronavirus 2), geradora de impactos severos, como a escassez de recursos suficientes no sistema de saúde brasileiro, em contraponto ao vasto número de indivíduos contaminados.

Nesse cenário, a Escolha de Sofia é uma expressão que vem sendo largamente utilizada, por remeter às decisões difíceis que os médicos têm sido compelidos a praticar no cotidiano de diversos nosocomios do país. Condutas estas respaldadas pelas diretrizes do Conselho Federal de Medicina (CFM), que, no entanto, acarretam grandes sacrifícios pessoais.

Quanto à metodologia deste capítulo, mostra-se importante expor que a fundamentação acontecerá com fulcro no método dedutivo de pesquisa, baseado, predominantemente, na análise de meios bibliográficos e documentais publicados.

2 A GARANTIA CONSTITUCIONAL À VIDA, À DIGNIDADE E À SAÚDE FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19

Ab initio, antes de adentrar na problemática, objeto central do presente capítulo, qual seja a prática da referida Escolha de Sofia, mostra-se oportuna uma breve análise acerca do direito à vida, o qual é de complexidade inesgotável, tendo em vista ser objeto de extrema tutela jurídica. Ressalta-se, nesse sentido, que a importância conferida ao aludido direito decorre do fato de que é a existência humana a base e pilar das demais garantias constitucionais (MENDES, 2013), detendo o direito à vida caráter *erga omnes*.

Destarte, é imperioso destacar que o direito à vida, assim como os demais direitos fundamentais, tem como razão o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consoante leciona a Lei Maior (art. 1º, III, 1988). Assegura-se a todos os indivíduos com personalidade jurídica uma vida digna, sendo esta,

portanto, inerente ao ser humano, bem como constitui a “essência dos direitos da personalidade” (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 469).

Neste ínterim, pontua-se que a vida é protegida como um direito supremo e inviolável e traz a obrigação de defesa por parte do Estado. No entanto, no que tange ao seu caráter absoluto, há larga discussão ante o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), que, em sede do notório Mandado de Segurança nº 23452 (SIQUEIRA-BATISTA, 2020; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1999), entendeu pela inexistência de direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à tona a possibilidade de relativização de direitos fundamentais, de forma excepcional e, no entanto, nos limites da Constituição (FREIRE, 2019).

Essa visão contempla eventuais situações em que, diante de uma dicotomia entre direitos individuais e direitos coletivos, aqueles seriam passíveis de relativização em prol da coletividade. É o que vem ocorrendo durante a pandemia do coronavírus, em que vidas vêm sendo sopesadas com base em critérios técnicos e éticos (SIQUEIRA-BATISTA, 2020) que determinam, por exemplo, a quem vai ser destinada uma vaga na Unidade de Terapia Intensiva (UTI), em virtude da incapacidade do sistema de saúde, cuja ideologia é, de forma contraditória, a de que todos devem receber o mesmo tratamento.

Afinal, como decorrência do próprio direito à vida, a legislação brasileira prevê o direito à saúde nos artigos 196 e 197 da *lex mater* (BRASIL, 1988). Este é um direito de todos e dever do Estado, a quem cabe prestar auxílio ao cidadão, portanto, é indiscutível perante o ordenamento jurídico brasileiro que a todos os cidadãos deve ser garantido o acesso à saúde independente de se tratar de um ente público ou privado, jurídico ou físico.

Infere-se que uma existência digna deveria permear toda a existência humana, em todas as etapas da vida (MABTUM; MARCHETTO, 2015). No entanto, na prática, nem sempre esse respeito é de possí-

vel execução. Isto, pois, embora se observe um culto exacerbado à vida, baseada na crença de uma suposta onipotência médica como um mecanismo à manutenção da vida, não se pode olvidar do fato de que, não obstante, sejam inconteste os avanços científicos ao longo dos anos, a medicina ainda é marcada por limitações diante do desconhecido e do insuperável (JUNIOR, 2007), bem como por fatores externos.

É nesse cenário limitativo que se enquadra o contexto pátrio vigente. Afinal, com a pandemia da COVID-19, confirmada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em março do ano corrente (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020) e, a posteriori, com transmissão comunitária declarada pelo Ministério da Saúde, por intermédio da Portaria nº 454 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020a), surgiu a problemática da escassez de recursos.

Frente à aludida questão, os profissionais de saúde de nações, cujo sistema de saúde não comporta o crescimento da demanda alarmante, como o Brasil — âmbito de abrangência deste estudo —, encaram a prática de uma escolha impossível: determinar, com respaldo em critérios científicos, qual vida vale mais, quando, na verdade, todas importam na mesma proporção. Ocorre que, embora cruel, é a medida que vem tendo que ser tomada diariamente no país.

Destaca-se que o cenário que relativiza direitos constitucionalmente assegurados em prol da própria sociedade é a concretização do que se denomina de medicina de desastre ou de catástrofe, ocasionada pela existência de inúmeros casos de extrema gravidade, que fazem surgir a necessidade de condutas e protocolos específicos e não habituais, diante da vivência de uma situação excepcional (SILVA, 2015).

À luz das razões ora delineadas, depreende-se que, no contexto vigente, foi a pandemia da COVID-19 que fez surgir um novo paradigma no Brasil, em que “escolhas de Sofia” hão de ser praticadas no cotidiano dos profissionais de saúde.

Afinal, a demanda ocasionada pela corrente pandemia implica na insuficiência e esgotamento do sistema de saúde, cuja própria realidade fundamenta e legitima a avaliação de vidas humanas mediante *scores* técnicos, implicando na morte do indivíduo mais vulnerável (WELD, 2020). O que ocorre em contraponto às garantias constitucionais que respaldam a ideia de que todas as vidas importam e possuem igual proteção jurídica, relativizando o direito à vida digna e à saúde.

3 A ESCOLHA DE SOFIA COMO DECISÃO VITAL DO MÉDICO NO CONTEXTO DA PANDEMIA

A Escolha de Sofia é uma expressão comumente utilizada para retratar a tomada de decisões que demandam o sopesamento de valores inegociáveis e clamam uma solução imediata.

A expressão faz referência ao romance escrito de William Styron, transformado em filme. Nele retrata-se a vida de Sofia, uma mãe polaca que é presa junto com seus dois filhos pequenos no campo de concentração de Auschwitz. (STYRON, 2012).

No cenário da 2ª Guerra mundial, um oficial nazista dá a ela a escolha de salvar uma de suas crianças da execução ou, fatalmente, ambas morreriam, colocando Sofia frente ao dilema de decidir qual filho deveria viver. Na obra, Sofia é impelida a decidir entre duas alternativas igualmente insofritáveis, decisão que lhe acompanharia pelo resto de sua vida (STYRON, 2012).

Embora pareça apenas uma obra de ficção, o contexto tenebroso da escolha entre quem vive e quem morre tem sido uma rotina no ambiente hospitalar brasileiro, sobretudo no contexto da Pandemia do COVID-19, a qual incumbe ao médico o terrível dilema da Escolha de Sofia.

3.1 A SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA E A ESCASSEZ DE RECURSOS COMO PANORAMA DA ESCOLHA DO MÉDICO

Em virtude da necessidade de contenção da pandemia da COVID-19, houve a elevação dos gastos públicos para proteger a saúde da população brasileira. No entanto, diante da “precariedade” (ALMEIDA, 2013) do sistema de saúde pública que já era defasado e do aumento no número de casos confirmados da COVID-19, além da perspectiva de queda de arrecadação frente à necessária utilização de medidas de distanciamento social e a até determinação do *lockdown* — impondo fechamento da indústria, comércio, dentre outros — foram observadas consequências diversas, como o aumento de desemprego e a publicação do Decreto Legislativo nº 06 de 2020 (BRASIL, 2020a), reconhecendo, ante os fatores mencionados, a situação de calamidade pública.

In loco, mais especificamente no ambiente hospitalar, a calamidade se tornou patente. Luvas, máscaras, medicamentos, equipamentos hospitalares e, dentre eles, o ventilador mecânico e os equipamentos de proteção individual (BRASIL, 2010), já não se mostraram suficientes para atender o número de casos que crescia vertiginosamente (BRASIL, 2020b) e demandava ampliação de números de leitos (CRISTALDO, 2020) para atendimento adequado dos doentes. Em contrapartida, a oferta dos suprimentos médicos só diminuía ante ao inédito cenário pandêmico, que não apenas o Brasil, mas também fez diversos países do mundo concorrerem na aquisição dos insumos médicos, dando largada à corrida desigual e sem regras.

Um exemplo do referido cenário, com possíveis transgressões na fila de compras, foi o caso que ocorreu com o Governo da Bahia, em que em uma operação de aquisição de 600 respiradores artificiais, a carga foi retida nos Estados Unidos devido o cancelamento unilateral do contrato pelo vendedor, sob a justificativa de que a carga teria outro destino (ISTOÉ, 2020).

Outro caso foi o relatado pelo ex-ministro da saúde do Brasil, Luiz Henrique Mandetta, que, em entrevista coletiva do dia 01/04/2020, transmitida a todos os meios de comunicação, declarou que as compras efetuadas pelo Brasil de equipamentos de proteção individual à China “caíram por terra após os Estados Unidos adquirirem um volume maior desses produtos” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020b).

Mencionou ainda que mesmo com a contratação efetuada, com a entrega da “primeira parte” de equipamentos ao Brasil, a entrega do restante havia sido cancelada sob a justificativa do vendedor de que não se tinham mais os equipamentos ou que não conseguiriam fazer a entrega” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020c). Declarou ainda que “às vezes o colapso é quando tem dinheiro e não tem o produto. O mundo inteiro também quer. Tem problema de demanda superaquecida” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020c).

Neste panorama mundial de oferta cada vez mais escassa, o sistema de saúde brasileiro caminhou gradativamente ao precipício do colapso, dada a indisponibilidade de insumos para produção dos suprimentos, bem como o tempo (ALERIGI JÚNIOR, 2020) de sua produção para posterior disposição para venda à enorme fila de compradores — entre eles o Brasil (AGOSTINI, 2020), além da urgente necessidade de atendimento aos acometidos da COVID-19.

Medidas de distanciamento social adotadas pelos estados brasileiros (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020) para conter a “curva de crescimento” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020d) da contaminação da COVID-19 foram providências imprescindíveis para o preparo dos hospitais públicos e privados, a fim de receber os doentes e evitar seu funcionamento em capacidade máxima. Todavia, a medida restou insuficiente para evitar o “boom” da doença e o esgotamento de leitos de hospitais (JORNAL NACIONAL, 2020; NUNES, 2020).

O contingenciamento insuficiente andava a passos largos à falência. Leitos disponíveis só quando liberados pela morte de um pacien-

te ou pela alta médica (CARNEIRO, 2020; PORTAL DO ENVELHECIMENTO, 2020), — considerando que a ampliação de leitos dependia da aquisição de equipamento e estes eram faltantes — enquanto aos que conseguiam entrar nos hospitais, faltavam insumos médicos ou eram insuficientes para atendimento de todos. Situação que impôs ao médico a crucificante decisão vital de escolher quem iria ser tratado primeiro. Uma escolha de preterição, da qual a morte pode ser consequência.

3.2 A ESCOLHA DO MÉDICO E O PROCESSO DE TOMADAS DE DECISÕES

Convém destacar que o médico é impelido a tomar decisões sobre a saúde de seu paciente no cotidiano, estando sempre diante de cenário de escolhas acerca do melhor tratamento, do remédio a ser prescrito, do exame ou hospital para submeter o paciente, além de avaliação de prognósticos, direcionamento de intervenções terapêuticas e escolhas outras.

Nesse contexto, o processo de tomada de decisões para escolha médica é tratado no curso de formação, sob a ótica da bioética complexa, cujo “objetivo centra-se em buscar solucionar problemas, ciente de que não há uma solução ideal, mas buscar achar a melhor solução disponível nas circunstâncias reais” (MORREIN *apud* GOLDIM, 2009, p. 58). Durante esse processo, incumbe ao médico a reflexão de identificar adequadamente o problema, contextualizado frente aos fatos e circunstâncias do caso, sopesando as escolhas diante das possíveis e prováveis consequências, avaliando as alternativas, levando em consideração as experiências e vivências e criando todo um quadro avaliativo da situação clínica do paciente.

Afinal, na escolha, o médico julgará se algo seria conveniente, “teria que pesar as vantagens e as desvantagens envolvidas em deter-

minados meios para a realização de tal ação (...), o que implicaria que os interesses produzidos pelos meios escolhidos superariam as desvantagens eventualmente produzidas” (SIMÕES, 2016, p. 10). Considere-se, ainda, a “utilidade”, que, nas palavras de Jonh Stuart Mill, seria “a solução última de todas as questões éticas, devendo-se empregá-la, porém, em seu sentido amplo, a saber, a utilidade fundamentada nos interesses permanentes do homem com um ser de progresso” (*apud* SIMÕES, 2016, p. 10).

Nesse processo, é fundamental reconhecer que algumas vezes as circunstâncias podem ser alteradas, e em outras não; assim como algumas delas dependem do ‘médico’ e outras não (SIMÕES, 2016). Como no caso da pandemia da COVID-19, cenário inédito que sobreveio ao mundo. Observa-se que a Escolha de Sofia é uma questão bio-ética, que impõe a avaliação de todo corpo fático e integra o panorama para a decisão do médico.

Exemplificando esse processo de escolha, o médico deve considerar o contexto da pandemia da COVID-19, bem como o seu impacto ao sistema público de saúde, tendo em vista que nenhum país estava preparado para uma demanda tão exacerbada e em constante crescimento, com alta demanda de equipamentos médicos, desde os de proteção para evitar o contágio, até os leitos de UTI e ventiladores mecânicos. Deve se levar em consideração, também, o fato de os leitos estarem ocupados em quase sua totalidade, beirando o esgotamento e que outras doenças não deixam de surgir e demandam, da mesma forma, cuidados médicos e leitos entre outras medidas.

Destarte, cabe ao profissional da saúde atuar com vistas a garantir justiça e equidade ao adotar procedimentos de serviço à saúde, que, no presente cenário, vê-se exaurindo diante da desproporção entre a necessidade das pessoas infectadas e a distribuição de recursos limitados. É flagrante que o processo de decisão do médico no contexto da COVID-19 não é fácil, sobretudo quando há um vasto número de

pessoas infectadas e um pequeno número de recursos disponíveis, que representam a chance de manter a vida do paciente.

É nesse contexto que os profissionais de saúde passam a ter a martirizante incumbência da tomada de decisão sobre a destinação de recursos. Isto é, diante de “x” números de leitos de UTI e “10x” mais pacientes com necessidade de cuidados intensivos, cabe ao médico decidir, em curto espaço de tempo, dentre os pacientes em estado grave, qual irá para o leito de UTI disponível.

Com tantos dilemas, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 2.271/2020 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020) — que regulamenta os critérios para funcionamento de Unidades de Terapia Intensiva (UTI) e Unidades de Cuidados Intermediários (UCI) no Brasil — além da regulamentação existente, de n. 2156/2006, a fim de subsidiar o processo de tomada de decisões.

Como decorrência, o Conselho Regional de Medicina de Pernambuco (CREMEPE) publicou a Recomendação nº 05/2020. Ela estabelece um esquema valorativo para escolha do médico, por meio de um escore, método de contagem unificado para priorização de acesso aos leitos de UTI, valorando segundo a previsão de sobrevivência em curto prazo determinado, o *Sequential Organ Failure Assessment – SOFA* (ALVES, 2012), previsão de sobrevivência a longo prazo, avaliado pela presença de comorbidades e/ou fragilidade, submetido ao índice de Comorbidade de Charlson-ICC (ALVES, 2012) e *Clinical Frailty Scale*, respectivamente, e a previsão de sobrevivência global e de resposta terapêutica, analisada pelo *Karnofsky Performance Status KPS* (BO-NASSA, 2005 *apud* POLO; MORAES, 2009).

O escore passou a ser um placar da vida, expresso em números, norteando o médico acerca de qual paciente deve ser priorizado, viabilizando o mínimo de justiça. Afinal, o médico, no processo de escolha, subsidiado pela bioética, utiliza como referenciais os princípios da beneficência, justiça e respeito às pessoas (GOLDIM, 2009). A fórmula

permite escalonar as chances de vida do paciente, ganhando o direito à assistência aquele que alcance melhor pontuação nos critérios.

O escore de priorização não é inédito na literatura médica mundial, considerando que viabiliza a triagem e promove a garantia do uso equitativo e eficiente dos recursos frente à situação do paciente (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO, 2020a).

Observa-se que o cenário narrado revela um utilitarismo prático (DICKENS, 2014), visto que envolve cálculos sistemáticos, considerando a verdadeira máquina de calcular (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO, 2020b) oferecida pelo Conselho Regional de Medicina de Pernambuco (CREMEPE) para auxiliar o médico na aplicação prática da fórmula da sobrevivência, tendo em vista o curto espaço de tempo para a escolha crucial de quem vive. Equivoca-se, todavia, a ótica de que essa triagem, valorada em números, diz ao médico como deliberar, visto que ela apenas justifica a deliberação, recaindo sobre o profissional da medicina o encargo da Escolha de Sofia.

3.3 A ESCOLHA DO MÉDICO COMO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Diante dos aludidos dilemas decisórios, o médico encontra proteção legal para suas escolhas, especialmente por agir no estrito cumprimento do dever legal, enquadrando suas escolhas na previsão do artigo 23 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), em que trata da excludente de ilicitude. Isto é, seu comportamento não é dotado de antijuridicidade e não viola, *a priori*, o ordenamento jurídico pátrio, por estar exercendo seu mister de ofício.

Além de estar no exercício legal de sua profissão, o cenário de pandemia e as escolhas que o profissional da saúde realiza revelam um estado de necessidade. Afinal, a escolha do médico, mediante os proto-

colos de triagem, adequam-se ao *caput* do artigo 24, do aludido código (BRASIL, 1940), na medida em que praticou o ato de escolha para salvar o paciente de um perigo atual. Perigo este não provocado por sua vontade, nem que podia ser evitado, e cujo sacrifício da escolha, segundo o critério (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016) vigente de admissão e alta em UTI, não era razoável de se exigir.

“A situação de necessidade pressupõe, antes de tudo, a existência de um perigo (atual) que ponha em conflito dois ou mais interesses legítimos, que, pelas circunstâncias, não podem ser todos salvos” (ESTEFAN, 2016, p. 270). De forma mais fria e clínica: “um deles pelo menos terá que perecer em razão dos demais” (ESTEFAN, 2016, p. 270). Na Escolha de Sofia, os bens em conflitos são equivalentes. E frente à necessária ponderação que se exige no estado de necessidade, a métrica da calculadora de escores subsidia bem a “análise comparativa entre o bem salvo e o bem sacrificado” (ESTEFAN, 2016, p. 270).

A escolha do médico encontra esteio na denominada justa causa, que dispensa a responsabilização disciplinar. Posto que “se entende que ela ocorrerá sempre que o interesse de ordem moral ou social justifique o não cumprimento da norma e desde que os motivos apresentados sejam realmente capazes de legitimar tal violação” (FRANÇA, 2020, *online*).

Civilmente, isenta-se o médico da imputação de responsabilidade, considerando a escassez de recursos decorrente à pandemia, como um caso fortuito. Isto é, o fato ocorre independente da vontade do médico, levando em conta as proporções imprevisíveis e inevitáveis dos efeitos pandêmicos.

Diante das razões supra, é inconteste que os médicos, ao praticarem as aludidas Escolhas de Sofia, agem em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, estando as condutas amparadas legalmente.

4 CONCLUSÃO

Delineados os pressupostos supramencionados, depreende-se que o direito à vida é, por excelência, objeto de robusta tutela jurídica no âmbito brasileiro. Desse direito, emanam os direitos da personalidade. Igualmente, infere-se ser a dignidade da pessoa humana a razão de ser dos direitos fundamentais.

Nesse contexto de supervalorização da vida, cultuou-se a crença na onipotência médica. No entanto, existem infinitas limitações à medicina, inclusive questões sociais, como a vigente escassez de recursos no sistema de saúde brasileiro, oriunda da pandemia gerada pela COVID-19, cujas repercussões são severas, dentre elas, a necessidade de uma escolha cruel por parte dos profissionais de saúde, a denominada Escolha de Sofia.

No que tange a conduta, infere-se que ela é respaldada por um escore numérico que busca justificar o inimaginável e determinar qual vida merece ser amparada com os recursos disponíveis. Em verdade, essa escolha consiste em um mecanismo que implica diretamente em uma espécie de máquina calculadora de vidas, não obstante seja a vida, no aspecto jurídico legal, um bem insusceptível de valoração ou sopesamento.

Embora não se possa afirmar que nenhuma vida vale mais do que a outra, diante do precário cenário vigente do sistema de saúde pátrio durante a pandemia da COVID-19, a Escolha de Sofia é a cruel realidade vivenciada no cotidiano de diversos nosocômios do país.

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana, o próprio direito à vida e à saúde e garantias constitucionais são relativizadas neste contexto extraordinário de sacrifícios inimagináveis, mediante decisões de médicos, em uma preponderância de um quase Deus.

5 REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Renata. **Governo e empresas fazem ação de guerra para aumentar produção de respiradores.** CNN, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/30/empresas-fazem-acao-de-guerra-para-quintuplicar-producao-de-respiradores>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ALERIGI JÚNIOR, Alberto. **Indústria corre para tentar suprir demanda explosiva de respiradores por Covid-19.** REUTERS. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/03/27/industria-corre-para-tentar-suprir-demanda-explosiva-de-respiradores-por-covid-19.htm>. Acesso em: 01 jul. 2020.

ALMEIDA, Nemésio Dario. A saúde no Brasil, impasses e desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde: SUS. **Rev. Psicol. Saúde**, Campo Grande, v. 5, n. 1, p. 01-09, jun. 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2013000100002&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 jul. 2020.

ALVES, Domingos, et. al. **O índice de comorbidade de Charlson como ferramenta do Observatório Regional de Atenção Hospitalar.** XIII Congresso Brasileiro em Informática em Saúde – CBIS 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/16341489/O_%C3%8Dndice_de_Comorbidade_de_Charlson_como_ferramenta_do_Observat%C3%B3rio_Regional_de_Aten%C3%A7%C3%A3o_Hospitalar. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Coronavírus:** Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020.** Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. - **Resolução nº 7 de 24 de fevereiro de 2010.** Brasília. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2010/res0007_24_02_2010.html. Acesso: 30 jun. 2020.

CARNEIRO, Guilherme. Coronavírus: **Na Itália, vítimas com mais de 80 anos serão deixadas para morrer, diz jornal.** 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/17/interna_internacional,1129623/. Acesso em: 03 jul. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.156/2016.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.271/2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.271-de-14-de-fevereiro-de-2020-253606068>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. **Calculadora do Escore Unificado para Priorização em Unidades de Terapia Intensiva – EUP-UTI.** Disponível em: <HTTP://cremepe.org.br/calculadora eup/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. **Resolução nº 05/2020 do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco (CREMEPE).** Disponível em: http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA 05_v.final_.pdf. Acesso em: 01 jul. 2020.

CRISTALDO, Heloisa. **Coronavírus:** Saúde aumenta leitos de UTI para atender eventuais casos. Agência. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-01/coronavirus-saude-aumenta-leitos-de-uti-para-atender-eventuais-casos>. Acesso em: 02 jul. 2020.

DICKENS, Charles. **Tempos difíceis.** Boitempo: São Paulo, 2014.

ESTEFAN, André. **Direito Penal.** Vol. 1: Parte Geral. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. **O segredo médico e a nova ordem bioética.** Disponível em: <https://www.psiquiatriageral.com.br/bioetica/texto1.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

FREIRE, Luíza Trindade Freire. **A autonomia do paciente terminal e o direito à morte digna.** In: CALADO, Vinícius de Negreiros. SANTOS, Bruna Barboza Correia dos (org.). **Direito Médico e da Saúde II.** 1ªed. Recife: FASA, 2019.

FREITAS, Gustavo Rocha Costa de, et al. Relação entre o Sequential Organ Failure Assessment (SOFA) e a pressão intra-abdominal em unidade de tratamento intensivo. **ABCD, arq. bras. cir. dig.**, São Paulo, v. 27, n. 4, p. 256-260, Dec. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-67202014000400256&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 jul. 2020

GERIATRIC MEDICINE RESEARCH. **Clinical Frailty Scane**. Disponível em: <https://www.dal.ca/sites/gmr/our-tools/clinical-frailty-scale.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. **Rev. AMRIGS**, n. 53, v. 1, jan-mar. 2009, p. 58-63. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-848232>. Acesso: 02 jul. 2020.

ISTOÉ. **China cancela venda de respiradores para Bahia e carga fica retida nos EUA**. Disponível em: <https://istoe.com.br/china-cancela-compra-de-respiradores-pela-bahia-e-carga-fica-retida-nos-eua/>. Acesso em: 02 jul. 2020.

JORNAL NACIONAL. **Capacidade dos leitos na rede pública de Manaus chega ao limite, diz prefeito**. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/04/06/capacidade-dos-leitos-na-rede-publica-de-manaus-chega-ao-limite-diz-prefeito.ghtml>. Acesso em: 02 jul. 2020.

JUNIOR. Edmilson. **A Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Atlas S/A, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: 1986.

MABTUM, Matheus Massaro. MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico n. 8**. Secretaria de Vigilância Em Saúde. 2020. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/09/be-covid-08-final-2.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 454 de 20 de março de 2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587> Acesso em: 30 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 561 de 26 de março de 2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-561-de-26-de-marco-de-2020-249862049>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1514 de 15 de junho de 2020.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.514-de-15-de-junho-de-2020-261697736>. Acesso em: 30 jun. 2020.

NUNES, Maíra. **Situação se agrava no Ceará e 100% dos leitos de UTI estão ocupados.** Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/04/17/interna-brasil,845457/situacao-se-agrava-no-ceara-e-100-dos-leitos-de-uti-estao-ocupados.shtml>. Acesso em: 02 jul. 2020.

POLO, Larissa Helena Vitoriano; MORAES, Marcia Wanderley de. Performance de Zubrod e Índice de Karnofsky na avaliação da qualidade de vida de crianças oncológicas. **Revista Einstein**. Vol. 3, 2009.

PORTAL DO ENVELHECIMENTO. **Itália: a árdua tarefa de escolher quem vive.** Disponível em: <https://www.portaldoenvelhecimento.com.br>. Acesso em: 02 jul. 2020.

SILVA, Rita Marques da; CAMPOS, Paulo; REIS, Ana Mafalda; BANDEIRA, Romero. Princípios da Medicina de catástrofe em revisão a partir de Fukushima. **Revista Territorium**. n. 22. Universidade de Coimbra. Associação Portuguesa de Riscos, Prevenção e Segurança. Coimbra, 2015.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **A filosofia moral de John Stuart Mill.** Rio de Janeiro: Editora Ideias & Letras. 2016.

SIMÕES, Mauro Cardoso. J. S. Mill: Utilitarismo e justiça. **Astrolabio. Revista internacional de filosofia**. n. 18, 2016. p. 10-19. Disponível em: <https://raco.pre.csuc.cat/index.php/Astrolabio/article/view/311768>. Acesso em: 03 jul. 2020.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo, et. al. **Quem será admitido na unidade de terapia intensiva?** Fiocruz, 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/41469/2/COVID-19UTI.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2020.

STYRON, William. **A escolha de Sofia**. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341**. Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança nº 23452**. Min. Celso de Mello. Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1999. Diário de Justiça. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%27%27%27%27OS+DIREITOS+E+GARANTIAS+INDIVIDUAIS+NAO+TEM+CARATER+ABSOLUTO%2E+NAO+HA%2C+NO+SISTEMA+CONSTITUCIONAL+BRASILEIRO%2C+DIREITOS+OU+GARANTIAS+QUE+SE+REVISTAM+DE+CARATER+ABSOLUTO%27%27%27%27%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/rkoemdu>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 30 jun. 2020.

WELD, Olivia von der. ‘A escolha de Sofia’? Covid-19, deficiência e vulnerabilidade: Por uma bioética do cuidado no Brasil. **Revista Dilemas**. Rio de Janeiro, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Timeline of WHO’s response to COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CAPÍTULO 3

REFLEXÕES SOBRE A LINGUAGEM NAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS VIA ON LINE EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19



AUGUSTO ASSAD LUPPI BALLALAI

Uniamérica – Centro Universitário e CESUFOZ – Faculdade
<http://lattes.cnpq.br/2824685284089567>

MARIA EUGÊNIA RODRIGUES LUZ

Universidade Estadual do Oeste do Paraná/Foz do Iguaçu
<http://lattes.cnpq.br/0827072506964932>

1 INTRODUÇÃO

O contexto de pandemia, em razão do novo coronavírus, mexeu abruptamente com as estruturas sociais. Com o advento do isolamento social, diversas pessoas se viram compelidas a utilizar de novas ferramentas e tecnologias para realizar suas atividades. Nesse sentido, os Círculos Restaurativos, aplicados até então na forma presencial, passaram a ser experimentados no espaço virtual por meio de ferramentas de comunicação, como o Zoom. A demanda inicial visou atender às pessoas que se encontravam em estado de vulnerabilidade devido ao isolamento e, considerando a natureza social do ser humano, tal segregação se mostrou uma provação jamais vivida por esta geração.

Partindo do pressuposto de que a Justiça Restaurativa mostra-se como uma alternativa de resolução de conflitos e pacificação social, as questões norteadoras da pesquisa, e a partir das quais estruturamos os seguintes objetivos foram: 1) É possível fazer Círculos virtuais, similares aos moldes de um Círculo presencial?; 2) Se executados, estes Círculos virtuais possibilitam a aplicação das técnicas restaurativas; 3)

Estas técnicas aplicadas são capazes de criar um diálogo qualificado, como em um Círculo presencial, capaz de prevenir ou resolver conflitos?; 4) A linguagem das práticas restaurativas possibilita um alento às pessoas que estão sofrendo os impactos da pandemia de COVID-19? Face a esses questionamentos, o capítulo está organizado do seguinte modo:

Inicialmente abordamos a linguagem jurídica como obstáculo ao acesso à justiça; na seção II trazemos o histórico e proposta da Justiça Restaurativa; na seção III apresentamos os princípios da Justiça Restaurativa, para em seguida a linguagem da JR; na última seção deste capítulo analisamos os dados gerados na pesquisa.

Para a metodologia de análise e interpretação de dados fizemos uso do paradigma interpretativista, desenvolvido sob a perspectiva qualitativa (DENZIN; LINCOLN, 2006).

Sendo assim, o presente capítulo tem por objetivo refletir sobre a efetividade da linguagem utilizada na proposta metodológica da Justiça Restaurativa, especificamente nos Círculos de Construção de Paz, atualmente executados via *on line*, como meio adequado de resolução de conflitos, tanto no âmbito jurídico, quanto em escolas e instituições na esfera da sociedade civil. Objetiva-se, ainda, refletir se essa linguagem utilizada no meio virtual é um instrumental que perpassa pela (re)significação e (re)compreensão da linguagem utilizada na práxis da JR, fomentando relações de autonomia da vontade.

Com base nessa abordagem, analisamos as práticas discursivas ocorridas via *on line*. Seguindo essa perspectiva, dentre as características fundamentais, o interesse se volta para a compreensão dos participantes sobre o tema. Igualmente, a subjetividade ganha relevância, uma vez que o centro de interesse se baseia na perspectiva dos participantes (CASSEL; SYMON, 1994). Em última análise, cabe a reflexão de como usarmos a justiça restaurativa e sua filosofia, como uma forma de

recuperarmos nossos aspectos humanos-sociais contra a violência de um isolamento social amplo.

2 A LINGUAGEM JURÍDICA COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA

A falta de acessibilidade da linguagem jurídica constitui um dos empecilhos para a fluidez da comunicação nas seções de julgamento. Sua formalidade, os termos técnicos, sem falar em brocardos latinos e estrangeirismos preenchem todos os recantos dos atos jurídicos. A construção de um linguajar dito culto apela para frases sem clareza, desertas de objetividade. Para tanto, os interlocutores apresentam o que se cunhou como juridiquês e a formalidade como os fatores dificultadores, pois a linguagem é obscura e de difícil de compreensão.

Diante de tais aspectos, a linguagem jurídica vem sendo bastante criticada não somente por quem não entende o jargão jurídico, como também por profissionais da área, que defendem uma linguagem mais direta e realista para que todos possam entendê-la.

A linguagem jurídica serve para verticalizar relações de poder e de submissão a quem não a compreende, causando distanciamento entre os atores processuais, com impactos na resolução dos conflitos. A verdade é que para se alcançar a verticalização, há que se superar a outra parte e é aí que se origina o uso de construções agressivas e violentas. É bastante corriqueiro observar peças jurídicas que usam sinais de interjeição, indignação, raiva, além de outros sentimentos negativos que causam o distanciamento das partes. A tendência é desprezar relacionamentos e histórias anteriores em favor da busca pelo sucesso.

Visando conceber um senso de pertencimento e de justiça às pessoas, a Justiça Restaurativa apresenta-se como alternativa ao modelo Tradicional de Justiça, possibilitando o empoderamento dos sujei-

tos a fim de trazer a responsabilidade cidadã por meio do seu efetivo exercício. As ferramentas restaurativas são capazes de proporcionar a horizontalidade do diálogo e a humanização entre os envolvidos com a consequente conscientização dos danos, proporcionando a melhor contextualização para a resolução dos conflitos.

3 HISTÓRICO E PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa (JR) tem raízes em práticas nativas antigas usadas em diferentes culturas (WACHTEL, 2013).

Na América do Norte, o que se denomina hoje de Justiça Restaurativa teve suas práticas nos processos circulares ou Círculos restaurativos dos nativos. O Processo do Círculo, uma das ferramentas utilizadas na JR, consiste em contar histórias e baseia-se em uma estrutura visando criar liberdade de expressão para desconstruir as máscaras e defesas e assim aproximar as pessoas, que se tratam como iguais e trocam experiências sobre questões difíceis e dolorosas (PRANIS, 2018).

Segundo a autora (*Ibidem*, 2018), atualmente, as pessoas estão se reunindo em Círculos para resolução dos seus problemas. Essa prática bastante antiga foi inspirada na tradição indígena que, em Círculo, usa um objeto denominado “bastão da fala” que concede a uma pessoa o direito de falar enquanto os demais exercem a “escuta ativa”.

A primeira experiência contemporânea mais próxima desse modelo atual de prática restaurativa se deu em 1974, momento em que dois jovens de Elmira, Ontário/Canadá, acusados de vandalismo contra 22 propriedades, participaram de encontros presenciais com suas vítimas a fim de chegar a um acordo de indenização. Os dois rapazes visitaram as vítimas, foi negociado o ressarcimento e dentro de alguns meses, a dívida foi paga. Assim nasceu o movimento de reconciliação canadense entre vítimas e ofensores (Zehr, 2008, p. 150).

Na Nova Zelândia, a JR fundou-se nos costumes, no diálogo e nas práticas não violentas dos índios maoris. (MAXWELL, 2005).

No Canadá, diversas comunidades indígenas mantiveram e desenvolveram seu sistema jurídico e continuaram a resolver seus conflitos de acordo com suas tradições e seus valores. Na África do Sul, utiliza-se o *ubuntu*, um valor e uma filosofia africanos da “essência do ser humano” para as práticas restaurativas (MBAMBO; SKELTON, 2003). Nos Estados Unidos, a JR é conduzida por comunidades religiosas, dentre estas estão os menonitas e os mórmons, (ZEHR, 2018).

O termo “Justiça Restaurativa” é supostamente atribuído a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado na obra “*Restitution in Criminal Justice* de Joe Hudson e Burt Gallaway. A JR, então já com nova roupagem, expandiu-se mundialmente no início da década de 1990, com a publicação de diversas obras sobre o assunto. Um dos precursores e divulgadores da JR, Howard Zehr, lançou o livro traduzido no Brasil com o título “Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça” (ZEHR, 2018).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto os direitos individuais e sociais, abrindo caminho para a reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. O objetivo desta emenda foi de prover mais celeridade processual à asoberbada máquina judiciária. Implantou-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao qual foi conferido, dentre outras atribuições, o controle de atuação administrativa e financeira e ético-disciplinar dos membros do Judiciário.

Implantou-se o planejamento estratégico judicial, sob o tema “Conciliar é Legal”. Na “Semana Nacional de Conciliação”, implementa-se o Comitê Gestor demarcando a importância da conciliação para a resolução de conflitos no âmbito judicial. A partir desse marco, surge a possibilidade de inserir a JR como ferramenta para a resolução de

conflitos, em uma abordagem fundamentada em modelo não-tradicional, baseado no diálogo e na comunicação horizontal entre os sujeitos, possibilitando a construção de um processo assentado nos pilares do respeito e do entendimento pacífico, visando a restauração social.

Em 2002, o Conselho Econômico e Cultural da Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução 2002/12, que tratou dos princípios para a utilização de programas de JR e definiu terminologias e incentivos para que os Estados Membros adotassem práticas restaurativas adaptadas aos contextos de cada realidade local (BRANCHER, 2014).

De acordo com Brancher (2014), no Brasil, em 2004, o tema Justiça Restaurativa foi utilizado pela primeira vez em Caxias do Sul, no curso de Formação de Lideranças em Cultura da Paz, trazendo conceitos de Comunicação Não-Violenta (CNV), o que desencadeou a fundação do Núcleo de Justiça Restaurativa da Escola da Magistratura em Porto Alegre. Em 2005, o Fórum Social Mundial em Porto Alegre representou o marco de confluência entre a Cultura da Paz, a CNV, a JR e a Justiça Brasileira.

Oficialmente, os primeiros projetos da JR no país foram implantados em 2005, nas cidades de Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília, em parceria e incentivo do Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Inicialmente, a metodologia da CNV foi utilizada como base para a implantação dos projetos pilotos da Justiça Restaurativa de Porto Alegre e São Caetano do Sul.

Com o advento da Lei n. 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE, estabeleceu-se como referência a priorização da aplicação da justiça restaurativa na execução de medidas socioeducativas.

Em 2016, a JR concretiza-se como política pública no estado do Rio Grande do Sul e o CNJ aprova resolução com diretrizes para implementação e difusão da prática da restaurativa no Poder Judiciário. Em 2018, ocorre a expansão do método em comunidades escolares da rede pública do mesmo estado.

As inovações introduzidas nos Códigos de Processo Penal em 2008 e de Processo Civil em 2015 consolidaram a exigência de conhecimento de juristas acerca da interação interpessoal. As práticas de conciliação e mediação e outros métodos autocompositivos estimulam a escuta ativa e uma nova atuação, sob um novo modelo jurídico de composição de conflitos que se apresenta quanto ao poder exercido pelo Judiciário.

Por fim, o CNJ, por recomendação da ONU, promulga a Resolução n. 225, de 31/05/2016, que dispõe sobre a constituição da JR no Brasil, definindo atribuições dos Tribunais, dos facilitadores, bem como da formação, capacitação, monitoramento e avaliação dos projetos de Justiça Restaurativa.

Atualmente, a JR vem se capilarizando como proposta alternativa de resolução de conflitos, tanto no âmbito do Judiciário quanto em escolas, comunidades e órgãos públicos.

Além disto, as várias modalidades de JR estão sendo implementadas de forma esparsa no território nacional. Podemos citar como exemplos, além dos Círculos de relacionamento, os Círculos conflitivos, a conferência do grupo familiar, confrontação vítima-ofensor, mediação, negociação e a conciliação. Há diversos níveis de sucesso, que não serão objeto de nosso estudo. O enfoque deste capítulo será acerca de Círculos de construção de paz, ou como também são conhecidos: Círculos de relacionamento.

4 PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS

A Resolução n. 225 dispõe em seu art. 2. que a JR é orientada por princípios, considerados elementos da base construtiva, que são os seguintes:

Corresponsabilidade. Na JR, as pessoas se comprometem a dividir a responsabilidade entre si, assumindo cada um o papel que lhe cabe para a melhor fluência do diálogo e, conseqüentemente, na solução do conflito.

Reparação dos danos. O crime origina uma dívida que precisa ser saldada, portanto, faz-se necessária a conscientização e a compensação dos danos causados à vítima, bem como as obrigações para a comunidade. Existe uma tentativa na JR de se reparar o dano, de forma simbólica ou concreta. Um prisma importante é reconhecer que o cometimento de um crime é um dano à vítima e também ao ofensor (Zehr, 2012).

Atendimento às necessidades de todos os envolvidos. Necessidades são lacunas que precisam ser preenchidas. Porém, antes de atendê-las, faz-se necessário identificá-las, tanto as imediatas, quanto as mediatas e as subjacentes, que às vezes não estão aparentes no primeiro instante. Assim, como um dos pilares da JR, o levantamento das necessidades que precisam ser restauradas por conta do dano causado se faz elemento primordial do processo de JR.

Informalidade. O procedimento da JR, embora tenha alguns “rituais” para a composição de conflito, abre espaço para versões alternativas de composição. O ambiente criativo se dá pela garantia de um espaço seguro para as pessoas se exporem. Assim, o processo de JR dá legitimidade à busca pela reparação do dano causado.

Voluntariedade. As práticas restaurativas são antecedidas por uma vontade livre de cooperar, de conscientizar o ofensor a respeito das responsabilidades advindas do dano e aos envolvidos para fazerem a autocomposição sem coerção, sendo esclarecidas sobre seus direitos, a natureza do processo e as conseqüências da decisão tomada em consenso, em caso de descumprimento do acordo.

Imparcialidade. Os participantes precisam, necessariamente, serem imparciais a ponto de não tenderem para um ou para outro lado;

tampouco forcarem uma composição. A ausência da qualificação das pessoas como melhores ou mais capacitadas do que outras consegue efeitos transformadores. O que basta é esclarecer que os encontros de JR são feitos por seres humanos.

Participação. Diferente da Justiça Tradicional, ofensor, vítima e, quando necessária, a comunidade, trazem formas criativas de se chegar ao consenso, considerando o que foi proposto e acordado pelos participantes envolvidos no conflito.

Empoderamento. Vivenciar a justiça é diferente de haver justiça; portanto, quando as pessoas participam ativamente das decisões, sentem e reconhecem que a justiça foi feita. Outro viés do empoderamento surge quando as partes notam que além de serem ativas, elas estão em igualdade para com os outros. Vale ressaltar que a igualdade aqui não é a aristotélica, mas uma verdadeira isonomia que distribui a todos a mesma fração de poder decisório e tratamento. Quando percebido pelos envolvidos, o empoderamento possibilita liberdade de expressão e de opinião para resolver os conflitos.

Consensualidade. As decisões, nas práticas restaurativas, fundamentam-se na cooperação e na concordância entre as pessoas envolvidas em resolver os conflitos da melhor forma possível, de forma livre e sem coerção. Também permite-se, na medida do possível, fixar planos futuros visando restaurar as relações. Estas convenções estão diretamente ligadas à autonomia da vontade, que só encontram o sua expressão máxima com as pessoas estando isentas de qualquer pressão e de qualquer orientação. É bastante corriqueiro que tais acordos surjam espontaneamente a partir do diálogo livre.

Confidencialidade. No processo restaurativo, independente da causa, todos os passos têm cunho confidencial. Os trabalhos devem ser conduzidos a portas fechadas, visando resguardar a dignidade dos envolvidos e atribuir maior credibilidade ao processo, pela confiança instalada. Com exceção do acordo final, que trará obrigações feitas em

consenso, o que é tratado durante a fase de composição não pode ser publicado, tampouco comentado; o sigilo permite que questões subjacentes apareçam, tratando do conflito de modo integral.

Celeridade. O processo restaurativo é oral, flexível, de forma simples e tem sua duração controlada em consenso pelos próprios participantes (com o auxílio de um mediador ou um facilitador), de acordo com as particularidades de cada situação. O tempo de duração é de interesse dos envolvidos, e o conflito pode ser resolvido em um encontro ou mais.

Complementaridade. O modelo restaurativo objetiva evitar o processo na via judicial, portanto, se configura como um recurso complementar a este. O ideal seria o processo restaurativo em substituição ao processo criminal, porém, na prática, não é simples fazer essa substituição. Em razão disso, permite-se a combinação da Justiça Restaurativa como complemento da Justiça Tradicional. Para além, a JR já está sendo utilizada para outras questões, como em relações duradouras a exemplo do direito de vizinhança, relações familiares, agressões verbais e relações sociais, como violência doméstica, questões de gênero, etnia, dentre outras.

Urbanidade. Constitui-se em preceitos e regras que devem ser respeitados e seguidos por todos os envolvidos, inclusive pelo facilitador ou conciliador que estiver presente.

Além dos princípios previstos na Resolução n. 225/2016, também podem ser inseridos os seguintes:

Economicidade. Os mecanismos utilizados pela Justiça Restaurativa, ainda que exijam recursos humanos interdisciplinares, têm custos materiais menores e consideravelmente inferiores, levando em consideração os gastos utilizados com a estrutura do Poder Judiciário durante a tramitação do processo;

Mediação. O recurso da mediação funciona com intervenção de um intermediário, chamado de mediador, indicado pelas partes ou

integrado em serviço público, em setores privados ou comunitários. A mediação compõe o processo restaurativo do início até o final, oferece a suporte à tomada de decisão pelas partes e se apresenta como forma de autocomposição de interesses e não de definição de direitos.

Disciplina: Atender às regras que foram definidas em consenso com os envolvidos é um respeito obrigatório a todos, inclusive ao agente intermediador, até o integral cumprimento do acordo visando manter sob credibilidade as atividades desenvolvidas no decorrer do processo restaurativo. O início do procedimento, que trabalha as diretrizes, talvez contenha o único momento solene do processo restaurativo. Todo o resto depende única e exclusivamente do bom-senso, da empatia e de respeito para com o outro.

5 A LINGUAGEM RESTAURATIVA

O conceito de linguagem que adotamos nessa pesquisa é o de César e Cavalcanti (2007), que defendem uma remodelação teórica e conceitual aplicável aos estudos pós-coloniais que permita romper com a visão linguística *stricto sensu*.

Com efeito, os autores propõem a metáfora do caleidoscópio como uma forma de definir a língua, porque

O caleidoscópio, sendo feito de diversos pedaços, cores, formas e combinações é um jogo de (im)possibilidades fortuitas e, ao mesmo tempo, acondicionadas pelo contexto e pelos elementos, um jogo que se explica sempre fugazmente no exato momento em que o objeto é colocado na mira do olho e a mão o movimenta. (CESAR; CAVALCANTI, 2017, p. 61).

Desse modo, compreende-se que a linguagem não deve ser concebida, muito menos compreendida como algo fixo, pelo contrá-

rio, conforme defende Fabrício (2006, p. 57), “a linguagem deve ser compreendida como ações simbólicas realizadas em determinados contextos sociais e comunicativos, que produzem efeitos e consequências semânticas convencionais.”

Valendo-se dessa perspectiva linguagem, a Justiça Restaurativa é um modelo de resolução de conflitos que foca em reparar o dano às vítimas, responsabilizando os ofensores por suas ações e engajando a comunidade no processo de resolução de conflito (*A Law Commission of Canada*). Trata-se de uma nova forma de lidar com as questões dos conflitos e dos crimes, com base mais no diálogo, nas pessoas e nos relacionamentos do que nas formalidades jurídicas (ZEHR, 2017).

A JR ocorre no modo de resolução de conflitos ao tratar cada situação de forma singular e abrangente. A proposta de diálogo entre os envolvidos ocorre com base na necessidade dos sujeitos, centrada no respeito, na horizontalidade, na empatia, na escuta ativa e no empoderamento dos envolvidos. (PRANIS, 2018).

Lederach (2012, p. 37), ao analisar as vivências na sociedade, que envolve complexidades inerentes às relações que se estabelecem entre as pessoas, enfatiza que “os conflitos acontecem. Sua presença nos relacionamentos humanos é normal e perene. E mudanças também são inevitáveis”. Em razão disso, o autor propõe que os conflitos sejam vistos como oportunidades de transformações sociais, pois as interações são dinâmicas e os mesmos (conflitos) podem ser uma forma de criar novos relacionamentos, com base no empoderamento e no direito à voz, e conseqüentemente, no exercício da democracia participativa.

Desse modo, faz-se necessário repensar a dogmática jurídica processual penal que vigora nas formas jurídicas, em que no curso processual, os interessados pouco ou quase nada participam, sob o jugo de rótulos, em que a vítima é tratada como pessoa neutra e o réu sob o estereótipo de criminoso. Portanto, há questões sociais subjacentes que precisam ser consideradas, sob pena de se perpetuar injustiças.

Sob a ótica da Justiça Restaurativa cada caso é um caso, e as generalizações não contribuem para a pacificação social, devido aos contextos e sujeitos poliédricos envolvidos em questões singulares, em conflitos que dizem respeito a eles mesmos e não ao Estado (BRAITHWAITE, 2003). Os sujeitos envolvidos no conflito têm significativa relevância e figuram como agentes capazes de protagonizar o resultado do processo e não apenas em ser estatística judiciária.

Funda-se na visão anti-hegemônica quanto à produção do conhecimento, de pensar o mundo sob um olhar não ocidentalista. Tanto isso é relevante na JR que o próprio Processo Circular, uma das bases para a composição pacífica de conflitos em diversos países, tem suas raízes nas práticas de diálogo e composição de conflitos em aldeias indígenas. Assim, outros saberes, outras epistemes, outros ângulos de ver a realidade podem imbricar-se na formação desse conhecimento.

A JR, sob a perspectiva interdisciplinar dialoga com diversos campos de conhecimento, agrega outros saberes e uma multiplicidade de profissionais (advogados, assistentes sociais, juízes, pedagogos, promotores de justiça e psicólogos, dentre outros), que buscam convergir as áreas de conhecimento, assentados em novo modelo de solução pacífica dos conflitos (PRANIS, 2018).

Saber lidar com as diferenças é essencial para fundamentar o diálogo de modo horizontal, com a finalidade de romper com as distinções, sejam hierárquicas, étnicas, econômicas e culturais, dentre outras.

“A Justiça Restaurativa é focada em necessidades e papéis [...] começou como um esforço de repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo”, (ZEHR, 2017, p. 27), a fim de voltar as lentes para os problemas e exclusões sociais e não para o delito em si.

Há diversos meios restaurativos, no Brasil se destacam a linguagem da Comunicação Não-Violenta, a Mediação e os Círculos Restaurativos. Entretanto, em todos eles a abordagem é distinta do processo

tradicional, onde existe a lide (a disputa), em vez disso, busca-se, através do diálogo, uma decisão tomada em consenso entre os envolvidos no conflito, que possa favorecer a todos no sentido do “ganha-ganha”, quebrando o estereótipo de luta processual. Assim, a linguagem restaurativa serve como um canal de conexão entre pessoas que necessitam encontrarem-se com pessoas capacitadas para ajudá-las.

Um dos pilares da Justiça Restaurativa fundamenta-se na Comunicação Não-Violenta, linguagem que permeia praticamente todas as formas restaurativas. De acordo com Rosenberg (2006), o modo de comunicação reflete-se significativamente no envolvimento das pessoas para a resolução de conflitos. Para o autor, são quatro os componentes da Comunicação Não-Violenta, sistematizados com base na participação democrática, a saber: observar sem avaliar; identificar os sentimentos; atender às necessidades; fazer pedidos claros e objetivos.

Para compreender a informalidade da JR é necessário entender como são as etapas constitutivas de um Círculo válido. De acordo com Pranis (2018), é imprescindível esclarecer que tais etapas não são obrigatórias, mas sugeridas, e os facilitadores conduzem todo o processo, que tem um começo, um meio e um fim.

O primeiro momento é o da recepção aos integrantes do Círculo, anfitriando-os. Após, explica-se os elementos: objeto da palavra, a peça de centro e o objetivo do Círculo. Todos estes elementos têm características e funções específicas, conforme a técnica circular da JR.

O começo deve trazer uma dinâmica que receba os participantes de sua vida cotidiana e os convide a trazer suas presenças ao Círculo. Chamada de cerimônia de abertura, a primeira das etapas serve para trazer elementos reflexivos aos participantes (músicas, poemas, partes de livros, dinâmicas de grupo, entre outras).

Em seguida, passa-se para a rodada de *check-in*, onde as pessoas se apresentam e validam seus sentimentos ou pensamentos. É um

momento de partilha e doação, onde cada um apresenta um pouco de si mesmo aos outros.

Após, vem a montagem do centro, onde os participantes trazem valores ou objetivos significativos para o processo (fotografia, um bem de valor familiar, palavras empáticas, entre outras). O objetivo desta etapa é mostrar visões de mundo coincidentes ou diferentes sobre o mesmo tema. A empatia começa a ser trabalhada neste ponto, em que um ser humano enxerga o outro.

Trabalham-se então as diretrizes que são apresentadas como um voto solene. Este momento solene tem a intenção de possibilitar que as partes façam um acordo verbal, baseado na autonomia da vontade, para se vincularem ao Círculo. Esta etapa sela a preparação para que se chegue ao tema.

O próximo passo se dá com o uso de perguntas empáticas, norteadoras e reflexivas. Usam-se tantas quantas forem necessárias e conforme o interesse dos membros, se o facilitador considerar que tais novas rodadas são importantes. O que importa neste momento é que o diálogo seja construtivo e engrandecedor. A restauração de vínculos, pacificação das relações e a retomada dos valores humanos são o combustível que alimenta os Círculos de construção da paz.

Depois destas rodadas, há mais uma rodada de *check-out*, oportunidade em que as pessoas dão seus relatos sobre o Círculo e sobre a integridade do processo circular. A finalização do processo precisa passar por um evento finalizador, pois o Círculo tem um propósito e como tal, deve atingir seu objetivo. Isso não quer dizer que há medidas quantificáveis ou mensuráveis dos efeitos do processo. Isso normalmente acontece na projeção do tempo futuro. Os dias seguintes é que demonstram se o Círculo impactou positivamente nos integrantes do processo.

E por fim, parte-se para a cerimônia de encerramento, onde os integrantes fazem alguma atividade semelhante às da cerimônia de abertura, com o intuito de devolver todos para o mundo além do espaço

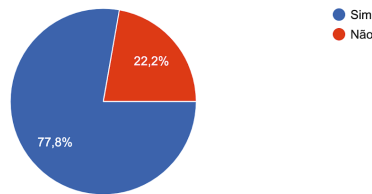
seguro, na esperança de que eles estejam transformados e levando consigo uma mensagem de não-violência, arrependimento (quando necessário), alegria (quando possível) e paz.

6 ANÁLISE DE DADOS A PARTIR DOS CÍRCULOS REALIZADOS NO ESPAÇO VIRTUAL

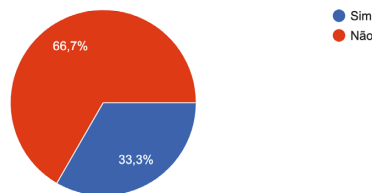
Na impossibilidade da realização no formato presencial acima exposto, os Círculos ocorreram virtualmente no período de março a julho de 2020, fase de distanciamento social em decorrência da pandemia da COVID-19, por meio das cidades de Curitiba, Foz do Iguaçu e Ponta Grossa, e tinham como elemento primordial colocar as pessoas em contato para que, primeiramente, elas tivessem a noção de que não estão isoladas e, em segundo lugar, que debatessem sobre os temas abordados.

A respeito dos Círculos realizados, elaboramos um questionário no Google *forms* visando colher opinião de alguns dos participantes. Foram formuladas seis perguntas centrais e enviadas em grupos de whatsapp de Círculos. Dezoito dos integrantes responderam, inclusive um que não participou do Círculo específico em que o questionário foi apresentado e que foi enviado no grupo de whatsapp. Os Círculos foram realizados sobre variados temas, dentre estes: apoio e cuidados; racismo; aproximação *on line* de pessoas em tempos de pandemia; vida saudável; e autocuidado. Por questões de sigilo e confidencialidade, foram preservados os nomes das pessoas que responderam ao questionário, conforme apresentamos os seguintes resultados:

Você participou de Círculo presencial antes?
18 respostas



3. Sentiu alguma dificuldade em participar de um Círculo online?
18 respostas



Conforme se vê acima, apenas 33% relataram sentir alguma dificuldade em participar de um Círculo *online* e as respostas foram as seguintes:

Se sim, quais as suas dificuldades?

Obtivemos oito respostas, dentre essas, “*a falta do contato físico; o abraço; a energia humana (...); achei difícil a interação no início, demorou fluir, e as pessoas demoravam relaxar e se sentir à vontade para se expressar;*”

Desse modo, a falta do contato corpo a corpo foi o que preponderou no Círculo virtual, algo natural, sobretudo pela restrição em manter outros contatos físicos devido a pandemia provocada pela COVID-19.

Em continuidade quanto a análise das respostas tivemos:

“Inicialmente, dificuldades com a tecnologia e a conexão, nem todas as pessoas conseguem se conectar ou ter uma internet estável; preocupo-me com a capacidade de manter a atenção plena dos participantes em todo o mo-

mento do Círculo; falta de concentração e troca de olhar; me isolar dentro de casa; estou aprendendo a utilizar esta ferramenta do Zoom, mas pelo visto não é um bicho de sete cabeças; podemos enfrentá-lo sem medo; falta da internet por morar na zona rural.

Nas questões respondidas acima, o assunto que predominou girou em torno da tecnologia, a não familiaridade com a ferramenta Zoom, a instabilidade de conexão da *internet* fora uns dos maiores dificultadores, mesmo assim em um percentual menor do que o esperado.

O que mais chamou sua atenção sobre o Círculo de hoje? Obtivemos dezoito respostas, das quais destacamos as que tiveram ponto comum ou mais próximos.

A sintonia das pessoas esperar um mundo melhor para toda a sociedade; Tema altamente reflexivo; No final todos estavam relaxados e expressando melhor seus sentimentos, inclua gratidão; A tranquilidade como tudo ocorreu; (...) Como funcionou tudo muito parecido como no presencial; (...) a liberdade de expressão, de expor ideias e sentimentos;

Pela análise das respostas supra, os Círculos no espaço virtual, com as suas devidas proporções, possibilitaram a conexão e a reflexão das atitudes, a pacificação para repensar os sentimentos, a possibilidade de expressão e diálogo, elementos esses primordiais em um Círculo.

Na sequência, os participantes responderam:

vejo que somos como os dedos das mãos, cada um segura o seu compromisso de uma forma, mas tem os mesmos sentimentos (sentidos) que os demais; cada dedo com sua particularidade, mas todos compõem um mesmo corpo (ideal). (...)

Nas respostas acima, evidenciou que mesmo via *on line* ocorreu a conexão entre os participantes e que o diálogo foi possível, mesmo em um espaço não convencional, haja vista as ferramentas tecnológicas

pela quais aconteceram. Assim, nos reportamos a Fabrício (2006) que confere à linguagem a compreensão em ações simbólicas no âmbito dos contextos sociais e comunicativos.

Ainda na mesma questão, obtivemos as seguintes respostas:

saber ouvir é bom, mas poder contribuir é melhor ainda.;
Estou participando há algumas semanas e o que sempre
chama minha atenção é a disponibilidade em se doar, o
cuidado, a atenção, a generosidade dos mediadores (...);

As falas acima também possibilitam perceber que a escuta ativa esteve presente nos Círculos realizados virtualmente. De acordo com Pranis (2018) os Círculos de Construção de Paz adotados como métodos para transformação de conflitos lançam mão da Comunicação-não-Violenta, da escuta ativa visando o diálogo que possibilite a construção do consenso.

Prosseguindo na análise, os participante responderam:

a importância do feminismo, da valorização da mulher e
das gerações das nossas ancestrais; e perceber como as
mulheres das gerações que vieram antes de nós eram ex-
tremamente fortes e enfrentaram tantas dificuldades; (...)
como as mulheres são fortes, construtoras da sua história
e da história da humanidade;

Embora visto com certo descrédito por uma parcela dos profissionais do Direito, os Círculos não somente proporcionam as resolução de conflitos, quanto também são preventivos. O fortalecimento e a valorização da mulher, no excerto acima são indicadores do quanto esse novo modelo, inclusive on line são profiláticos e podem contribuir para minimizar a violência contra a mulher que se agravou com o isolamento social.

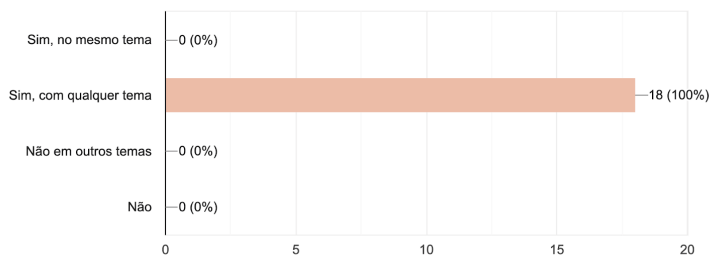
Ainda sobre a questão colocada, os participantes externaram:

tenho participado dos Círculos de apoio e tem feito toda
a diferença na minha vida; eu tive várias crises de ansie-

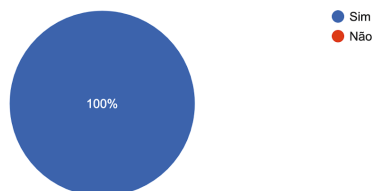
dade por conta da pandemia e o Círculo de apoio tem me oferecido um espaço de acolhimento, de esperança e de luz; a empatia; (...) chama a atenção o fato de o Círculo pode ser feito também virtualmente.

Com base nas respostas acima, a linguagem horizontal, a empatia e o acolhimento, bases para a realização do Círculos também se fizeram presentes nos Círculos virtuais, o que oportunizou o alento para os participantes que se encontravam isolados devido a restrição social, a fim de evitar a propagação do novo Coronavírus.

Você gostaria de fazer um novo Círculo online?
18 respostas



Você concorda em usarmos suas respostas em uma pesquisa científica? Os dados serão sigilosos e sem identificação.
18 respostas



A partir do que foi exposto acima, denotamos que a linguagem restaurativa nos meios virtuais surtiu efeito similar ao realizado no ambiente presencial, pois 66,7% não sentiu dificuldade em participar do Círculo na modalidade *on line*.

Considerando que a JR tem uma forma de diálogo própria, indagamos se o uso das ferramentas virtuais conseguiu substituir aquela visão tradicional de que o espaço físico é fundamental para prover condições de conexão entre os presentes? Consequentemente, perguntamos se o comparecimento virtual dá a possibilidade de ter a mesma presença que se teria em um encontro material.

A estrutura das cadeiras dispostas em roda e a mesa ao centro (PRANIS, 2018) já é conhecida por surtir efeito de equalização e inclusão entre os participantes. Mas e no âmbito virtual, isto ocorre? Essa pergunta central só poderia ser respondida por meio da prática.

Houve uma cautela para que o Círculo conservasse o máximo de características estruturais. Por isso eles possuíam cerimônia de abertura, *check-in*, perguntas centrais, *check-out* e cerimônia de encerramento, como foi explicado acima. Para garantir o mesmo aspecto solene, as diretrizes foram feitas conforme cada grupo achava necessário. Já na montagem do Círculo virtual, as diretrizes foram se configurando nos seguintes termos: pontualidade, não-julgamento, falar em primeira pessoa, escuta ativa, apoio, tolerância, horizontalidade, sigilo e voluntariedade.

Houve inclusive a preocupação com a colocação de uma imagem que serviria como um centro virtual. Desta forma, as pessoas poderiam descansar seus olhos em um objeto que os lembrassem de onde estavam e que era preciso manter o foco no círculo, como podemos observar:



Especificamente pensando no conforto dos interlocutores, foram trazidas outras diretrizes importantes, como falar apenas quando o facilitador pedir; abrir som e imagem e a garantia da confidencialidade, advinda da afirmação de que as sessões não estavam sendo gravadas ou sendo assistidas por outras pessoas no ambiente.

Sob o enfoque dos facilitadores, durante a realização dos Círculos, foi possível ver que as pessoas não apenas viam, mas enxergavam umas às outras (LEDERACH, 2012), demonstrando empatia e apoiando aqueles que expunham dificuldades no período de excepcionalidade durante a pandemia. Não haviam apenas integrantes, mas pessoas diante umas das outras. Desta forma, os Círculos se mostraram importantes e úteis para colocar as pessoas em um ambiente seguro e confortável para abrir seus sentimentos e vivências.

Importante ressaltar os principais problemas enfrentados, que foram: a falta de familiaridade com a ferramenta virtual, que tirava a atenção da pessoa dos diálogos; a baixa qualidade do sinal de internet, que prejudicava a compreensão das falas e um equipamento que não tinha nem imagem, nem som, impossibilitando a visualização e consequente participação da pessoa.

Como a finalidade do Círculo era deixar as pessoas sem receios de se mostrarem, era possível, através do modo de apresentação de galeria (onde todos ficam visíveis na mesma tela), analisar a linguagem corporal simbólica do tórax e da cabeça (WEIL, 2019, ps. 30-33). Ao fazer esta leitura, foi oportunizado ver se a pessoa estava emocionalmente interessada ou acuada, tais os sinais faciais de envolvimento e reação às perguntas empáticas.

Além disso, as ferramentas serviram para que com um olhar, fosse possível observar a todos, algo que às vezes é impossibilitado em Círculos físicos; afinal, tem-se pessoas à esquerda, à direita e à frente. Com o uso das telas, todos estão dispostos à frente dos facilitadores e isso dá condições de se ver as reações de cada um, sem desvio de olhar.

Por isso, os olhos de um facilitador têm a visão panorâmica, dando-lhe um instrumental criativo e gerando as oportunidades de fazer novas rodadas de aprofundamento; pausar o Círculo para trabalhar relatos importantes e, enfim, fazer o uso de uma linguagem não-verbal, mas que continua a existir, mesmo nos ambientes virtuais. Por isso é que o uso da câmera se faz imprescindível para todos os envolvidos.

Com relação às palavras, o Círculo virtual não traz aquela sensação de intimidade gerada pela aproximação física, mas mesmo assim, com base nas respostas dos integrantes dos Círculos, todos se abrem e falam livremente, possibilitando atingir o principal objetivo do Círculo, que é trabalhar a empatia e a atenção. Por um lado, o Círculo fica mais dinâmico, pois oportuniza voz à pessoa que fala (no modo de observação do orador), a coloca em evidência diante das outras e assim, ela é realmente vista e ouvida por todos, sem exigir o esforço de ninguém; por outro lado, aquele que é mais tímido pode se acanhar e querer passar a palavra mais vezes que o normal.

Em um contexto mais abrangente, é possível usar as três lentes de Lederach (2012, p. 22) com as ferramentas virtuais. De longe, aproximam-se pessoas de diversos lugares e países. Usam-se também as lentes médias e próximas, para ver as camadas dos relatos de cada um dos integrantes dos Círculos, algo que exige muita prática e capacidade de observação dos facilitadores, durante um Círculo presencial.

Como o Círculo funciona com relatos autênticos, diversos assuntos foram aventados pelos participantes (depressão, ideações suicidas, pânico, assédio moral, dentre outros) e entre eles estavam relatos com conexão jurídica, que precisavam de orientações (recebimentos de benefícios, serviços públicos não prestados, fechamentos de empresas). Os participantes então procuraram o CEJUSC para orientação e direcionamento, para serem atendidos por profissionais capacitados.

7 CONCLUSÃO

Com base nos dados analisados, constatamos que por um lado, perde-se um pouco da autenticidade das pessoas, por estarem conversando por meios virtuais, e ainda pela falta de familiaridade com a ferramenta. Por outro lado, ganham-se muitas possibilidades de o facilitador observar atentamente aos membros do Círculo. De forma geral, a todos aqueles que participam dos Círculos lhes é possibilitado expressar genuinamente, contribuindo para que o Círculo seja rico de relatos e de experiências, proporcionando reflexões, conforto e visões de outras culturas e regiões do Brasil. Sendo assim, a linguagem restaurativa no “território virtual” assume um outro “sotaque”, cultivando os contornos claros da linguagem humanizada e adequada para um diálogo construtivo dentro das temáticas propostas.

Esse capítulo teve como fio condutor as práticas dos Círculos Restaurativos no espaço virtual, a partir da perspectiva da linguagem. A concepção desta pesquisa surgiu diante da impossibilidade de se realizar os Círculos no modo presencial, face ao contexto da pandemia do vírus COVID-19. A linguagem horizontal, o modo informal de condução nos Círculos Restaurativos já tem trazido efeitos positivos nas demandas conflitivas. A indagação partiu acerca da utilização das ferramentas tecnológicas para a realização desses Círculos. Em resposta às perguntas norteadoras concluímos ser possível a realização de Círculos virtuais, similar aos moldes de um Círculo presencial, mesmo com as dificuldades em relação às ferramentas por parte de alguns integrantes. Quanto às técnicas restaurativas, foram possíveis, desde com adaptações; algumas pessoas perceberam uma dificuldade inicial, que aos poucos iam se desfazendo e criavam um diálogo qualificado, em uma linguagem similar a um Círculo presencial, capaz de prevenir ou resolver conflitos. A linguagem das práticas restaurativas, mesmo nos Círculos *on line*

possibilitou um alento às pessoas que estão sofrendo os impactos da pandemia de COVID-19 e de outras questões conflitivas.

8 REFERÊNCIAS

BRAITHWAITE, John. **Entre a proporcionalidade e a impunidade: confrontação, verdade, prevenção.** In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança.* Brasília, Ministério da Justiça, 2006.

BRANCHER, Leoberto (Coord.). **Judiciário gaúcho institucionaliza e expande a JR como alternativa de solução de conflitos.** In: *Paz restaurativa: a paz que nasce da uma nova justiça: 2012-2013 um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul.* BRANCHER, Leoberto (Coord.). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2014.

CAVALCANTI, Marilda C; CÉSAR América L. **Do singular para o multifacetado: o conceito de língua como caleidoscópio.** In: CAVALCANTI, Marilda C, BORTONI-RICARDO, Stella M. (Orgs.). *Transculturalidade, linguagem e educação.* Campinas: Mercado das Letras, 2007. p. 45-66.

CNJ. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 06 jun. 2020.

CNJ. **Resolução 225 de 31 de maio de 2016.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=3127>. Acesso em: 06 jun. 2020.

FABRICIO, Branca Falabella. 2006. **Linguística aplicada como espaço de desaprendizagem: redescrições em curso.** In: MOITA LOPES, Luiz Paulo. (org.) *Por uma linguística aplicada indisciplinar.* São Paulo: Parábola. p. 45-63.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

MAXWELL, Gabrielle. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia.* In: Slakmon, C.: R. De Vitto; R. Gomes Pinto (Org.). 2005. **Justiça Restaurativa** (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). pp.279-293.

MBAMBO, B; SKELTON, A. **Preparing the South African community for implementing a new restorative child justice system.** In L. Walgrave, (Ed.), *Repositioning Restorative Justice* (pp. 271-283). Devon, UK: Willan Publishing, 2003.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

PRANIS, Kay. **Manual para Facilitadores de Círculos.** São José, Costa Rica: CONAMAJ [s.d.] Tradução livre do original em espanhol. 2011.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz.** 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta:** técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

WACHTEL, Ted. **Definindo o termo restaurativo.** Instituto Internacional de Práticas Restaurativas, 2013. Disponível em: <http://docplayer.com.br/53818244-Definindo-o-termo-restaurativo-de-ted-wachtel-presidente-e-fundador-do-iirp.html>. Acesso em: 11 nov. 2018.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O Corpo Fala: a linguagem silenciosa da comunicação não-verbal.** 74 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa:** Teoria e Prática. Trad. Tônia Van Acker. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2017.

_____. **Trocando as Lentes.** Justiça Restaurativa para Nosso Tempo. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

CAPÍTULO 4

REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO-DEVER AO CONVÍVIO FAMILIAR EM TEMPOS DE PANDEMIA

JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR

<http://lattes.cnpq.br/8003626279023743>

FREDERICO CARDOSO DE MIRANDA

<http://lattes.cnpq.br/2455126153494517>

VIVIANE FURTADO MIGLIAVACCA

<http://lattes.cnpq.br/4388349473752324>

1 INTRODUÇÃO

O problema investigado no presente estudo se desdobra da análise dos impactos da pandemia da COVID-19 nas relações de direito privado, principalmente em se tratando das relações familiares e das dificuldades acarretadas pela imposição do distanciamento social ao exercício do direito-dever ao convívio.

Hodiernamente, o Brasil e o mundo vivem uma situação peculiar na qual a crise sanitária e a consequente crise econômica assolam as famílias. Não existem previsões concretas sobre quando e como se poderá superar os impactos causados pela doença. De qualquer forma, é fato que o isolamento social impede a realização de viagens, visitas e tantas outras situações que propiciam a manutenção dos laços interpessoais.

Em relação ao direito das famílias, o impacto é particularmente sentido em razão da inegável barreira que o distanciamento social representa, uma vez que, em muitos casos, impede o convívio entre

familiares. E a situação é particularmente preocupante entre crianças e adolescentes, cuja peculiar situação de pessoas com a personalidade em desenvolvimento pode ser sensivelmente afetada pela redução ou eliminação do contato com os parentes (pai, mãe, tios, avós, dentre outros).

É fato que a sociedade não se preparou para o enfrentamento da pandemia e de suas consequências. Porém, a hipótese desta pesquisa analisa o potencial das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) para o enfrentamento de suas consequências e, no que diz respeito à manutenção do convívio entre familiares, analisa os modos pelos quais as videoconferências podem oferecer resultados satisfatórios para a minimização de prejuízos.

Visando melhor entendimento do tema, revisitar-se-á conceitos próprios do direito das famílias, bem como, buscar-se-á substrato dogmático para confirmar a hipótese de que as TICs, em tempos de distanciamento social e de imperiosa preservação da saúde coletiva, são ferramentas adequadas para a preservação de direitos fundamentais.

Nesse viés, o objetivo geral do trabalho é propor uma releitura de um dos institutos clássicos do direito das famílias – o direito-dever à convivência – que, interligado ao atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, pode ser potencializado pelo implemento de tecnologias específicas e direcionadas à manutenção de vínculos.

A análise pautar-se-á, cientificamente, pelo método dedutivo, com implementação de substratos obtidos em pesquisa bibliográfico-doutrinária. Ao final, será apresentada uma conclusão, da qual se procurará extrair uma compreensão coesa quanto a adaptação do direito ao cenário de pandemia e à importância do resguardo aos direitos fundamentais.

2 RELAÇÕES FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Para Carlos Roberto Gonçalves (2019), o direito das famílias é o ramo da ciência jurídica mais intimamente ligado à própria noção de vida, eis que constitui, inclusive, a base do Estado, sendo núcleo fundamental de toda a organização estatal. Seu estudo, portanto, merece atenção especial por parte do Estado, especialmente em tempos como o da pandemia da COVID-19.

O direito das famílias exerce influência inequívoca sobre outros ramos do direito, principalmente as relações privadas, como bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

As relações privadas, em inevitável intercâmbio, sofrem as influências do Direito das Famílias. Seja nas relações obrigacionais (quando se exige, por exemplo, a outorga do cônjuge para a alienação ou oneração de bens imóveis, nos termos dos arts. 1.647 e 1.649 da Codificação), seja nas relações de direito real (quando é regulamentada a concessão de direito real de habitação ao cônjuge e ao companheiro em razão do óbito do seu consorte). (FARIAS; ROSENVALD, 2015. p. 30)

Assim, além dessa influência, que já demonstra a importância da matéria, deve-se destacar que seu estudo já recebeu reconhecimento constitucional por ser uma das bases essenciais da sociedade e, em função disso, também o tratamento constitucional que lhe é conferido pelo artigo 226 da Constituição da República de 1988 merece anotação de destaque, como registra a doutrina:

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, os quais não podem se distanciar da atual concepção da família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família os princípios da solidariedade e da afetividade. Daí a necessidade de revisitar os institutos de di-

reito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica. (DIAS, 2016, p. 45-46)

A temática é de suma importância para a compreensão das famílias modernas. As alterações produzidas no ordenamento jurídico contemplam diversas formas de estruturação familiar, definidas como modelos abertos:

Toda pessoa humana nasce em uma família, seja ela constituída pelo casamento, pela união estável, por famílias monoparentais, homoafetivas ou famílias simultâneas. No código Civil de 1916, a família reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico correspondia apenas a um modelo único, constituído pelo casamento indissolúvel entre os cônjuges e sob o poder material e familiar do homem em relação à mulher e aos filhos; entretanto, com a Constituição Federal de 1988, a família passou a ser reconhecida por um modelo aberto e plural, nas suas mais variadas formações, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana e o respeito pela liberdade de cada ser humano de formar sua família de acordo com seu desejo e vontade. (THOMÉ, 2010, p. 17)

Por certo, a consagração de alguns princípios previstos na Constituição tornou o direito das famílias uma das bases fundamentais para a promoção da dignidade de cada um dos seus membros a partir do respeito entre todos e da realização pessoal destes. (RAMOS, 2016) Em resumo, é nas relações familiares que a vida do homem se desenvolve: é nela em que nasce, cresce, constitui uma união estável ou matrimônio, em alguns casos se divorcia, tem filhos, envelhece e morre.

Para além dos arranjos familiares da contemporaneidade (SILVA, 2016), em tempos de contenção da circulação de pessoas e de restrições à locomoção, o que se nota é uma verdadeira ampliação da consciência quanto à finitude da vida e à necessidade de sua proteção e de seu planejamento. (DADALTO, 2020) Isso se dá, dentre vários

motivos, a partir da manutenção de um ambiente de convivência familiar adequado e harmonioso, saudável e marcado pelo respeito. E, nesse exato contexto, a proteção dos vínculos ganha contornos especiais, sendo imperiosa sua preservação a partir da adoção de todos os meios disponíveis.

3 PROTEÇÃO DOS LAÇOS FAMILIARES: O DIREITO-DE-VER AO CONVÍVIO

Arranjos familiares propiciados pelo desenvolvimento de uma sociedade lastreada no desenvolvimento tecnológico já são estudados há tempos. Segundo Conrado Paulino da Rosa (2013), “a era da conectividade deve ser também a era da conexão, (...) [que] pode ser real ou virtual, não importa. O que importa é que ela exista verdadeiramente nos relacionamentos”.

De fato, o afeto não pode sofrer prejuízos em qualquer transição, ainda que a tecnologia passe a se perpetuar no cotidiano e na realização das relações familiares. Segundo Faleiros Júnior e Lamas (2019), “é imperioso lembrar que a convivência produz afeto, dando ensejo à consolidação de laços sólidos entre os genitores e sua prole, independentemente do modelo de guarda adotado”.

A proteção dos filhos é baseada no princípio do atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, devendo ser utilizado para a manutenção integral da afetividade entre os familiares e a criança (BRAZIL, 2020), à proibição da alienação parental, ao cumprimento do direito a alimentos, entre todos os outros. Isso significa dizer que métodos devem ser adotados para garantir a efetivação desses direitos, inclusive entre avós e netos (SILVA; ANTUNES, 2020) e, em linhas gerais, como regra para a proteção policontextual das famílias em tempos de distanciamento.

Essa proteção é essencial para que a criança e o adolescente, se eventualmente atingidos pelo distanciamento decorrente de circunstâncias que não podem controlar, possam crescer em um ambiente digno, com saúde, educação, lazer e afeto. Este é o aspecto central do comando constitucional inserido no art. 226 da Constituição da República (LÔBO, 2011) e, sendo assim, essencial essa proteção, ainda mais em casos como separações e divórcios, pois esses, por si, já abalam o psicológico dos envolvidos:

[...] a convivência passou a ter *status* de direito fundamental, considerando que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, e que imprescindem de valores éticos, morais e cívicos para complementarem a sua jornada em busca da vida adulta, e, somente com o convívio familiar, estas crianças e adolescentes estarão amparados emocionalmente para construir suas personalidades, perfazendo, de forma gradual, sua autonomia. (FALEIROS JÚNIOR; LAMAS, 2019. p. 173)

Nesta seara, e com o intuito de minimizar muitas das questões beligerantes dessa ruptura familiar, para assegurar a dignidade das pessoas pertencentes ao núcleo familiar, é possível a aplicação contextual de nuances do instituto da mediação, cuja proposta central é trazer à discussão temas relevantes e de forma respeitosa para que as partes, com ajuda do mediador que, imbuído de suas atribuições, conduza com maestria e conhecimento até que as partes cheguem a um consenso sobre o melhor a ser feito.

Esta ideia de que a mediação oferece substratos relevantes para a delimitação de novos contornos ao convívio endofamiliar advém da propensão do instituto ao trabalho com “mudanças ou transformações”, uma vez que disponibiliza aos envolvidos a opção mais conveniente para a solução de uma controvérsia, validando suas posições e decisões (BREITMAN; PORTO, 2001).

Significa dizer que o direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Em outros termos, sendo a convivência usualmente regulamentada em casos nos quais os genitores estão separados, não se deve deixar de ter em conta o objetivo precípua da preservação dos interesses da prole.

Com efeito:

Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido. (LÔBO, 2011, p. 74)

Um dos direitos mais importantes para crianças e adolescentes, após o fim da sociedade conjugal dos pais, é o que diz respeito à convivência desses com os seus familiares, mesmo que esses morem em outras localidades. Com isso, evidente que a proteção familiar à criança e ao adolescente é fundamental, inclusive com a manutenção da convivência familiar, buscando assim o crescimento dos filhos de maneira saudável.

Nesse aspecto, importante destacar que a convivência familiar significa a participação efetiva da vida da prole (FALEIROS JÚNIOR; LAMAS, 2019), sendo que se busca essa efetiva participação com a consolidação da igualdade parental entre os genitores, com a responsabilização dos pais, e com o tempo igualitário de convivência com os filhos (AKEL, 2018).

Com a guarda compartilhada, a convivência passou a ser encarada ainda mais nitidamente como um direito fundamental, pois con-

tribui para a redução de certas dificuldades que a prole enfrenta para se adaptar às novas rotinas com a separação de seus pais. A guarda compartilhada, comprovadamente, ajuda na redução do sentimento de abandono, como destaca Ana Carolina Silveira Akel:

Pesquisas realizadas no mundo inteiro comprovam que, com a utilização desse tipo de guarda, o sentimento de abandono ou de perda é menor, reduzindo-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam em se adaptar às novas rotinas diárias e com a realidade de ter pais separados. Essa, na verdade, é a precípua finalidade da guarda compartilhada, ou seja, diminuir a dor e minimizar possíveis traumas. (AKEL, 2018, p. 39).

Contudo, apesar de ser uma regra do ordenamento jurídico pátrio, e pelos benefícios comprovados que traz à prole, é importante frisar que, na guarda compartilhada, é sempre necessário verificar o melhor interesse da criança e do adolescente para que decisões sejam acertadas, não colocando em risco os envolvidos, que já sofrem com a separação de seus pais.

Além disso, a guarda compartilhada nem sempre é possível, seja por questões geográficas, encarceramento de um dos genitores, ou até mesmo, como no atual cenário mundial, por causa de uma pandemia.

4 IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 E SEU ENFRENTAMENTO A PARTIR DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Díficeis são as consequências de um período tão nefasto como o que foi inaugurado pela pandemia da COVID-19, que mudou a rotina das pessoas em todo o planeta. Aeroportos fechados, trabalhadores desempregados, contaminação em números exponenciais e a cura, ao que tudo indica, distante.

A pandemia afetou toda a humanidade e as pessoas tiveram que se adaptar às novas formas de trabalho, de ensino, de contratação e, também, às novas formas de contato e manutenção do convívio, lembrando que o isolamento social é considerado crucial para diminuir esse jogo de perde-perde, e ainda que se almeje a superação desse cenário com lições para o período pós-pandemia (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020).

Em se tratando especificamente das relações privadas, entrou em vigor recentemente a Lei nº 14.101, de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório – RJET para as relações jurídicas de direito privado. E, como o próprio nome já diz, a lei define um regime emergencial e transitório, que tem data específica para acabar. Essa legislação altera alguns institutos do direito privado, como a prescrição e a decadência, a realização de assembleias, e – como não poderia deixar de ser – o direito de família e sucessões.

A alteração mais pertinente ao tema sob exame é a possibilidade de prisão domiciliar do devedor de alimentos. Por outro lado, a norma é omissa quanto a diversas questões sensíveis, como a necessidade ou não de suspensão do dever de ‘visitação’ (direito-dever à convivência). Obviamente, as mudanças nesses tempos de pandemia – estado anormal – é necessária para que as coisas funcionem como devem funcionar, como bem explicou José Fernando Simão (2020): “Em tempo de escolhas trágicas, do jogo de perde-perde, as coisas funcionam dessa maneira. Deve-se perguntar quem perde menos.”

Nesses tempos sombrios, inexistente resposta única para a solução de conflitos produzidos pelas novas dificuldades impostas ao convívio, sendo mais do que necessária a aplicação das legislações e, principalmente, das normas da Constituição para que a sociedade sobreviva à pandemia, sem maiores danos, principalmente nas relações de família, especialmente quanto ao esfacelamento do afeto de pais que não detêm a guarda e estejam impedidos, pelo isolamento social, de conviver com seus filhos. O que fazer agora?

4.1 A CONVIVÊNCIA EM TEMPOS PANDEMIA

Apesar de o RJET não ter disciplinado o assunto, a convivência dos filhos com seus familiares pode ser prejudicada em tempos de distanciamento, principalmente pelo fato de a contaminação usualmente se dar a partir do contágio entre pessoas próximas. Para Simão (2020), “[a] COVID-19 é cruel, pois em sua democracia tanatológica, é transmitida, muitas vezes, por quem mais amamos, por meio dos gestos de afeto e de carinho: beijos, abraços, toques”.

Dessa maneira, como a medida para impedir a propagação da doença é o distanciamento (e, em alguns casos, o completo isolamento social), a utilização da tecnologia aparece como um caminho profícuo para a manutenção do convívio e, conseqüentemente, do afeto. (BRAZIL, 2020)

O importante é saber deixar as diferenças, brigas, orgulho de lado e buscar uma alternativa amigável para a manutenção da convivência, sempre buscando o melhor para a criança ou adolescente, e preservando o afeto com a família e a comunidade, elemento essencial para o crescimento saudável da prole.

Apesar de não existir nenhuma “receita pronta”, e de os tribunais já terem acolhido decisões para suspender as “visitas”, *e.g.* a decisão 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF (2020), que determinou a suspensão temporária de visitas de um pai à filha menor, existem saídas, que podem ser melhores e capazes de minimizar os impactos do isolamento social na convivência dos filhos com os pais, avós, tios e demais membros da família e da comunidade, inclusive com a convivência com pessoas do grupo de risco, a partir do mesmo fundamento – melhor interesse da criança/adolescente – para as suspensões das “visitas”.

Por fim, mas não menos importante, podemos também fazer uma reflexão positiva, com a ressalva de que nada substitui o toque, o abraço de saudade, o beijo carinhoso dos entes queridos. Porém, famílias aproveitam esse período para “aparar as arestas”, resolver questões, dividir medos e anseios. Um dos efeitos da saudade é justamente o anseio pela união, ainda que seja pela via digital.

4.2 TECNOLOGIAS E SUA UTILIZAÇÃO COMO MEIO GARANTIDOR DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Como apresentado no tópico anterior, já existem decisões dos tribunais determinando a suspensão das “visitas” dos pais que não detêm a guarda de seus filhos, visando garantir a saúde da prole e com fundamento no melhor interesse da criança e do adolescente, não proliferando a COVID-19.

Entretanto, ainda que as visitas físicas possam vir a ser justificadamente suspensas, principalmente para as pessoas que se enquadram nos chamados grupos de risco, como os idosos, os pais que trabalham em hospitais ou que tenham maior risco de contaminação, entre tantos outros, a convivência familiar, como já explicado, se diferencia das meras visitas, eis que gera afeto familiar e isto, em nenhum momento, pode ser reduzido ou até mesmo interrompido, ainda mais na sociedade interconectada em que vivemos.

Obviamente, cada situação deve ser analisada individualmente, pois não se pode ignorar que ainda há muita exclusão digital (EUBANKS, 2011) ou limitações de acesso aos novos meios de comunicação, especialmente à Internet. (MEIRA, 2019) Nesses casos, infelizmente, se o Estado é incapaz de suprir tais demandas a partir de políticas públicas eficientes, a saída, para muitos, será aguardar o final do período mais crítico de distanciamento social.

Entretanto, é importante destacar que, na sociedade contemporânea, a Internet assumiu um papel de protagonista de todas as relações, como bem destaca Mariella Batarra Mian:

Ainda que a exclusão digital seja assunto de extrema relevância, principalmente sob a ótica dos direitos humanos, é evidente que a internet assumiu um papel de protagonista na sociedade contemporânea. Sua exponencial abrangência, em nível global, trouxe uma valorização das relações entre pessoas-pessoas e pessoas-máquinas. (MIAN, 2018, p.127-128).

Nesse mesmo diapasão, Faleiros Júnior e Lamas explicam:

Na mesma medida em que a tecnologia avança, novos meios de comunicação se desvelam ao homem como extensões propiciadoras de novos horizontes inter-relacionais. Nesse campo, para além da existência de uma sociedade em rede, como descrevem Manuel Castells e Jan van Dijk, fala-se na formação de uma “teia da vida” (*web of life*) [...]. (FALEIROS JÚNIOR; LAMAS, 2019. p. 178)

Nesse sentido, inegável é que o uso das TICs pode trazer benefícios ao atingimento desses desideratos. A título exemplificativo, Faleiros Júnior e Lamas (2019) indicam três potenciais usos dos aplicativos de videoconferência: (i) para genitores com residências longínquas; (ii) para genitores encarcerados; (iii) para casos de suspeita de alienação parental.

Como bem anotam Jéssica Modesto e Marcos Ehrhardt Júnior (2020, p. 154), “[s]oluções em abstrato não parecem ser adequadas ao enfrentamento da problemática. Limites precisam ser construídos na análise do caso concreto.” Isso vem à tona quando se contempla a necessidade de regulamentação do uso dessas ferramentas tecnológicas para que não haja desvirtuações, abusos ou riscos de conflitos entre os conviventes.

Mesmo antes da pandemia, já se tinha notícias sobre decisões, em destaque a decisão da oitava câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravo de Instrumento nº 70076329986, julgado em 12/04/2018), que permitiram a guarda compartilhada em casos de pais que moram em cidades diferentes (FALEIROS JÚNIOR; LAMAS, 2019). Dessa forma, decisões assemelhadas e favoráveis fariam sentido nessa época transitória de pandemia.

Essa implementação da convivência virtual em tempos de pandemia é uma ação necessária e premente, como anota Marcos Ehrhardt Júnior (2020) e, exatamente por isso, não se deve depender do labor dos juízes e tribunais para o enfrentamento de cada caso concreto e é nesse aspecto que se lamenta o fato de o RJET não ter contemplado a questão.

Sem dúvidas, uma decisão judicial adequada ao caso concreto traz inúmeros benefícios. É possível, por exemplo, fixar dias e horários para os contatos, definir plataformas, restrições, supervisão, bem como aplicar multas (que podem ser recíprocas) para hipóteses de descumprimento dessas medidas, sempre primando pelo melhor interesse da criança ou do adolescente. (MOURA; COLOMBO, 2020)

Sobre o tema:

[...] em recente decisão da Oitava Câmara Cível do Rio Grande do Sul, sob relatoria do Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, foram fixados horários para que o filho viesse a se comunicar com o pai que mora nos Estados Unidos da América, invocando-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Segundo o relator, “o contato via Skype assegura o direito recíproco do pai e do filho à convivência, mesmo sem contato físico, com o intuito de fortalecer o vínculo afetivo entre eles, já prejudicado pelo fator distância”. (FALEIROS JÚNIOR; LAMAS, 2019, p. 180)

Nesse aspecto, é fundamental que se reflita quanto à (esperada) transitoriedade da pandemia e de seus reflexos, que poderá acarretar uma desejada sensação de “retorno à normalidade”. Isso, por certo, tem

o potencial de conduzir à preferência pela espera e pela paralisação do convívio habitual. Entretanto, não sendo possível, também, desconsiderar a descoberta de novas alternativas e de diversos modos de se viver em sociedade, torna-se fundamental o debate acerca dos benefícios produzidos pela tecnologia.

Nesse debate, anota Boaventura de Souza Santos:

A pandemia e a quarentena estão a revelar que são possíveis alternativas, que as sociedades se adaptam a novos modos de viver quando tal é necessário e sentido como correspondendo ao bem comum. Esta situação torna-se propícia a que se pense em alternativas ao modo de viver, de produzir, de consumir e de conviver nestes primeiros anos do século XXI. Na ausência de tais alternativas, não será possível evitar a irrupção de novas pandemias, as quais, aliás, como tudo leva a crer, podem ser ainda mais letais do que a actual. Ideias sobre alternativas certamente não faltarão, mas poderão elas conduzir a uma acção política no sentido de as concretizar? No curto prazo, o mais provável é que, finda a quarentena, as pessoas se queiram assegurar de que o mundo que conheceram afinal não desapareceu. Regressarão sofregamente às ruas, ansiosos por voltar a circular livremente. Irão aos jardins, aos restaurantes, aos centros comerciais, visitarão parentes e amigos, regressarão às rotinas que, por mais pesadas e monótonas que tenham sido, parecerão agora leves e sedutoras. (SANTOS, 2020, p. 29)

Com isso, não resta dúvidas de que a Internet e os novos meios de comunicação devem ser utilizados, de maneira benéfica, para que os filhos possam ter contato com a comunidade e com sua família, sempre respeitando a rotina de horários dos envolvidos, minimizando assim os prejuízos e os impactos causados pela COVID-19.

5 CONCLUSÃO

A título conclusivo, impõe-se o reconhecimento de que os impactos da pandemia desencadeada pela COVID-19 são drásticos, mas não devem servir como motivação para que se admita a redução dos graus de produção e manutenção do afeto nas relações familiares.

Sem dúvidas, o resguardo dos laços familiares, especialmente em vista da necessidade de acautelamento individual, deve imperar para que pais e filhos, avós e netos, além de todos os demais indivíduos pertencentes ao núcleo endofamiliar possam continuar a interagir e a participar reciprocamente das vidas uns dos outros, mesmo em momento tão delicado.

Para o atingimento desse desiderato, as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) cumprem papel destacado, demonstrando aptidão à mitigação dos efeitos mais cruéis do distanciamento social ao permitir, ainda que remotamente, a manutenção das comunicações entre familiares.

Nesse sentido, tecnologias de videoconferência podem (e devem) ser utilizadas por familiares que estejam distantes ou em isolamento nesses tempos de quarentena para que possam se manter em contato – mais do que nunca – com os demais, especialmente crianças e adolescentes, em razão de sua peculiar condição.

Nessa linha, urge a propagação de uma cultura de consenso, que pode se inspirar na lógica profícua da mediação, para que eventual ausência de regulamentação específica sobre os usos de tecnologias comunicacionais não acarrete mais conflitos e disputas, ao invés de trazer desejável o efeito contrário de produzir a comunhão entre pessoas.

Sabe-se que há muitas particularidades a se considerar para isso, como a situação da guarda, a distância entre os conviventes, a disponibilidade de equipamentos e de acesso à Internet... Mas, efetivamente,

deve imperar o bom senso e, se tais tecnologias têm o condão de mitigar os efeitos nocivos do distanciamento social – ainda que não para todos – é imperioso que se admita seu uso, desde que equilibrado e mesmo que não regulamentado judicialmente.

6 REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada – uma nova realidade para o direito de família brasileiro. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). **Guarda compartilhada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRAZIL, Glicia. Efeito do convívio virtual para o vínculo de afeto dos vulneráveis. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana. 2001.

DADALTO, Luciana. Responsabilidade civil pelo descumprimento do testamento vital no contexto da COVID-19. *In*: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba: Foco, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Imprensa Institucional. **Justiça suspende visitas paternas temporariamente para evitar disseminação do coronavírus**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/impressa/noticias/2020/abril/coronavirus-de-sembargador-suspende-temporariamente-visitas-de-pai-a-filha-menor-de-idade>. Acesso em: 6 jul. 2020.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Como a utilização da tecnologia impacta nas relações familiares em tempos de pandemia da COVID-19? *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.

EUBANKS, Virginia. **Digital dead end**: fighting for social justice in the information age. Cambridge: The MIT Press, 2011.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LAMAS, Carlos Eduardo. Convivência virtual: Tecnologias de videoconferência e seu papel no exercício do direito-dever ao convívio. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Org.). **Escritos de Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRA, Matheus Junqueira de Almeida. Acesso à internet como direito fundamental: a necessidade de garantia ao ingresso no mundo virtual. *In*: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.). **Estudos essenciais de direito digital**. Uberlândia: LAECC, 2019.

MIAN, Mariella Batarra. Existe resistência nas sociedades de controle? *In*: SOUZA, Joyce; AVELINO Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da (Orgs.). **Sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Hedra, 2018.

MODESTO, Jéssica Andrade; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate a COVID-19. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES**, Canoas, v. 8, n. 2, p. 143-161, 2020.

MOURA, Líbera Copetti de; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Exercício do direito à convivência familiar em situações extremas: princípio do melhor interesse da criança e colisão de direitos fundamentais. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). **Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões**. Indaia-tuba: Foco, 2020.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013.

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

SILVA, Daniel Alt da. **Família simultânea**: uma abordagem à luz da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Larissa Tenfen; ANTUNES, Ana Paula de Oliveira. A convivência entre avós idosos e netos no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). **Coronavírus**: impactos no direito de família e sucessões. Indaiatuba: Foco, 2020.

SIMÃO, José Fernando. Direito de família em tempos de pandemia: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). **Coronavírus**: impactos no direito de família e sucessões. Indaiatuba: Foco, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Uma agenda para o direito de família pós-pandemia. *In*: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). **Coronavírus**: impactos no direito de família e sucessões. Indaiatuba: Foco, 2020.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPÍTULO 5

OS IMPACTOS DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL



ANA MÁRCIA RUAS DE AQUINO

Universidade Estadual de Montes Claros

<http://lattes.cnpq.br/3023874749721685>

POLLYANA RUAS DE AQUINO CHAVES

Faculdade Única de Ipatinga

<http://lattes.cnpq.br/6184134315710576>

SILVIA BATISTA ROCHA MACHADO

Centro Universitário FIPMoc

<http://lattes.cnpq.br/5889573709681305>

1 INTRODUÇÃO

O conceito da alienação parental (AP), tratada na legislação brasileira pela Lei 13.218/2010, foi definido pelo norte-americano Richard Gardner. A AP, cuja ocorrência se dá, normalmente, após a dissolução de uma sociedade conjugal, é compreendida como a desmoralização de um dos genitores perante a prole.

A presente pesquisa teve como objetivo analisar os impactos do novo coronavírus no aumento dos casos de alienação parental. O estudo justifica-se por ser a alienação parental um fato recorrente na sociedade brasileira, alcançando, com frequência, os tribunais.

Diante das mudanças sociais impostas para o controle da pandemia causada pelo novo coronavírus, há uma grande preocupação, na seara familiar, no que tange à continuidade do convívio com os filhos que estão sob a guarda do outro genitor, em função do aumento da inci-

dência de atos de alienação parental, devendo ser sopesados o exercício da guarda, o direito de visitas e a manutenção do contato e vínculo afetivos.

Como metodologia, para a elaboração deste trabalho, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, valendo-se do método dedutivo, com aplicação da abordagem exploratória.

Para a realização dos objetivos propostos, o trabalho está dividido, além da presente introdução, em mais três tópicos: no primeiro destes, será realizado um estudo acerca do conceito da alienação parental. No segundo tópico, será realizado um estudo sobre o conceito do novo coronavírus e suas implicações jurídicas, psicológicas, familiares, trabalhistas, religiosas, entre outras. E, por fim, no terceiro tópico, discurrir-se-á a respeito das consequências do novo coronavírus nos casos de alienação parental.

2 A ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental, hoje regulamentada pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, advém de uma teoria criada, em 1985, por um estudioso norte-americano da psicologia chamado Richard Gardner (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Conforme Gonçalves (2016, p. 294, grifo do autor), “O vocábulo inglês *alienation* significa ‘criar antipatia’, e parental quer dizer ‘paterna’”.

Consoante Gardner (2002a, p. 94, grifo nosso), “*Parental Alienation (PA) refers to the wide variety of symptoms that may result from or be associated with a child’s alienation from a parent*”.¹

1 A alienação parental (AP) refere-se a uma grande variedade de sintomas, os quais podem resultar da ou associar-se à alienação da criança por um dos pais (Livre tradução).

Gardner (2002b, p. 2) tem preferência pelo termo Síndrome da Alienação Parental (SAP), mas, segundo ele, para os juristas, “Há alguma objeção ao uso do termo síndrome e alega-se que não é de fato uma síndrome, e que deve ser usado o termo alienação parental (AP)”.

Posto isso, neste trabalho, será empregado preferencialmente o termo AP, o qual é usado na lei brasileira que o regulamenta. Além disso, há que se considerar o fato de que “[...] parte da comunidade científica ainda não reconhece a existência de uma verdadeira ‘síndrome’, defendendo a necessidade de serem realizadas novas pesquisas na área” (PEREIRA, 2016, p. 246, grifo do autor).

É válido, contudo, apresentar, de acordo com Gardner (2002b, p.1), o autor de tal teoria, a diferença entre AP e SAP: enquanto, na AP, o genitor alienador utiliza-se de meios para provocar um rompimento da boa relação e do amor do filho com o genitor não detentor da guarda, na SAP, além dessa “[...] programação, lavagem cerebral [...]”, há, também, “[...] contribuições criadas pela própria criança em apoio à campanha denegritória do genitor alienador contra o genitor alienado”.

Há de ser evidenciado, ainda, no tocante à SAP, que esta, também chamada de “[...] falsas memórias ou abuso do poder parental, é reconhecida como forma de abuso emocional que pode causar à criança ou ao adolescente distúrbios emocionais” (TOSTA, 2013, p. 18).

Em se tratando da AP, a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, assim traduz seu conceito:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010, *on-line*).

Em conformidade com Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 604), a AP ocorre principalmente “[...] nas disputas de custódia, [...]”

quando não existe a adoção consensual do sistema de guarda compartilhada”.

Consoante Gonçalves (2016, p. 294), é uma situação bastante comum entre pais que se separam e, “[...] um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas”.

Além de prejudicar o convívio, o agente alienador procura valer-se de mecanismos para “[...] o filho rejeitar o pai, odiá-lo [...], sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro” (DIAS, 2010, p. 2).

De acordo com Dias (2010, p. 2), nesses casos, a criança ou adolescente “[...] acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado”.

Nas palavras de Fonseca (2006, p. 163), esse afastamento, a cessação de convívio e a implantação do ódio para com o outro genitor são capazes de gerar uma síndrome, e a criança ou adolescente pode passar a ter um “[...] apego excessivo e exclusivo [...]” pelo seu guardião legal.

Como se denota, o alienador possui vários artifícios para efetivar a alienação, sendo algumas dessas condutas exemplificadas pela própria lei da alienação parental, em seu artigo 2º, § único, quais sejam: desqualificar o outro genitor, atrapalhar sua convivência com a criança ou adolescente e o exercício de seus direitos sobre eles, bem como deixar de dar ciência ao genitor sobre sua participação na vida escolar, nas questões de saúde, sobre trocas de endereços e telefones, fazer denúncias falsas contra o genitor e seus familiares, prejudicando o contato da criança ou adolescente com estes, ou seja, o agente alienador utiliza-se de vários meios para tentar dificultar a convivência saudável entre o filho e o genitor não detentor da guarda (BRASIL, 2010).

Além das condutas que são tipificadas na lei, Garbin (2013, p. 14) reitera a “[...] implantação de falsas memórias, [...] interceptação de e-mails e ligações telefônicas, o impedimento de visitação e a realização de campanha de desqualificação contra o alienado”.

A implantação de falsa memória “[...] tem o condão de convencer a criança de que esse fato realmente aconteceu sendo então, levada a repetir o que lhe é afirmado como se tivesse ocorrido realmente” (CANABARRO, 2012, p. 9).

Conforme Dias (2010, p. 2), com o intuito de ganhar para si o filho e ter isso como uma vingança contra o ex-cônjuge ou ex-companheiro, arquiteta-se

[...] inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida.

Essas atitudes costumam gerar, na criança ou adolescente que sofre alienação, consequências, tais como as seguintes:

1. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do “pensador independente”.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações “encomendadas”.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado (GARDNER, 2002b, p. 3, grifo do autor).

Em consonância com a lei, no que se refere à alienação parental, em seu artigo 3º, esta “[...] fere direito fundamental da criança ou do adolescente, [...] constitui abuso moral [...] e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda” (BRASIL, 2010, *on-line*).

Ao ser a AP denunciada, esta passa a ter preferência sobre outras ações em tramitação, há a suspensão da convivência e realizam-se estudos sociais e psicológicos para a sua comprovação, a fim de que o problema seja resolvido, trazendo-se o mínimo de danos para a criança ou adolescente vítima de alienação (DIAS, 2010).

Segundo afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 608, grifo dos autores), “Existe, pois, uma gradação sancionatória que parte de uma medida mais branda – *advertência* – podendo culminar com uma imposição muito mais grave – *suspensão do poder familiar* –”, sendo admitidos, além disso, o contraditório e a ampla defesa do genitor denunciado como alienante.

Conclui-se, portanto, após o estudo sobre a AP, que esta ocasiona efeitos negativos na vida da criança ou adolescente e do genitor desacreditado, podendo, inclusive, trazer a estes consequências irreversíveis.

3 O NOVO CORONAVÍRUS

O novo coronavírus, cientificamente conhecido como SARS-CoV-2, é uma doença respiratória (COVID-19), que foi descoberta na China, em 31 de dezembro de 2019. Praticamente um mês depois, no dia 30 de janeiro de 2020, foi declarado, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que o surto do novo coronavírus constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização – e, no dia 11 de março de 2020, essa doença foi caracterizada como pandemia (OPAS, 2020).

Esse vírus recebe, hodiernamente, a cognominação de “novo” porque

[..] as características (a imagem) do vírus se assemelha a uma coroa (corona, em espanhol). A primeira vez que esse agente infeccioso foi identificado em humanos e isolado foi em 1937. Porém, só foi descrito como coronavírus em 1965, quando a análise de perfil na microscopia revelou essa aparência.

O novo vírus, descoberto em 31 de dezembro de 2019, e que tem atraído a atenção das autoridades de saúde em todo o mundo, foi nomeado tecnicamente de Covid-19. Por também ter aparência de coroa, ele tem sido chamado de novo coronavírus (BRASIL, 2020^a, *on-line*).

Em consonância com o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020b), seus sintomas mais comuns são tosse, febre, coriza, dor de garganta e dificuldade de respirar, sendo transmitida por aperto de mão, por gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro, objetos ou superfícies contaminadas, tais como: celulares, mesas, maçanetas, brinquedos, entre outros.

Ademais, a OMS traz, além dos sintomas supramencionados, o cansaço e a pneumonia, estando esta última presente nos casos graves (OPAS, 2020). Nesse contexto, a fim de se evitar ou amenizar a ocorrência de casos críticos, que propiciem um colapso no sistema de saúde, Marques *et al* (2020, *on-line*) esclarecem:

Dentre as medidas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) para o combate à pandemia, destacam-se o isolamento dos casos suspeitos e o distanciamento social, estratégias fundamentais para conter o aumento exponencial dos casos da doença e a sobrecarga no serviço de saúde.

Outras orientações da Organização Mundial de Saúde são: lavar as mãos, usar álcool em gel (com concentração 70%) para higienizar mãos, objetos e alimentos, evitar multidões, usar máscaras, evitar contato ao cumprimentar, entre outras formas de prevenção da doença (SANTOS, 2020).

Além dessas medidas, Santos (2020) alerta que, por não haver uma vacina nem um tratamento ainda específico, faz-se necessário seguir todas as orientações passadas pelos órgãos de saúde, a fim de se obter proteção contra a COVID-19.

Não obstante todos esses cuidados necessários tendo sido passados à população, o novo coronavírus alastrou-se pelo mundo, atingindo, também, o Brasil e provocando infecções e mortes, o que exigiu medidas mais drásticas dos governos, com algumas cidades, estados ou países se decidindo pelo isolamento (quarentena; isolamento em casos de infectados; distanciamento social) como uma medida de saúde pública para limitar ou interromper a disseminação da doença.

A OMS, no dia 19 de março de 2020, lançou, como orientação provisória, considerações para a quarentena das pessoas no contexto da contenção do novo coronavírus, com a seguinte explicação:

Quarantine of persons

The quarantine of persons is the restriction of activities of or the separation of persons who are not ill but who may have been exposed to an infectious agent or disease, with the objective of monitoring their symptoms and ensuring the early detection of cases. Quarantine is different from isolation, which is the separation of ill or infected persons from others to prevent the spread of infection or contamination. [...]

Social distance must be maintained (that is, distance of at least 1 metre) between all persons who are quarantined (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, *on-line*)².

2 Quarentena de pessoas

A **quarentena** de pessoas é a restrição de atividades ou a separação de pessoas que não estão doentes, mas que podem estar expostos a um agente ou doença infecciosa, com o objetivo de monitorar seus sintomas e garantir o início precoce da detecção de casos. Quarentena é diferente de **isolamento**, que é a separação de pessoas doentes ou infectadas de outras pessoas para impedir a propagação de infecção ou contaminação. [...]

O **distanciamento social** deve ser mantido (ou seja, a distância de 1 metro) entre todas as pessoas em quarentena (grifo nosso) (Livre tradução).

Com esse mesmo intuito de contenção do novo coronavírus, o Ministério da Saúde brasileiro havia publicado, na Portaria nº 356, de 12 de março de 2020:

Art. 4º A medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado.

§ 2º A medida de quarentena será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território (BRASIL, 2020c, *on-line*).

Mesmo com os esforços da OMS e de outros órgãos mundiais e nacionais e com diversas providências sendo tomadas, como os cuidados acima referidos, até o dia 04 de junho de 2020, teriam sido confirmados, em nível mundial, 6.416.828 casos da doença e, além disso, 382.867 casos de mortes (OPAS, 2020).

No Brasil, em relação aos casos da doença COVID-19, até o dia 06 de junho de 2020, registraram-se 36.044 óbitos, além de um número de 676.494 infectados pela doença (NOGUEIRA, 2020).

Ademais, como se não bastasse esse elevado número de óbitos, há uma parcela da população, no Brasil e no mundo, que não acredita na existência do vírus e, conseqüentemente, não segue as recomendações preventivas. Entre essas pessoas, estão o escritor Olavo de Carvalho (ISTOÉ, 2020), que escreveu o *best-seller O imbecil coletivo: verdades inculturais brasileiras*, em 1996, e o ator mexicano Carlos Vialagrán, que interpreta o conhecido personagem Quico, do programa de TV *Chaves* (ESTADO DE MINAS, 2020), e que podem influenciar outras pessoas, famosas ou anônimas.

No Brasil, soma-se a isso, também, o fato de que muitas pessoas, sem contrato de trabalho formal ou tendo seus estabelecimentos

comerciais com atividades não essenciais fechados, entre outros tantos motivos, relutam em seguir o isolamento tal como recomendado pelo poder público.

Diante desse quadro complexo de relutância ao tipo de isolamento aconselhado, vários governadores e prefeitos brasileiros publicaram atos normativos, como uma forma de impedir uma maior propagação do vírus, quais sejam:

Decretos Federais que definem os serviços públicos e as atividades essenciais (10.282/20 e 10.292/20), decretos estaduais com as restrições de atividades, determinando suspensão de serviços (64.881/20 – SP), decretos municipais, bem como decreto que determinou estado de calamidade pública no Brasil aprovada pelo Congresso Nacional (CARDOSO, 2020, *on-line*).

Ainda segundo Cardoso (2020, *on-line*), a “obediência a essas leis é obrigatória e o descumprimento delas acarretará responsabilização nos âmbitos administrativo, civil e criminal”.

Entretanto, nem mesmo a responsabilização judicial ao descumprimento dessas leis, ou o risco de contaminação, têm sido suficientes para a contenção do novo coronavírus e para que as leis de isolamento, distanciamento social e quarentena sejam cumpridas.

Como argumento contrário, há segmentos sociais que alegam estarem essas medidas restritivas ferindo o direito constitucional de ir e vir e a liberdade de locomoção, previstos no artigo 5º, inciso XV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88): *“é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”*, adicionando-se a estes os direitos fundamentais e sociais do cidadão, dispostos nos artigos 1º e 6º da CRFB (BRASIL, 1988, *on-line*).

Em razão da pandemia, no entanto, tornam-se “as restrições [...] adequadas e aptas a promover a preservação do direito fundamental

da coletividade, pois a saúde e consequentemente o direito à vida possuem prioridade ao direito de ir e vir” (CARDOSO, 2020, *on-line*), já que, de acordo com o *Art. 196 (CRFB/88, on-line)*:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desse modo, independentemente dos direitos fundamentais e sociais assegurados constitucionalmente, como a liberdade de se locomover em seu território, o Estado passa a interferir nesse direito, em épocas de pandemia.

Diante dos riscos à contaminação pelo novo coronavírus, esse impedimento de locomoção tem acarretado problemas de ordem física, emocional e psicológica às pessoas, os quais são relacionados a outros fatores ocasionados, também, pela pandemia, como os de natureza econômica – ligados às relações de trabalho e emprego –, os de natureza familiar, que envolvem as internações com medidas restritivas de visitas, os enterros com limite de pessoas ou suspensão de velórios, além das mudanças nas práticas religiosas e na vida escolar (O GLOBO, 2020).

Sobre os problemas de cunho psicológico e emocional, Duarte (2020) explica que a “maioria dos estudos indica efeitos psicológicos negativos como sintomas de estresse pós-traumático, sintomas depressivos, tristeza, abuso de substância, estado confusional e irritabilidade”.

Quanto aos fatores relativos à economia, Lago (2020) confirma serem os problemas financeiros um grande percalço vivenciado durante o enfrentamento da COVID-19.

Em se tratando desses fatores, um relatório sobre inflação, apresentado pelo Banco Central do Brasil, afirma que a pandemia provoca uma desaceleração significativa da atividade econômica:

A pandemia do novo coronavírus e a paralisação (ou redução acentuada da atividade econômica), em virtude da crise sanitária, já estão mostrando danos em ambas: na oferta, pela impossibilidade de diversos trabalhadores e empresas produzirem; e na demanda, pela significativa diminuição do consumo gerada pelas restrições de mobilidade impostas pelas autoridades sanitárias (SCHEIFFER, 2020, *on-line*).

No que tange aos enterros, a suspensão ou restrição e os caixões lacrados têm prejudicado a saúde mental dos familiares e alterado o luto, pois as pessoas, por não poderem se despedir do ente falecido, podem ter sequelas psicológicas e emocionais irreversíveis diante da possível sensação de inconcretude da morte, pela forma de sepultamento (SOUZA, 2020).

Nas escolas, as atividades estão suspensas ou há aulas virtuais, com a implantação, pelo Ministério da Educação (LIMA, 2020), de um formato de aula via mídias de comunicação, enquanto, na seara trabalhista, adotou-se o *home office* ou teletrabalho, ou seja, muitos trabalhadores passaram a trabalhar de suas casas, como uma forma de se proteger e evitar a propagação do novo coronavírus (G1, 2020).

As celebrações religiosas também sofreram impactos e restrições e, “Para tentar resolver essa questão, alguns templos têm transmitido mensagens religiosas aos fiéis por meio de serviços de streaming, redes sociais, aplicativos e até do rádio” (MACHADO, 2020, *on-line*).

Com todas essas mudanças substanciais e inusitadas, há diversas dúvidas e problemas surgidos nos lares, não somente relacionados a todas essas transformações na conformação da vida social, cultural, escolar, religiosa, trabalhista, mas também com relação às convivências familiares e – particularmente no que tange ao direito de família – às questões que envolvem pensão alimentícia, contato e vínculo afetivo entre pais e filhos etc.

Relativamente aos casos de pensão alimentícia, há, com as reduções de carga horária e as demissões trabalhistas, dúvidas de como proceder, pois, devido à COVID-19, essas situações previstas no direito de família têm que passar por reconfigurações temporárias, a serem restabelecidas com o fim da pandemia.

Assim, as relações familiares têm sido sobremaneira afetadas, e isso interfere na harmonia necessária ao convívio nos lares, onde

[...] surgiram muitos questionamentos sobre como acontecerá a convivência entre pais, mães e filhos durante esse período e também sobre como aqueles que eventualmente tiverem redução de salário por conta da diminuição da carga horária realizarão o pagamento de pensão alimentícia.” (BARONI; CABRAL; CARVALHO, 2020, *on-line*).

Especificamente sobre a convivência dos filhos com pais separados ou que nunca viveram juntos, o direito de família tem enfrentado algumas barreiras geradas pelo isolamento, as quais dificultam o contato entre pais e filhos e, conseqüentemente, trazem à tona desdobramentos que podem acabar incidindo em casos de alienação parental, aspecto que será analisado no tópico seguinte.

4 O IMPACTO DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Resta comprovado, por meio das discussões até então retratadas, que o novo coronavírus gerou e continua gerando muitas mudanças e dificuldades na vida de toda a população, além disso, na seara familiar, há uma grande preocupação dos pais que não vivem dentro de um mesmo lar sobre como agir em tempos de pandemia, no que tange ao contato com seus filhos, visto que há “decisões judiciais que estabe-

lecem o direito de convivência do filho com seu genitor(a)” (MOTA, 2020, *on-line*).

Em consonância com a CRFB/88, os genitores devem prezar pela liberdade e convivência familiar e também colocar o infante e o adolescente a salvo de negligência, além de prezar pela sua saúde:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, *on-line*).

Nesse sentido, devido à pandemia, consoante MOTA (2020, *on-line*), o que deve ser feito é sopesar “o exercício da guarda, o direito de visitas somado à comunicação dos pais, que deve ser superior a qualquer diferença que existe ou já existiu.” Ou seja, “Os pais devem chegar a um acordo que resguarde ambos os direitos retromencionados”.

Sendo assim, caso os pais decidam dar continuidade ao contato presencial ou alternar o tempo de permanência na casa de cada genitor, devem levar em consideração, entre outros requisitos considerados fundamentais, os que serão elencados a seguir: “que os genitores residam na mesma cidade ou que, no mínimo, a alternância entre os lares não importe na necessidade do filho tomar qualquer transporte, seja terrestre ou aéreo, de caráter coletivo” (ROSA, 2020, *on-line*).

Contudo, se a manutenção do vínculo presencial não for possível ou exequível, levando em conta o melhor interesse da criança ou adolescente, há que se falar em comunicação virtual, para a preservação do vínculo afetivo entre o genitor que reside em outro lar e a sua prole (IBDFAM, 2020a).

Tal pensamento é corroborado por Conrado (2020, *apud* IBDFAM 2020b), o qual assevera que o fato de não estar junto fisicamente

não representa distanciamento afetivo, reiterando, dessa forma, a importância do contato virtual durante a pandemia.

Vale ressaltar que não deve ser proibido o contato entre o genitor e seu filho por excesso de zelo:

O “excesso de zelo”, por si só, não deve justificar o rompimento da convivência de uma criança com um de seus pais. Vale lembrar que atitudes como “dificultar o contato de criança ou adolescente com um de seus genitores” ou “dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar” podem, inclusive, ser consideradas como prática de atos de alienação parental nos termos da Lei nº 12.318/2010 (DORIA, 2020, *on-line*).

Todavia, em busca de uma melhor decisão, muitos genitores têm procurado a justiça, e juízes e tribunais têm decidido suspender contato presencial, como se ratifica por meio do julgamento do Habeas corpus de nº 569223 – RJ (2020/0075925-3), julgado no Superior Tribunal de Justiça, em 27 de março de 2020, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

[...] a medida é necessária no caso em apreço considerando a informação de que a criança reside com pessoas enquadradas em grupo de risco, de acordo com a classificação do Ministério da Saúde, já estando, inclusive, em isolamento domiciliar. Friso, novamente, que se trata de uma medida temporária, num momento em que os cuidados para com a criança devem ser adotados por ambos os pais, não se rompendo por completo o convívio com nenhum dos genitores, ainda que esse contato se dê de forma virtual. Neste caso, pensando no bem-estar da criança e visando evitar a ruptura do vínculo paterno-filial, adequado que se mantenha o convívio paterno de forma segura mediante chamada de vídeo nos mesmos dias de visitação acordados entre as partes. (BRASIL, 2020d, *on-line*).

Um outro exemplo elucidativo de uma melhor decisão por suspender o contato presencial é evidenciado no julgamento do Agravo de Instrumento de nº 1413785520198129999 – TJ-MS, do Processo de

nº 1413728-55.2019.8.12.0000, julgado na 1ª Câmara Cível, em 25 de março de 2020, sob a relatoria do Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida:

[...] não obstante a grande importância do direito de convivência familiar para o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, entende-se que no caso em exame deve preponderar o direito à saúde, a fim de impedir que as crianças e os adolescentes vivenciem situações que possam acarretar sua contaminação pelo novo coronavírus. (MATO GROSSO DO SUL, 2020, *on-line*).

O isolamento, entretanto, causado pelo novo coronavírus não pode ser utilizado propositalmente para impedir a convivência entre o filho e o genitor, o que pode levar o genitor alienado à justiça, trazendo como consequência ao alienador tanto uma advertência quanto a perda do poder familiar ou a inversão de guarda (ONGARATTO, 2020).

Nesse sentido, o genitor detentor da guarda deve permitir e incentivar o contato *on-line* entre seu filho e o outro genitor, pois “impedir uma comunicação virtual pode, sim, ser considerado um caso de alienação parental” (NABUCO, 2020).

Diante dessa situação, o IBDFAM (2020a, *on-line*) explicita que:

A quarentena pode ser um presente para o genitor alienador, uma vez que ele passa a ter legitimidade para restringir o convívio físico do outro genitor com seu filho, podendo cometer mais atos de alienação parental. [...] Em relação ao genitor alienado, este deverá intensificar o contato virtual com seu filho sem a interferência do genitor alienador e, caso não seja possível, o Judiciário deverá ser acionado por se tratar de medida de urgência.

Portanto, de acordo com o IBDFAM (2020c, *on-line*), com o intuito de evitar o rompimento de vínculo afetivo e a tipificação em alienação parental, o genitor que reside com a prole “deve explicar a situação de que o outro genitor está se ausentando por motivo de saúde

e segurança, para protegê-los de uma possível contaminação”, devendo, também, incentivar e promover o contato remoto entre o genitor que não vive no mesmo lar que a sua prole.

5 CONCLUSÃO

O termo alienação parental, criado pelo norte-americano Richard Gardner, é caracterizado pela falsa desmoralização e criação de empecilhos para a convivência acometida por algum familiar perante o genitor que não detém a guarda de sua prole.

É perceptível que o novo coronavírus, ocasionador de uma pandemia de nível mundial, tem alterado significativamente a vida de todos, principalmente no que tange às medidas mais drásticas adotadas, quais sejam: a quarentena, o distanciamento social e o isolamento de infectados.

Ao se falar nas medidas como isolamento, quarentena ou distanciamento social, há também que se mencionar uma série de consequências econômicas, psíquicas, afetivas, emocionais, religiosas, além de toda uma conjuntura social que dificulta a relação entre as pessoas, incluindo pais que não vivem sob o mesmo teto e devem manter comunicação e vínculo afetivo com seus filhos. Tais medidas têm ocorrido em algumas cidades, estados e países, por meio de decretos que preveem sanções civis, administrativas e penais, caso haja seu descumprimento.

Dessa forma, há uma preocupação de que os agentes alienadores comecem a utilizar-se dessa situação para cometer atos de alienação parental e prejudicar a relação de crianças e adolescentes com seus genitores que não coabitam consigo.

Apesar de haver decisões judiciais restringindo esse contato, em nome do melhor interesse das crianças e adolescentes, e prezando

pela sua saúde, o convívio entre eles não deve sofrer uma ruptura, por haver sugestão de o contato se dar de forma virtual, por meio de videochamadas e ligações para que o vínculo afetivo se mantenha durante a pandemia.

Vale ressaltar que a manutenção do contato virtual não pode ser vedada, pois é direito de ambos os pais conviverem com seus filhos, e esse impedimento pode ser considerado alienação parental e levar, inclusive, à perda do poder familiar pelo agente alienador.

6 REFERÊNCIAS

A NOVA rotina do mundo após o novo coronavírus. (25 de março de 2020). **O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/fotogalerias/a-nova-rotina-do-mundo-apos-novo-coronavirus-24327407#newsletterLink>>. Acesso em: 03 maio 2020.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia K. Beckert; CARVALHO, Laura R. de. Coronavírus e o direito de família. **Direito familiar**. 05 abr. 2020. Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/824222130/coronavirus-e-o-direito-de-familia>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 maio 2020.

_____. **Entenda a diferença entre Coronavírus, Covid-19 e Novo Coronavírus**. 2020a. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/entenda-a-diferenca-entre-coronavirus-covid-19-e-novo-coronavirus>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 356, de 11 de março de 2020**. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

rus (COVID-19), Brasília, p. 185, mar. 2020c. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Sobre a doença**. 2020b. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 03 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 569223/RJ**. Habeas Corpus. Prisão civil. Execução de alimentos. Concedido parcialmente. Impetrante: Ana Cristina de Sá Almeida e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Paciente: C H N D E B E S. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 30 mar. 2020d. Rio de Janeiro: STJ, [2020]. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=569223.NUM.&b=DTX-T&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 03 maio 2020.

CANABARRO, Vanessa Delfin. **A comprovação da síndrome da alienação parental no processo judicial**. 2012. 30f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/vanessa_canabarro.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

CARDOSO, Milena. **A fragilidade da liberdade de locomoção em tempos de pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80687/a-fragilidade-da-liberdade-de-locomocao-em-tempos-de-pandemia>>. Acesso em: 03 maio 2020.

CARLOS Villagrán, o Quico, diz que coronavírus não existe e culpa Bill Gates e maçonaria. (18 de abril de 2020). **Estado de Minas**. Disponível em: <<https://www.uai.com.br/app/noticia/e-mais/2020/04/18/noticia-e-mais,257663/carlos-villagran-o-quico-diz-que-coronavirus-nao-existe.shtml>>. Acesso em: 03 maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DORIA, Isabel I. Z. **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de Covid-19**. 2020. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+de+COVID-19>>. Acesso em 04 maio 2020.

DUARTE, Rafael. **Coronavírus: os impactos psicológicos da quarentena**. 2020. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/coronavirus-os-impactos-psicologicos-da-quarentena/>>. Acesso em: 03 maio 2020.

“ESSA epidemia simplesmente não existe”, diz Olavo de Carvalho sobre coronavírus. **IstoÉ**. São Paulo, 23 mar. 2020. Disponível em: <<https://istoe.com>>.

br/essa-epidemia-simplesmente-nao-existe-diz-olavo-de-carvalho-sobre-coronavirus/>. Acesso em: 03 maio 2020.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. **Pediatria**, São Paulo, v. 28, n. 3, p. 162-168, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

G1 faz guia do home office em tempo de coronavírus. (30 de março de 2020). **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fique-em-casa/noticia/2020/03/30/g1-faz-guia-do-home-office-em-tempo-de-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 04 maio 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GARBIN, Emanuella. **A ineficácia da responsabilidade civil por danos morais em casos de alienação parental frente aos princípios da proteção integral, da solidariedade familiar e da convivência familiar**. 2013. 35f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Passo Fundo – UPF, Passo Fundo, 2013. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/395/1/PF2013Emanuella_Garbin.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

GARDNER, Richard. **A DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução Rita Rafaeli. New York, New York, EUA: Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, 2002b. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes? **The American Journal of Family Therapy**, p. 93-115, 2002a. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **E-book aborda repercussões da pandemia do coronavírus no Direito das Famílias e Sucessões**. 2020a. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7225/E-book+aborda+repercuss%C3%B5es+da+pandemia+do+coronavirus%C3%ADrus+no+Direito+das+Fam%C3%ADlias+e+Sucess%C3%B5es>>. Acesso em: 04 maio 2020.

_____. **Pandemia do coronavírus:** guarda compartilhada está entre desafios enfrentados no Direito das Famílias. 2020b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7189/+Pandemia+do+coronav%C3%ADrus%3A+guarda+compartilhada+est%C3%A1+entre+desafios+enfrentados+no+Direito+das+Fam%C3%ADlias>>. Acesso em: 04 maio 2020.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Pandemia do coronavírus:** os impactos em casos de Direito das Famílias. 2020c. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7188/Pandemia+do+coronav%C3%A-Drus%3A+os+impactos+em+casos+de+Direito+das+Fam%C3%ADlias>>. Acesso em: 04 maio 2020.

LAGO, Davi. Desafios econômicos e emocionais da quarentena. **G1**, Política, 21 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/2020/03/21/desafios-economicos-e-emocionais-da-quarentena.ghml>>. Acesso em: 03 maio 2020.

LIMA, Larissa. **MEC autoriza ensino a distância em cursos presenciais.** 2020. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=86441>>. Acesso em: 03 maio 2020.

MACHADO, Leandro. De cultos *online* a ‘não leia notícias sobre pandemia’: como as religiões estão lidando com o coronavírus no Brasil. **BBC News Brasil**, São Paulo, 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51920196>>. Acesso em: 04 maio 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. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36 n.4, p. 1-6, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v36n4/1678-4464-csp-36-04-e00074420.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2020.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (Tribunal de Justiça do Estado do Mato do Sul). **Agravo de Instrumento n. 1413728-55.2019.8.12.0000.** Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer – internação compulsória – tratamento de elevado custo – atendimento do individual que pode comprometer o coletivo – ausência do periculum in mora – recurso conhecido e provido. 1ª Câmara Cível. Relator: Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, 25 mar. 2020. Naviraí: Tribunal de Justiça do Estado do Mato do Sul, [2020]. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsgetArquivo.do?cdAcordao=983511&cdForo=0>>. Acesso em: 03 maio 2020.

MOTA, Laydiane da Silva. **O direito de visitas aos filhos em tempo de Covid-19**. 2020. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1391/O+direito+de+visitas+aos+filhos+em+tempo+de+covid-19>>. Acesso em: 04 maio 2020.

NABUCO, Laura. **O limite entre a quarentena e a alienação parental**: pai relata dificuldade de acesso aos filhos. 2020. Disponível em: <<https://oliveira.com.br/o-limite-entre-a-quarentena-e-a-alienacao-parental-pai-relata-dificuldade-de-acesso-aos-filhos>>. Acesso em 04 maio 2020.

NOGUEIRA, Luiz. **Covid-19**: Brasil registra 997 mortos e 30.056 casos confirmados em 24h. 2020. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/covid-19-brasil-registra-979-mortos-e-29-392-casos-confirmados-em-24h/98089>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

ONGARATTO, Sabrina. Guarda compartilhada: como ficam as visitas na quarentena? **Revista Crescer**, 22 abr. 2020. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Crianças/Saude/noticia/2020/04/guarda-compartilhada-como-ficam-visitas-na-quarentena.html>>. Acesso em: 04 maio 2020.

OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Folha informativa – Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Brasília-DF, Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 06 jun. 2020.

PEREIRA, Caio M. da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 24. ed., rev., atual. e ampl. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

ROSA, Conrado Paulino da. **Coronavírus e direito de convivência**. 2020. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1385/Coronav%C3%A9rus+e+direito+de+conviv%C3%Aancia>>. Acesso em: 04 maio 2020.

SANTOS, Maria Tereza. Como se prevenir do coronavírus? **Veja Saúde**, 29 abr. 2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/como-se-prevenir-coronavirus/>>. Acesso em: 03 maio 2020.

SCHEIFER, Verônica. **Saúde e economia**: impactos da quarentena no Brasil, segundo especialistas. 2020. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/ciencia/151648-impactos-quarentena-brasil-visao-economistas-especialistas.htm>>. Acesso em: 03 maio 2020.

SOUZA, Ludmilla. **Sepultamento em tempos de covid-19 exige mudança de rituais**: caixões lacrados impõem novas formas de encarar o luto e a morte. 2020. Acesso em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/sepultamento-em-tempos-de-covid-19-exige-mudanca-de-rituais>>. Acesso em: 03 maio 2020.

TOSTA, Marlina Cunha. **Síndrome da alienação parental**: a criança, a família e a lei. 2013. 38 f. Monografia (Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/marlina_tosta.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19)**: interim guidance, 19 March 2020. Geneva: World Health Organization; 2020 (accessed 26 May 2020). Disponível em: <[https://www.who.int/publications/i/item/considerations-for-quarantine-of-individuals-in-the-context-of-containment-for-coronavirus-disease-\(covid-19\)](https://www.who.int/publications/i/item/considerations-for-quarantine-of-individuals-in-the-context-of-containment-for-coronavirus-disease-(covid-19))>. Acesso em: 26 maio 2020.

CAPÍTULO 6

O ESTÍMULO AO CUMPRIMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DURANTE A PANDEMIA: COVID19 ENQUANTO REFORÇO ÀS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ALTERNATIVAS À INSTITUCIONALIZAÇÃO

DEBORAH SOARES DALLEMOLE

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

<http://lattes.cnpq.br/9357451898413034>

JULIANA HOROWITZ

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

<http://lattes.cnpq.br/2740098747317821>

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid19 gera problemáticas que atravessam os direitos de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional. As medidas de proteção relacionadas a essa população são disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), que, no art. 101¹, prevê medidas de proteção alternativas à institucionalização, e, no parágrafo primeiro², disciplina o acolhimento institu-

1 Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

2 § 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias

cional enquanto medida provisória e excepcional. A atual pandemia da Covid19 escancara a necessidade de efetivação do disposto no Estatuto: frente à necessidade de restrições de convivência, é imperiosa a implementação de medidas alternativas à institucionalização.

Nesse contexto, foram editadas resoluções internacionais e nacionais com o intuito de promover diretrizes de atuação quanto à população de crianças e adolescentes acolhidos por instituições. Destacam-se a Resolução 1/2020 emitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Recomendação Conjunta 01/2020 editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e dos Ministérios da Cidadania e da Mulher, Família e dos Direitos Humanos, e a Recomendação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que constituem o objeto de análise do presente trabalho.

Diante disso, coloca-se a seguinte pergunta central: *“Como as recomendações nacionais e internacionais, editadas no contexto de pandemia da covid19, se relacionam ao cenário de medidas de proteção de crianças e adolescentes alternativas à institucionalização?”*. Este capítulo, portanto, propõe uma análise das recomendações do CNJ, CONANDA e CIDH à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, também lançando luz a inovações trazidas por tal diploma.

Para tanto, parte-se, em um primeiro momento, de revisão bibliográfica sobre a temática, mobilizando-se a perspectiva teórica do acolhimento institucional desde a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal. Em seguida, são analisadas as recomendações nacionais e internacionais supracitadas, publicadas em razão da pandemia da covid19, à luz do arcabouço teórico produzido. Por fim, são discutidos potenciais reforços trazidos por tais recomenda-

e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

ções no que tange à efetivação de medidas alternativas à institucionalização já previstas pelo ECA.

2 ASPECTOS DA MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL CONFORME O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL ENQUANTO ULTIMA RATIO DAS MEDIDAS PROTETIVAS.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990, assim como a Constituição Federal de 1988, tem como vértice principiológico o Paradigma da Proteção Integral. Esta proteção integral é uma noção aberta, cujo conteúdo é composto pelos próprios direitos dos quais crianças e adolescentes são titulares, se adaptando, portanto, a diversas situações, justamente para atender ao interesse superior da criança (BRUÑOL, 2001). Com isso, em que pese a indeterminação desse conceito de proteção integral, ele deve ser concretizado no sentido de sempre garantir direitos de crianças, jamais para violá-los.

Para garantir esse, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumentalizando o texto constitucional e os ditames da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, trouxe medidas protetivas destinadas às crianças e aos adolescentes em situação de risco ou de vulnerabilidade social. Tais medidas são “providências que visam salvaguardar qualquer criança ou adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação” (MACIEL, 2018, p. 773). A legislação protetiva, em seu artigo 98, estabelece as hipóteses taxativas nas quais poderá o Estado intervir na realidade familiar, havendo, assim, verdadeira limitação à atuação do Poder Público na esfera da família.

O Estatuto se preocupou em trazer parâmetros mais claros para a análise da legalidade da intervenção judicial nas famílias, especialmente em relação às mais afetadas pelas desigualdades sociais. O ordenamento jurídico brasileiro, por um longo período, teve um histórico tutelar e assistencialista na “proteção” da infância. No Código de Menores de 1927, o Estado obteve protagonismo na tutela de crianças e adolescentes em situação de risco social ou que tivessem praticado delitos, sendo possível a aplicação da *medida de proteção e assistência* que o Juiz de Menores entendesse mais adequada ao caso concreto, de acordo com seu prudente arbítrio (LORENZI, 2007). Esta discricionariedade permitida ao juiz decorre da expansão urbana do início do século XX, momento em que surge a demanda por uma intervenção estatal aos *menores* de classes sociais baixas, por terem estes se tornado verdadeiro problema político e social (RIZZINI; RIZZINI, 2004).

Com isso, é possível notar que há uma forte influência histórica de tutela estatal voltada à infância pobre, a partir de um aparato jurídico que acabava por incidir majoritariamente apenas sobre aquelas crianças que sofriam alguma carência que deveria ter sido suprida por seus pais ou responsáveis - inclusive em relação à moral e aos bons costumes, o que demonstra uma ideia de função-dever da criança em perpetuar os valores sociais desejados pelas classes dominantes, verdadeira “chave para o futuro da nação” (RIZZINI, 2011, p. 23). Tendo a lei de proteção à infância este objetivo de reforma daquelas crianças que não representavam os valores que se pretendia ter na sociedade brasileira, a atuação estatal acabava por ser livre e individualizada, em especial nas famílias pobres, como uma forma de proteger a sociedade do “problema” que a criança em situação irregular poderia vir a se tornar.

Com a nova ordem constitucional, adota-se a proteção integral, de modo que a sistemática de aplicação de medidas de proteção existente nos Códigos de Menores não pode mais ser seguida, tendo em vista não ser compatível com os princípios que passam a nortear a proteção

e garantias de direitos à infância. Para que não se mantenha a prática discricionária, são criados parâmetros nos quais a intervenção nas famílias será possível, quais sejam, quando houver risco ou ameaça a direito em decorrência do descumprimento de algum dos deveres oriundos da própria autoridade parental, momento no qual é legitimado ao Estado que aja para preservar a integridade física ou psíquica a criança (DIAS, 2011). Porém, em países com histórico de desigual distribuição da riqueza, como é o caso do Brasil, é dificultada a implementação prática dos direitos positivados, e há uma responsabilidade do Estado pela amenização destas problemáticas decorrentes da desigualdade social e que impeçam o adequado desenvolvimento da criança, através de políticas sociais que reduzam ao máximo a necessidade de um ativismo judicial na proteção casuística da população jovem (GROSSMAN, 2005).

Havendo a necessidade de intervenção estatal para a aplicação de medida protetiva, o acolhimento institucional deverá ser a última hipótese, tendo em vista que rompe com os laços familiares e comunitários formados entre a criança e seu núcleo familiar. A convivência familiar, direito garantido pelo artigo 227 do texto constitucional, “supõe o espaço físico, o lar, a moradia” (LÔBO, 2018, p. 73) no qual seus membros, especialmente as crianças, devem se sentir acolhidas e protegidas. Em decorrência disto, a aplicação da medida de acolhimento institucional deve atentar ao princípio da brevidade e da excepcionalidade - apenas nos casos em que se esteja diante de uma necessidade imperiosa, e perdurando pelo menor lapso temporal possível necessário à reinserção na família de origem ou, não sendo possível, seu encaminhamento à família substituta. Este ponto é de extrema importância, vez que o tempo, na infância, passa de forma exacerbada, ao passo que o tempo processual/institucional transcorre em ritmo mais lento, de modo que a medida protetiva, caso alongada por tempo além do estritamente necessário, pode se tornar a realidade para aquela criança (COSTA, 2012).

O acolhimento institucional deve ser determinado com muita cautela, por importar em quebra do vínculo familiar e comunitário da criança, com a sua inserção em instituição que a receberá durante o período em que não seja possível o retorno à família de origem ou a inserção em família substituta, tempo este que pode chegar a dezoito meses, conforme o artigo 19, § 2º, do Estatuto³, ou mais, em caso de necessidade. Portanto, se faz imperiosa a análise da proporcionalidade da medida, uma vez que estão contrapostos dois direitos fundamentais da criança: o Estado, buscando proteger a integridade física/psicológica da criança que está em risco, ao institucionaliza-la acaba por restringir o seu direito de estar junto à sua família.

Para verificar a adequação da adoção de uma medida pelo Poder Público, à luz da proporcionalidade entre o meio utilizado e o fim almejado, deve ser realizado um exame trifásico de (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2013). Dessa maneira, de acordo com Ávila, primeiro necessário analisar a adequação do meio para a promoção do fim, a partir de uma perspectiva quantitativa, qualitativa e probabilística. Depois, quanto à necessidade, implica em analisar a existência de meios alternativos àquele escolhido e que possam igualmente o fim, porém com menor nível de restrição dos direitos fundamentais afetados - a partir de verdadeiro juízo de ponderação dos bens jurídicos afetados, expondo-se as premissas utilizadas para justificar o meio adotado, com a indicação da relação de primazia entre o direito que se buscou proteger em detrimento do que foi restringido. Por fim, é preciso que se analise a proporcionalidade entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais causadas pelo meio adotado.

3 § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

É a partir destes pontos que deve ser a medida de acolhimento institucional pensada pelo Poder Público e por agentes envolvidos na rede de proteção às crianças e aos adolescentes em situação de risco. Primeiro, há um dever do Estado em buscar, através de políticas públicas, amenizar as consequências da desigualdade social, que acabam por atingir as crianças de famílias em situação de vulnerabilidade. Por outro lado, havendo a necessidade de intervenção específica para proteger criança ou adolescente que esteja com seus direitos em risco, necessário que se pondere as medidas alternativas possíveis, haja vista a existência de um direito fundamental à convivência familiar e comunitária, e a preferência do Estatuto pela manutenção dos vínculos familiares. Caso não seja possível a manutenção na família de origem, o acolhimento institucional deverá ser a *ultima ratio*, a ser utilizado somente nos casos excepcionais, e deverá ser mantido pelo mínimo tempo necessário para a reorganização do núcleo familiar ou encaminhamento para família substituta, justamente para que não seja a criança privada de uma convivência familiar por tempo excessivo e a vida institucional se torne sua realidade.

2.2 FAMÍLIA ENQUANTO LOCAL DE REALIZAÇÃO PESSOAL E A IMPORTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA.

O direito civil passou por uma repersonalização a partir da Constituição Federal de 1988, superando o seu anterior ideal patrimonialista e com modelos de famílias que seriam juridicamente protegidos, ainda que tais modelos não representassem as diferentes realidades existentes (FACHIN, 2012). Sob esta nova percepção, o direito passa a ser entendido enquanto “a serviço da vida”, estando o indivíduo no centro do sistema, com respeito às suas peculiaridades e não mais impondo-lhe um modelo ideal, de maneira que o ordenamento jurídico

tem a necessidade de se afastar de um tecnicismo excessivo e de uma pretensa neutralidade, para evitar tornar-se um saber virtual (FACHIN, 2012). Com esta mudança, pode-se afirmar que, no âmbito do direito civil no Estado Social do século XX, houve uma redução do campo de autonomia privada, para garantir-se uma tutela jurídica aos mais fracos, através de uma ação intervencionista do legislador que acabou por retirar do Código Civil matérias inteiras, transformando-as em ramos autônomos, como é o caso do estatuto da criança e do adolescente, da pessoa com deficiência e do idoso (PERLINGIERI, 2008).

A personalidade deixa de ser apenas um direito para tornar-se o valor fundamental do ordenamento jurídico, exigindo diferentes formas de tutela pelo Estado para sua proteção, sendo justamente esta elasticidade da tutela que “se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre desenvolvimento da vida de relação” (PERLINGIERI, 2008, p. 765). A partir disto, a família, que tem como base a afetividade, sendo a esfera mais íntima na vida das pessoas e o local onde estas se realizam e exercem mais fortemente sua personalidade (LÔBO, 2018), merece especial e efetiva tutela estatal em relação aos direitos, não podendo ser pensada somente a partir de suas relações patrimoniais, e devendo haver cuidadosa atenção aos seus membros mais vulneráveis socialmente, como é o caso das crianças e dos adolescentes.

Como exposto no tópico anterior, a legislação atinente à infância no período anterior à Constituição de 1988 permitia verdadeiro sequestro de problemas sociais, pela atuação individualizada sobre as consequências da desigualdade que deveria ter sido amenizada através de políticas públicas (BELOFF, 1999). Diante disso, a “proteção” dispensada às crianças e aos adolescentes pelo Estado frequentemente violava ou restringia direitos, vez que não era uma proteção pensada a partir dos direitos pessoais e fundamentais, pois estes eram reservados aos adultos - ao passo que a *infância desvalida*, aquela oriunda das

classes sociais mais pobres, era vista como ora em perigo, ora perigosa (RIZZINI, 2011). Em decorrência disso, a aplicação de medidas de assistência e proteção pelos Juízes de Menores, ainda que fundamentada no objetivo de garantir algum direito à criança em questão, como sua integridade física e psicológica, por exemplo, acabava por privá-la de algum outro direito, prática esta que era aceita, sob a justificativa de salvar aquele jovem de seu meio social problemático e reformá-lo, para proteger a sociedade daquilo que ele poderia vir a se tornar (BUDÓ, 2013).

Buscando superar esse histórico de intervenção estatal discricionária no contexto familiar em nome da proteção da criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça ao longo de todo o seu texto a importância da família biológica e da convivência familiar. Tanto há uma preferência pela manutenção da criança junto à sua família natural, que a adoção, no Estatuto, é uma medida excepcional a ser utilizada apenas quando esgotados os esforços possíveis para o seu retorno ao núcleo familiar de origem e condicionada ao interesse/possibilidade prévio de familiares em tê-la consigo (LÔBO, 2018).

Com base nestes pontos, importa destacar a existência de três níveis de direitos fundamentais garantidos pelo sistema constitucional pós-redemocratização às crianças e aos adolescentes (SARAIVA, 2002). O primeiro nível é aquele que prevê os direitos de todas as crianças e adolescentes, como educação, saúde, habitação, convivência familiar. O segundo nível é o *direito de proteção especial*, que importa à presente análise, sendo destinado a todos os jovens que tenham sido vítimas de violência, maus tratos, negligência. Por fim, o terceiro nível é aquele destinado à responsabilização de adolescentes que tenham praticado atos infracionais. Entretanto, ressalta-se que, em que pese o artigo 227 do texto constitucional coloque como dever conjunto do Estado, da família e da sociedade a promoção e respeito aos direitos fundamentais das crianças, a “centralidade do dever estatal está em incidir na reali-

dade social, promovendo direitos, de forma a que progressivamente se altere o quadro de violação de direitos” (COSTA, 2012, p. 143).

A convivência familiar é direito fundamental de toda criança e adolescente, previsto constitucionalmente e reforçado na legislação protetiva. Este direito corresponde à convivência em ambiente de afeto, direito indispensável, especialmente em se tratando de criança ou adolescente, os quais têm direito, para além de sobreviver, a viver numa rede afetiva em que possa desenvolver-se plenamente, atendida pelos adultos responsáveis por auxiliá-la neste processo de desenvolvimento físico, psíquico e social (KALOUSTIAN, 2010). A convivência vai além da esfera familiar e abrange também a comunitária, pois “somente com a presença de ambos haverá um bom e saudável desenvolvimento do ser humano em processo de formação” (MACIEL, 2018, p. 156).

Portanto, a partir dessas premissas, sendo necessária a intervenção estatal para retirada da criança de seu núcleo familiar, devido à existência de alguma situação de risco, necessário que se pense na medida protetiva enquanto maneira de construir para aquele indivíduo um local seguro para que exerça seu direito à convivência familiar e comunitária.

Em primeiro lugar, que sejam tomadas as medidas cabíveis para que o ambiente de sua família natural deixe de ser um local em que sua integridade física ou psíquica esteja ameaçada, e seja possível o retorno da criança à residência familiar, com o auxílio da rede de proteção para que os pais ou responsáveis se fortaleçam e superem os problemas que levaram ao acolhimento institucional. Todavia, não é possível que este tempo de reorganização familiar se prolongue de forma excessiva enquanto a criança se encontra acolhida, tendo em vista a brevidade e excepcionalidade de tal medida protetiva. Não sendo possível, portanto, o retorno à família natural, vínculo primordial segundo o Estatuto, é dever do Estado garantir que esta criança ainda assim poderá exercer uma convivência familiar e comunitária, com a sua inserção em família

substituta, para que se construam novos laços familiares, num ambiente mais seguro para aquele jovem.

Esta questão, que já é delicada, da oposição entre convivência familiar e integridade da criança que teve que ser acolhida institucionalmente, se agrava ainda mais em tempos de pandemia mundial. O tempo já era antes um fator de grande importância nesta problemática, sempre se buscando evitar que a criança passasse longo período em instituição, ao mesmo passo em que se deveria garantir à família natural uma chance de se reorganizar e eliminar a situação de risco que levou à aplicação da medida protetiva. Agora, todavia, está-se diante de cenário no qual o contato humano se mostra fator de risco, dificultando a realização de visitas - seja por parte dos pais biológicos, seja por famílias substitutas que estejam em aproximação com crianças acolhidas. Assim, no tópico seguinte, será analisada a Recomendação Conjunta 01/2020 e como o Poder Público pretende lidar com a proteção da saúde das crianças e dos adolescentes que se encontrem em instituições de acolhimento.

3 RECOMENDAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS ENQUANTO REFORÇO ÀS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ALTERNATIVAS À INSTITUCIONALIZAÇÃO

3.1 DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ACOLHIMENTO DESTACADOS PELAS RECOMENDAÇÕES DO CONANDA, DA CIDH E DO CNJ EM MEIO À PANDEMIA DA COVID19

Por certo, a crise sanitária causada pela Covid19 traz novas problemáticas urgentes para o âmbito dos direitos das crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional. A demanda por uma análise complexa, desde a ótica da *proteção integral*, frente ao novo

contexto dramático de pandemia, é imperiosa para que se analise a temática de acordo com os ditames constitucionais.

A dimensão da doença gerada pelo novo vírus foi definida pela Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro de 2020, como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (FOLHA INFORMATIVA, 2020). Diante dessa situação, no dia 11 de março de 2020, foi declarada situação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde⁴. No contexto brasileiro, até o presente momento, consoante dados do Painel Coronavírus, há 2.419.091 casos e 87.004 óbitos confirmados no país⁵.

Frente a esse cenário de crise sanitária, atos normativos passaram a ser editados, em níveis nacional e internacional, por diversos órgãos. Serão analisadas, neste capítulo, a Recomendação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), a Resolução 1/2020 emitida pela Comissão Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), e Recomendação Conjunta 01/2020 editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e dos Ministérios da Cidadania e da Mulher, Família e dos Direitos Humanos.

Em 25 de março de 2020, foram emitidas orientações gerais para proteção de crianças e adolescentes pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA, 2020), órgão ao qual se atribui a responsabilidade por efetivar os direitos, princípios e diretrizes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O Conselho recomenda “a implementação de medidas emergenciais no âmbito econômico e social que, além de mitigar a transmissão comunitária do COVID-19, também garantam o direito à vida e à saúde da criança e do adolescente” (CONANDA, 2020). Ainda, o documento

4 Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 27 jul. 2020.

5 Disponível em: <https://covid.saude.gov.br> Acesso em: 29 maio 2020.

expõe a necessidade de apoio a famílias vulneráveis incluindo medidas de subsídio financeiro e protagonismo dos serviços públicos.

Especificamente quanto a crianças e adolescentes em situação de acolhimento, em seu terceiro ponto, a Recomendação destaca a impossibilidade de efetivo isolamento social em instituições de acolhimento, asseverando a necessidade de implementação de testes e tratamentos, por serviços públicos e privados, para os casos graves da doença. Nessa linha, no décimo quinto ponto, a recomendação aponta “que as crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional (casa-lar e abrigos) tenham seus direitos garantidos, observando a Recomendação 313 do Conselho Nacional de Justiça”. Para tal efetivação, o documento expõe a necessidade de adaptação das rotinas institucionais, também visando preferencialmente a possibilidade de reintegração à convivência familiar, por meio, por exemplo, de reintegração à família de origem e permanência temporária com padrinhos afetivos. Outrossim, diante das medidas de distanciamento social e diminuição de trânsito de pessoas nas instituições de acolhimento, a recomendação expõe a necessidade de ampliação de comunicação não presencial entre os serviços de acolhimento e as equipes de rede intersetorial.

Nesse mesmo viés, foi publicado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) o documento “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas - Resolución 1/2020”, adotado em 10 de abril de 2020, apontando diretrizes para o âmbito latinoamericano. Os direitos das crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional são abordados especialmente nos pontos 63⁶ e 66⁷, os quais atentam

6 63. Reforzar la protección de niños, niñas y adolescentes (NNA) –incluyendo muy especialmente aquellos que no cuentan con cuidados familiares y que se encuentran en instituciones de cuidado–, y prevenir el contagio por el COVID-19, implementando medidas que consideren sus particularidades como personas en etapa de desarrollo y que atiendan de manera más amplia posible su interés superior. La protección debe, en la medida de lo posible, garantizar los vínculos familiares y comunitarios. (CIDH, 2020).

7 66. Respecto de las instituciones de cuidado residenciales, los Estados deben revisar las medidas especiales de protección vigentes promoviendo la revinculación fami-

para a necessidade de proteção de tal população, reforçando que tal proteção deve garantir os vínculos familiares e comunitários sempre que possível.

Por fim, destaca-se a Recomendação Conjunta 01/2020, editada pelo CNJ, CNMP e Ministérios da Cidadania e da Mulher, Família e dos Direitos Humanos, em 16 de abril de 2020, publicada também com o fim de construir diretrizes para práticas relacionadas ao acolhimento institucional em tempos de pandemia. O diploma disciplina que “novos acolhimentos deverão ser admitidos apenas em casos excepcionais, respeitando-se o disposto no art. 34, § 1º, do ECA”. A Recomendação aponta também para a possibilidade de que sejam “encaminhados os acolhidos a espaços próprios e adequados para permanência no período recomendado para a quarentena”. Ainda, o documento retoma a possibilidade de retorno de crianças e adolescentes à família de origem nos casos em que já esteja ocorrendo a visitação de forma mais contínua.

Quanto às necessidades de organização dos espaços de acolhimento, a Resolução prevê a necessidade de “adaptação do espaço físico e reorganização do serviço de acolhimento institucional – na modalidade de abrigo institucional – para possibilitar o atendimento em subgrupos de até dez crianças e/ou adolescentes”. Desde a perspectiva de reduzir o trânsito das pessoas nas instituições em casos de necessidade de restrição de visitas, também assevera que “devem ser viabilizados meios que possibilitem a manutenção do contato remoto com familiares e pessoas relevantes para a criança e o adolescente”.

Tem-se, portanto, três recomendações de extrema importância para o âmbito dos direitos das crianças e adolescentes em tempos de pandemia, que abordam a problemática desde as perspectivas nacional e internacional. Percebe-se que tais recomendações propõem medidas

liar de los niños, niñas y adolescentes cuando sea posible y siempre que esta medida no sea contraria a su interés superior. Además, se debe asegurar acciones de prevención del contagio en estas unidades, además de establecer protocolos de emergencia orientadores para los equipos y personas que tengan niños a su cargo.

urgentes a fim de consolidar as necessárias adaptações das instituições de acolhimento aos cuidados em razão da pandemia, buscando, assim, a efetivação dos direitos dessa população vulnerável. Passa-se, a partir de agora, para a análise das recomendações desde a perspectiva da proteção integral da criança, viés proposto pelo ECA e pela Constituição Federal.

3.2 ANÁLISE DAS RECOMENDAÇÕES DO CONANDA, CIDH E CNJ À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

As recomendações nacionais e internacionais analisadas se debruçam sobre os direitos das crianças e dos adolescentes em situação de acolhimento desde três pontos centrais: (i) estímulo à convivência familiar e a medidas alternativas à institucionalização; (ii) implementação de medidas de proteção e adaptação de serviços e espaços de acolhimento; e (iii) ampliação de possibilidade de meios de telecomunicação, tanto entre crianças e adolescentes acolhidos e seus familiares, quanto para os contatos entre a equipe técnica da instituição de acolhimento e a rede intersetorial, a fim de evitar o trânsito de pessoas nas instituições. Busca-se, a partir de tais documentos, criar formas possíveis de efetivar o isolamento social, imperioso para evitar a contaminação pela Covid19.

O estímulo à convivência familiar e a medidas alternativas à institucionalização – haja vista a excepcionalidade de tal medida –, é uma diretriz comum nas três recomendações analisadas. A resolução da CIDH, expressamente, expõe a necessidade de garantia dos vínculos familiares e comunitários, sempre que possível. Por seu turno, a Resolução Conjunta do CNJ, CNMP e Ministérios da Cidadania e da Mulher, Família e dos Direitos Humanos atenta para acolhimentos institucionais apenas em casos excepcionais, e estimula o retorno de crianças e ado-

lescentes às famílias de origem nos casos em que já estiver ocorrendo visitação contínua, reforçando assim o caráter de brevidade que o Estatuto da Criança e do Adolescente dá à medida protetiva em questão. De igual modo, o documento do CONANDA aponta, preferencialmente, para possibilidade de reintegração de crianças e adolescentes à convivência familiar, frente à pandemia da Covid19.

Em verdade, nesse ponto, os diplomas não trazem inovações na forma de lidar com a temática, uma vez que apenas reforçam diretrizes já definidas pelo ECA. A excepcionalidade e a brevidade das medidas de acolhimento institucional já são previstas pelo ECA no art. 101, § 1, que também trata da necessidade de manutenção da convivência familiar, direito constitucionalmente previsto às crianças e adolescentes. Em síntese, tais medidas já são previstas no próprio ECA, as quais são reforçadas pelas recomendações, indo ao encontro do arcabouço teórico delineado, à luz da proteção integral da criança e das medidas de acolhimento enquanto excepcionais. Pelas próprias diretrizes existentes na Constituição e no ECA, já se tem o acolhimento institucional enquanto *ultima ratio* das medidas de proteção, e seu caráter de brevidade, vez que sua aplicação implica na restrição do direito à convivência familiar.

Quanto ao segundo ponto - implementação de medidas de proteção e adaptação de serviços e espaços de acolhimento - há uma inovação trazida pelos diplomas em razão das medidas urgentes e necessárias para evitar a disseminação do novo vírus. Atenta-se para as recomendações no sentido de higienização do ambiente de acolhimento, uso de máscara, bem como adaptações da própria rotina das instituições e realização de testes contínuos para verificação de eventuais pessoas contaminadas. Destaca-se, assim, a imperiosa reestruturação do espaço físico de tais ambientes, em prol do direito constitucional à saúde das crianças e dos adolescentes, bem como dos profissionais. Recomenda-se, por exemplo, que os atendimentos sejam efetuados em grupos reduzidos, com até dez componentes, frente às necessidades de convivência

reduzida do número de pessoas em razão da alta taxa de transmissão do vírus. Questiona-se, nesse ponto, a viabilidade prática do atendimento em subgrupos de até dez crianças e/ou adolescentes, como propõe a Recomendação do CNJ, CNMP Ministérios da Cidadania e da Mulher, Família e dos Direitos Humanos, em vista das dificuldades de espaço físico que tais instituições já enfrentavam antes mesmo da pandemia.

Por fim, quanto à ampliação de possibilidade de meios de telecomunicação – terceiro ponto abordado –, percebe-se o incentivo à implementação de medidas alternativas para a manutenção do contato com familiares ou pessoas externas à instituição, o que é necessário em atenção à situação de saúde pública enfrentada. O emprego de meios alternativos de contato - como ligações, chamadas de vídeo e outras aproximações digitais - mostra-se como forma potente de manutenção dos vínculos dessas crianças e adolescentes, em tempos em que o contato pessoal se torna um elemento de potencial contágio.

De igual modo, o estímulo a formas de contato virtual proporciona que as equipes de profissionais se mantenham em contato com os demais serviços de assistência social e de rede intersetorial. Percebe-se, portanto, o esforço de tais recomendações a fim de propor medidas frente à realidade de pandemia que atravessa a vida de crianças e adolescentes acolhidos. Tal cenário, ainda incerto e desconhecido, exige que potenciais novos serviços sejam disponibilizados, capazes de mitigar os reflexos da pandemia da Covid19 na vida da população institucionalizada.

4 CONCLUSÃO

Por certo, a pandemia da Covid19 potencializa problemas já existentes no que tange aos direitos das crianças e adolescentes em situação de acolhimento. Ao lançar luz sobre a temática, nota-se que as

medidas de acolhimento institucional, são, na verdade, uma realidade comum - e não excepcional, como prevê o ECA. A necessidade de implementação de medidas alternativas ao acolhimento institucional já vem prevista no Estatuto, e se escancara em um momento de necessário distanciamento, ou ao menos redução de aglomerações.

Assim, pode-se concluir que as recomendações nacionais e internacionais analisadas fortalecem o que já disciplinava o ECA no sentido de enfatizar a necessidade de medidas alternativas à institucionalização. De igual modo, tais documentos estimulam o retorno de crianças e adolescentes à família de origem em fase de visitação contínua, o que também não é uma novidade para o campo em análise. É possível afirmar que, neste ponto, tais resoluções não trazem inovações significativas, mas se inserem como institutos de reforço à efetivação das medidas alternativas à institucionalização de crianças e adolescentes já previstas no ECA.

Por outro lado, as medidas sanitárias e adaptação dos espaços físicos, bem como a ampliação de meios de comunicação alternativos - como chamadas telefônicas, de vídeo, entre outras - são inovações trazidas pela crise da Covid19, necessárias frente ao cenário de isolamento que se impõe. Ao mesmo tempo, tratando-se de pessoas em fase de desenvolvimento, a convivência familiar é de extrema importância. É nesse contexto que a ampliação de meios de comunicação se faz necessária, com o fim de proporcionar contatos possíveis.

Em suma, a pandemia mundial causada pelo novo coronavírus gera um cenário de debates urgentes no âmbito das medidas de proteção relacionadas a crianças e adolescentes. A necessidade de efetivação de isolamento social e implementação de diretrizes preventivas sanitárias, a fim de reduzir a propagação de contaminações, escancara problemas já existentes no âmbito ora discutido e reafirma a necessidade de implementação de medidas alternativas ao acolhimento institucional. Esse trabalho, busca, pois, dar eco às complexidades que atravessam a temá-

tica do acolhimento de crianças e adolescentes em tempos de pandemia da Covid19.

5 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BELOFF, Mary. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. *In: Justicia y Derechos del Niño*, n. 1. Nuevaamerica Impresiones. Santiago de Chile, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em: 22 maio 2020.

_____. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm; Acesso em: 22 maio 2020.

_____. **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. *In: MÉNDEZ, Emilio García, BELOFF, Mary (Orgs.). Infância, Lei e Democracia na América Latina: Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998*. Vol. 1. Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb. 2001.

BUDÓ, Marília de Nardin. Vulnerabilidade, exclusão, seletividade: o menismo vivo nas decisões do STJ sobre o ato infracional. *In: Anais do XXII Encontro Nacional do Conpedi*. Boiteux. Curitiba, 2013.

CONANDA. **Recomendações do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19**. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomenda-coes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Pandemia Y Derechos Humanos en Las Américas**. Resolución 1/2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MINISTÉRIO DA CIDADANIA. MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Recomendação Conjunta n 1**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/RecomendacaoConjunta0012020-CNJ_CNMP_MDH_MCid-.pdf. Acesso em: 22 mai 2020.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais: da Invisibilidade à Indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FOLHA Informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Organização Pan Americana de Saúde. Organização Mundial da Saúde. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em: 22 maio 2020.

GROSSMAN, Cecília; HERRERA, Marisa. The new law for the integral protection of the childhood and its impact on family law. *In: The International Survey of Family Law*. Bristol: Jordan Publishing, 2005.

KALOUSTIAN, Silvio Manoug (org). **Família brasileira: a base de tudo**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil Volume 05: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LORENZI, Gisella Werneck. Uma breve histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. *In: Promenino Fundação Telefônica*, v. 11, 2007.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]; AMIN, Andréa Rodrigues [et al.]. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação,. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. Pp. 133-134.

_____; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um Ensaio de Direito Penal Juvenil**. Brasília: Saraiva, 2002.

CAPÍTULO 7

ISOLAMENTO SOCIAL E AS VIOLÊNCIAS CONTRA AS MULHERES NO ENCLAUSURAMENTO DOMICILIAR PANDÊMICO



AMANDA GABRIELI SCHUBER SPÓSITO RANGEL

Universidade Estadual de Ponta Grossa
<http://lattes.cnpq.br/8778348477213289>

MIRIAN CRISTINA RIBAS

Universidade Estadual de Ponta Grossa
<http://lattes.cnpq.br/7215642739829874>

JUSSARA AYRES BOURGUIGNON

Universidade Estadual de Ponta Grossa
<http://lattes.cnpq.br/9832257366145973>

1 INTRODUÇÃO

A ordem patriarcal de gênero e o sistema de dominação contra as mulheres têm raízes culturais e históricas: desde a antiguidade a mulher é objeto das mais diversas formas de dominação e submissão frente à hierarquização masculina. A hierarquização masculina remonta há quase dois mil e quinhentos anos, época em que o filósofo Filon de Alexandria, fundado nos princípios platônicos, defendia a baixa ou nula capacidade de raciocínio da mulher e a inferioridade da alma desta relativamente a do homem. Nesta mesma perspectiva, Aristóteles posicionava o homem como um ser com superioridade e divindade, ascendente e prevalente em detrimento da figura feminina (CAMPOS; CORRÊA, 2007).

Tal sistema de dominação masculina se perpetuou ao longo da história e por diversas partes do globo: durante o século V a.C., na so-

cidade grega antiga, os homens detinham maiores direitos em relação às mulheres. Às mulheres era concedida a permanência em casa (gineceus) até sua morte, quando originária de uma família abonada; e a obrigatoriedade de trabalhar no mercado ou no campo nos casos em que era advinda de classes inferiores (SILVA, 2008). Eram, ainda, sempre consideradas como posse de alguém: se menores e solteiras, pertenciam ao pai; se casadas, ao esposo; e, se viúvas, pertenciam aos filhos ou tutores. Entre os séculos V e XV d.C., na Idade Média, especialmente com a instauração dos tribunais da inquisição pela igreja católica, grande parte das pessoas torturadas e acusadas de bruxaria eram mulheres. Tais mulheres eram, em verdade, parteiras, enfermeiras e curandeiras, que se utilizavam de plantas medicinais no tratamento de enfermidades. O sexo masculino era considerado um sexo superior; a idade média é a ‘idade dos homens’ (SILVA; MEDEIROS, 2013).

Ocorre que embora muitos séculos distanciem a Idade Média da contemporaneidade, a superioridade do sexo masculino continua sendo pregada por diversas culturas. As práticas sociais patriarcais ainda se conservam e se difundem, e os resquícios das relações de poder associadas ao gênero ainda se afirmam. Uma delas se relaciona ao patriarcado. O patriarcado vem do grego, das combinações entre *pater* (pai) e *arkhe* (origem e comando) e é uma acepção que designa a dominação masculina, a autoridade dentro de uma família e independência atribuída ao homem. O patriarcado surgiu durante a década de 1970, no ocidente, e entende que o poder pertence aos homens, reforçando o ideal de subalternidade das mulheres (HIRATA, 2009).

É a partir do patriarcado que se pode explicar a estrutura desigual e cultural de subordinação e inferiorização das mulheres, aumentando o senso de objetivação e posse, e a depreciação em razão da condição feminina (SANTOS; OLIVEIRA, 2010). Segundo Hooks (2018) o patriarcado é outra maneira de nomear o sexismo institucionalizado. A subordinação das mulheres em detrimento de uma cultura de domínio

patriarcal, inserida na efervescência das relações de poder, maximiza as violências contra as mulheres. Aliás, no que tange às violências e ao gênero, depara-se com um número muito maior de mulheres sendo vítimas dessas violências, principalmente nas relações íntimas ou de afeto.

Violência se origina do latim *violentia* e significa veemência e impetuosidade; assim, o poder abusivo, a força injusta ou agressividade contra quem se pratica. Nesse sentido, a violência é entendida a partir de um ato brutal provocado ou imposição moral excessiva, e se trata de um fenômeno que “acomete diferentes culturas e classes sociais, ainda que seu impacto possa ser sentido com maior vigor nos grupos considerados vulneráveis e em países periféricos ao desenvolvimento capitalista mundial” (ESCORSIM, 2014, p. 236).

A violência pode se dar de inúmeras formas. Quando se trata de violências ocorridas em âmbito familiar e doméstico, as mais frequentes são a violência física e a psicológica; a principal diferença entre elas é que a primeira envolve atos de agressão corporal à vítima; enquanto a segunda ocorre silenciosamente e decorre de gestos, palavras, xingamentos, sem necessariamente suceder o contato físico, sendo que a violência psicológica em geral evolui para a violência física (ZANCAN, 2013).

Para mulheres que são agredidas dentro do próprio lar, a casa deixa de ser um refúgio (WANQING, 2020). Em uma situação pandêmica que normativa o recolhimento doméstico e o isolamento social como medidas imprescindíveis, um dos efeitos adversos pode se dar com o crescimento dessas violências já que para as vítimas o distanciamento social se configura em um enclausuramento com o próprio agressor (MARQUES *et al.*, 2020).

O surto pelo Novo Coronavírus (SARS-Cov-2), doença classificada como COVID-19 (*Corona Virus Disease – 19*), tornou-se uma ameaça global à saúde. A Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou como uma pandemia em março de 2020 (WHO, 2020), sendo

uma doença respiratória de alto potencial de contágio. Segundo dados divulgados pela universidade americana Johns Hopkins University – JHU, uma das mais respeitadas instituições de saúde do mundo, no dia 02 de junho de 2020, mais de 6.294.222 de pessoas em todo o planeta já tinham sido infectadas pelo vírus; no Brasil, na mesma data, 66,4% dos municípios já apresentavam casos confirmados; com número de infectados de 526.447 e taxa de mortalidade de 5.68%, aproximadamente 140 mortes por milhão de habitantes (JHU, 2020). Os Estados Unidos, Espanha, Itália, França, Alemanha, Reino Unido, Brasil, China e Irã estão entre os países do globo com a maior prevalência (WORLDMETER, 2020).

Frente a este cenário assolador os sistemas de saúde têm enfrentado dificuldades perante a escassez de profissionais, de equipamentos e de estruturas hospitalares. Conciliada com a inexistência – ao menos por enquanto – de um fármaco curativo ou vacina eficiente contra o vírus, e diante do aumento diário de novos casos de infectados, diversos países têm adotado medidas não farmacológicas; entre elas está a promoção do isolamento e do distanciamento social, recomendada pela Organização Mundial da Saúde. O isolamento dos casos suspeitos e o distanciamento social de modo a minimizar a circulação e aglomeração de pessoas, são estratégias fundamentais para conter o aumento dos casos e o colapso nos serviços de saúde (WHO, 2020).

O isolamento reside então na manutenção dos indivíduos em suas residências. Todavia, enquanto para alguns o recolhimento na esfera doméstica representa segurança e proteção diante da pandemia, para outros esta situação representa ameaça, em especial nos casos de violência doméstica. A violência doméstica, por si, se configura como um fenômeno complexo, quando inserida em um panorama de crise pode apresentar-se como um fenômeno ainda mais crítico. Esta pandemia expôs à sociedade a um arsenal de tribulações: as mudanças de rotina, as fragilidades de um sistema de saúde, a coabitação forçada, a

instabilidade econômica e os receios e agitações sobre a nova doença (MACIEL *et al.*, 2019).

Diante disto, resultado de pesquisa bibliográfica e documental de natureza exploratória, o presente trabalho objetiva refletir sobre as perspectivas sociojurídicas em relação ao aumento das violências contra as mulheres, à luz do patriarcado, agravada pela conjuntura de isolamento social trazido pela pandemia.

2 PERSPECTIVAS SOCIOJURIDICAS DAS VIOLÊNCIAS CONTRA AS MULHERES E DO ISOLAMENTO PANDÊMICO

A análise e problematização de um evento global que ainda está em curso é bastante árdua já que o fenômeno (não findado) é variável e incerto. Além de ser passível de sofrer constante e ilimitadamente as intervenções do meio. Assim, para discutir as perspectivas atuais e os possíveis reflexos do isolamento social nas violências domésticas contra as mulheres é necessário resgatar, ao menos, alguns pilares importantes sobre a temática e pontuar suas recentes conjunturas.

Hodiernamente(2020) existem profusos debates acerca do termo de designação da hierarquização e da superioridade masculina. O patriarcado, por exemplo, pilar da dominação masculina vem sendo rediscutido e repensado: o termo ‘viriarcado’ traz as análises sobre os mitos e exigências da virilidade masculina, o poderio másculo pela dita superioridade física e intelectual, e a dominação de homens contra mulheres (ou dos homens contra eles mesmos) pela condição de homem, não mais paternal. O termo foi proposto pela antropóloga feminista Nicole-Claude Mathieu em 1985, e foi definido por ela como o ‘poder dos homens, sejam eles pais ou não, que as sociedades sejam patrilineares, patrilocais ou não’ (EICHENBERG, 2020).

A francesa Olivia Gazalé explica que no sânocriso, “*vir*” significa “herói”. Define o homem como detentor do poder. A paternidade é um marco viril determinante, mas o patriarcado é apenas uma parte do viriarcado. Observa-se essa desconstrução no ordenamento legislativo brasileiro, ao menos na letra da lei a Constituição Federal de 1988 institui a igualdade entre os sexos e na esfera cível extinguiu-se o ‘pátrio poder’ substituindo-o por ‘poder familiar’ (WELZER-LANG, 2020).

Malgrado a formalização de igualdade, as violências contra as mulheres se perpetuam e acontecem em todos os lugares, inclusive em seus próprios lares. No que tange ao amparo legal para combate à violência doméstica no Brasil, a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (LMP) é reputada como um símbolo na luta pelos direitos das mulheres e pela criminalização da violência doméstica no país (BRASIL, 2006); contudo, inicialmente a lei não criou novos tipos penais, trazendo apenas os mecanismos com propriedades preventivas, repressivas, assistenciais e pedagógicas. Em abril de 2018 a LMP sofreu uma alteração com a publicação da Lei nº 13.641/2018 e passou a tipificar o crime de ‘descumprimento de medidas protetivas de urgência’. Este passou a ser o único crime tipificado no que tange à LMP. Em maio de 2019 a LMP perpassou por outra alteração com a sanção da Lei nº 13.827/2019 que autoriza, em hipóteses específicas, a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade judicial ou policial à mulher em situação de violência doméstica e familiar ou a seus dependentes. As alterações na LMP também tiveram repercussão com a inclusão do inciso IV do artigo 313, do Código de Processo Penal; da alínea f, do inciso II do artigo 61 do Código Penal, o §9º do artigo 129 do Código de Penal; e o Parágrafo Único do artigo 152 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2015).

Em Março de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.104/2015, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, inserindo-o no rol dos crimes hediondos (acrescido o inciso VI, no inciso I do artigo 1º, da Lei nº 8.072/90 – Lei de Crimes Hedion-

dos). A lei traz a compreensão do tipo penal designando às situações em que a mulher é morta em decorrência da violência doméstica e familiar ou quando provocada por menosprezo ou discriminação da condição do sexo/gênero feminino (BRASIL, 2015).

Segundo a Organização Mundial da Saúde, no Brasil, a taxa de feminicídios é de 4,8 para 100 mil mulheres, configurando-se como o quinto país com maior taxa do mundo. O feminicídio encontra-se, em grande parte dos casos, como a consequência maior de uma série antecedente de outras violências; é, nestes casos, uma morte ‘anunciada’. Daí a importância da criação de meios legislativos para proteção dessas mulheres, vítimas de violências doméstica e familiares (ONU, 2016).

Copello (2012) destaca estritamente que

casos de mortes não naturais em que as vítimas são mulheres não são fatos neutros nos quais o sexo do sujeito passivo é indiferente, mas ocorre com mulheres precisamente por que são mulheres, como consequência da posição de discriminação estrutural que a sociedade patriarcal atribui aos papéis femininos (COPELLO, 2012, p. 122).

Utiliza-se, portanto, ‘feminicídio’ para denominar as mortes de mulheres em razão de gênero e ‘femicídio’ as promovidas em virtude da vítima se tratar de mulher.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), a tipificação específica do crime de Feminicídio (Lei 13.104/2015) e também as suas alterações não detêm um consenso geral sobre a concreta aplicabilidade, ao contrário, dentro da criminologia crítica são questionados o sistema penal e as contradições existentes entre a formalidade e a realidade fática dos sujeitos (vítimas e agressores), principalmente sobre o pilar ‘seletividade’ (CAMPOS, 1999), no entanto, devem ser vislumbradas ao menos legislativamente como um avanço no que tange ao enfrentamento das violências contra as mulheres e punição ao agressor.

Muito embora as referidas leis não tragam recortes ou exclusões para a aplicação às vítimas de forma explícita – sendo, na teoria, aplicada às mulheres independente de orientação sexual, idade, classe, raça, cor, formação ou nível educacional, profissão, renda ou nacionalidade – verifica-se que na prática tanto a Lei Maria da Penha como a Lei do Feminicídio não abrangem de igual maneira todas as vítimas já que as violências envolvem muito mais determinadas mulheres. Embora Lorde (1983) defenda que não existe uma hierarquia de opressão, verifica-se que dentro de um mesmo gênero algumas mulheres são mais suscetíveis às violências e feminicídios do que outras; a isso se dá o nome de interseccionalidade. A interseccionalidade é uma categoria teórica analítica que observa e pontua uma perspectiva crítica aos múltiplos sistemas de opressão de maneira articulada (como a raça, a classe e o gênero) (AKOTIRENE, 2018).

No Brasil essas interseccionalidades incorrem especialmente pelos recortes de região e raça/cor. Entre as Unidades Federativas as maiores taxas de morte de mulheres estão nas regiões norte e nordeste (em 2017 os estados de Roraima e Rio Grande do Norte aparecem em primeiro e segundo lugar, respectivamente), e na categorização de raça e cor observa-se que as mulheres pretas e pardas morrem mais (IPEA, 2019). As mulheres, de uma maneira ampla e generalizada, não estão seguras.

Em recente pesquisa encomendada pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e o Instituto de Pesquisas DATA FOLHA, infere-se que não há no Brasil um lugar seguro para as mulheres. A pesquisa intitulada Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, retrata, em sua segunda edição, publicada em fevereiro de 2019, um levantamento dos índices da violência contra as mulheres. A publicação perfaz um comparativo com a primeira edição da pesquisa realizada em fevereiro de 2017, e constata, entre outras situações, que no ano de 2018 cerca de 16 milhões de mulheres com 16 anos ou mais

sofreram algum tipo de violência. O número é ainda maior quando se trata de assédio: tem-se que 37,1%, o que equivale a 22 milhões de brasileiras, teriam sofrido algum tipo de assédio nos últimos 12 meses. Tem-se, ainda, que grande parte das agressões é praticada por alguém com proximidade com a vítima: relativamente ao agressor, 76,4% das mulheres que sofreram violência, afirmaram que o agressor era alguém conhecido; e os locais onde há as maiores ocorrências são a própria casa, aproximadamente 42% (DATAFOLHA/FBSP, 2019).

No mundo, inexistem qualquer região ou cultura em que a liberdade das mulheres a respeito dessas violências tenha sido assegurada (UN, 2006). As volubilidades financeiras e sociais associadas à epidemia criam uma ambiência favorável para desencadear/majorar algumas violências. Assim, diante de uma situação de crise os grupos mais tangidos são, normalmente, os mais vulneráveis. Com base nisso, organismos internacionais voltados ao enfrentamento das violências contra as mulheres já observaram o aumento da demanda de violências domésticas durante a pandemia (PETERMAN *et al.*, 2020).

Na China, no curso da quarentena domiciliar houve um aumento de três vezes os registros policiais, sendo que 90% das causas de violências estariam relacionadas à epidemia de COVID-19 (WANGING, 2020); no Brasil, o isolamento provocou um aumento de quase 9% nas ligações recebidas no Ligue 180, e de quase 18% de denúncias registradas, no período de 17 a 25 de Março, segundo dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos – ONDH, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – MMFDH (BRASIL, 2020a). Conforme dados da ONU, na Alemanha, Argentina, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França e Reino Unido, autoridades governamentais, parcerias da sociedade civil, ativistas dos direitos das mulheres, denunciaram crescentes indicadores de violência doméstica durante a quarentena e aumento da demanda por abrigos de emergência (ONU MULHERES, 2020).

Em um estudo conduzido pelo Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA (sigla em inglês para United Nations Population Fund), organismo da ONU responsável pelas questões populacionais, a estimativa é que haja um aumento médio de 20% dos casos de violência doméstica em todo o globo durante as medidas de isolamento. Se o período de quarentena continuar por 6 meses, são esperados 31 milhões de casos adicionais de violência de gênero; e a cada 3 meses adicionais na continuidade do isolamento são esperados mais 15 milhões de casos. O estudo ainda projeta que a pandemia de COVID-19 será responsável pela redução de um terço do progresso para acabar com a violência de gênero até 2030 (UNFPA, 2020).

Como medidas de prevenção e combate às violências, a ONU recomenda que os países aumentem o investimento em serviços virtuais e nas organizações da sociedade civil; ampliem campanhas de conscientização pública, criem maneiras seguras para que as mulheres procurem apoio sem alertar seus agressores; além de garantir a continuidade das demandas processuais de modo a garantir que os agressores sejam julgados e evitar que condenados por violência contra mulheres sejam soltos (ONU, 2020a). De outra sorte, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro emitiu a Recomendação nº 62/2020 indicando que prisões preventivas sejam reavaliadas e evitadas no momento (BRASIL, 2020b).

Além disso, Marques *et al.* (2020), destaca que a possibilidade de realização de audiências por videoconferências e denúncias por meios eletrônicos podem ser outro óbice, já que as vítimas/denunciantes permanecem em confinamento na esfera doméstica junto com seus agressores/denunciados. Ainda, com restrições de serviços e movimentação social, órgãos e instituições de proteção reduziram a jornada de trabalho, estão trabalhando remotamente ou suspenderam temporariamente suas atividades, enfraquecendo a rede e contribuindo para que

denúncias de violências domésticas sejam ainda mais subnotificadas durante esse período pandêmico.

A subnotificação inerente às violências domésticas já atingiu patamares altos antes da situação pandêmica, uma vez que menos de 40% das mulheres sob situação de violência denunciavam ou buscavam qualquer tipo de ajuda. Na situação atual (2020), com maiores limitações no acesso às linhas de ajuda e interrupção ou suspensão dos serviços públicos como polícia, justiça e serviços sociais, aponta-se para a existência de maiores discrepâncias na situação das mulheres em situação de violência doméstica (ONU BRASIL, 2020a).

A falta de segurança para denunciar dentro do panorama de recolhimento domiciliar desencoraja as mulheres a romperem a situação de violência. Em se tratando de relacionamentos afetivos e/ou intrafamiliares, o maior tempo de convivência com o agressor conduz, em alguns casos, à diminuição do contato social da mulher/vítima com familiares e amigos, reduzindo os apoios sociofamiliares, incentivos e busca por ajuda, a fim de retirá-la da situação de violência (MARQUES *et al.*, 2020).

Comumente as vítimas esperam o momento mais prudente e seguro para buscar ajuda: quando o agressor não estava em casa, iam até a delegacia, faziam telefonemas, procuravam por amigos ou familiares. Todas essas opções são mais dificultosas com a presença integral do ofensor em casa. Sem ter condições de pedir ajuda, as mulheres continuam sendo vítimas invisíveis das violências intrafamiliares e domésticas em seus lares (SELVARATNAM, 2020).

O medo permeia o entorno urbano relativo a crimes contra o patrimônio e crimes contra a vida, mas não se estende à produção do medo em relação às mulheres em seu movimento nas cidades e muito menos à produção nos espaços domésticos (MACHADO, 2014). As contingências mantenedoras da permanência de mulheres em relacionamentos abusivos transpõem a dependência emocional, e/ou financeira, a falta

de redes de apoio e a preocupação com a criação dos filhos (PEREIRA; CAMARGO; AOYAMA, 2018). Restrições inerentes à liberdade, limitações financeiras e insegurança, fomentam os abusadores dando-lhes controle e poder, e as violências são perpetradas (ONU BRASIL, 2020b).

Destarte, o enfrentamento à violência contra a mulher na atual conjuntura não deve se restringir ao acolhimento das denúncias. Demais esforços devem ser direcionados para a ampla divulgação dos serviços disponíveis, a expansão e fortalecimento das redes de apoio, assim como das redes virtuais informais de suporte social, considerando que são meios que por vezes ajudam as mulheres a se sentirem apoiadas e também servem como um alerta para os potenciais agressores, a fim de compreenderem que as mulheres não estão completamente isoladas (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020).

Destaca-se medida recente, de 01 de junho de 2020 do Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social, que através da Portaria nº 86/2020 (BRASIL, 2020c) aprova recomendações gerais para o atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar na rede socioassistencial do Sistema Único de Assistência Social – SUAS no contexto da Pandemia do novo Coronavírus, COVID-19. Em anexo, a nota técnica nº 25/2020 estabelece recomendações ao órgão gestor da Política de Assistência Social. São muitas recomendações tratadas no documento, de forma especial: mapeamento de demandas, orientação e prestação de apoio necessário a todas as unidades com a oferta de serviços socioassistenciais; o estabelecimento de diagnóstico local da rede socioassistencial que permita identificar adequações urgentes e necessárias e planejar respostas ágeis para mitigar riscos e proteger usuários e trabalhadores, por meio de um Plano de Contingência; e planejamento e a implementação de medidas e procedimentos para que a rede socioassistencial esteja adequada aos atendimentos e estabelecer articulações

com a rede de saúde. (BRASIL, 2020c). Assim, reforçando princípios e diretrizes já presentes no SUAS.

Quanto à organização e suporte da rede de serviços socioassistenciais o documento traz orientações importantes aos gestores e equipes; das quais apontam-se: articulação e integração entre os serviços da rede pública estatal e não estatal, de Proteção Social Básica e de Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade, no atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, inclusive para acesso a benefícios; avaliar a possibilidade de regulamentação de benefícios eventuais para minimizar as vulnerabilidades sociais das mulheres como: auxílio alimentação, aluguel social, entre outros; adotar medidas para que as mulheres possam acessar o auxílio emergencial, conforme a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020; adotar estratégia para a realização de atendimento remoto (à distância) pelos profissionais do SUAS, visando facilitar e ampliar o acesso das mulheres que necessitam do atendimento durante a pandemia; divulgar às mulheres informações sobre o funcionamento das unidades e dos serviços socioassistenciais, horário de atendimento e contatos para informações e agendamentos, quando for o caso, em meios acessíveis que alcancem as pessoas com deficiência (BRASIL, 2020c)

Dentre inúmeras ações, o documento prevê também a necessidade de disponibilização de imóveis para a implantação de novas unidades de atendimento e acolhimento temporário, quando necessário, resguardando o caráter sigiloso do serviço de acolhimento (BRASIL, 2020c).

Por fim, frisa-se que a Portaria nº 86/2020 do Ministério da Justiça é um avanço no contexto da pandemia no que se refere a articular e fortalecer a rede de proteção às mulheres vítimas de violência no contexto da pandemia, principalmente por articular serviços ofertados por diferentes políticas públicas, a exemplo da saúde e da assistência social.

3 CONCLUSÃO

Frente ao exposto, verifica-se que neste momento incipiente pandêmico não há como dimensionar o impacto que a COVID-19 trará; o que se observa é que os números de casos confirmados com a doença aumentam diariamente, assim como as possíveis demandas (agora mais silenciosas) de violências domésticas.

As restrições de circulação que são estratégias eficazes para conter o avanço da propagação do vírus criam óbices nos registros das ocorrências pelas mulheres; desencorajando-as a romperem os ciclos de violência. Diante disso, as demandas de violências subnotificadas podem ser igualmente aumentadas durante o cenário de epidemia.

Deste modo, é importante acentuar que para além dos grupos de risco que detém especial atenção em meio à conjuntura da COVID-19 (idosos e portadores de doenças crônicas), também existem grupos vulneráveis socialmente que não podem ser olvidados. No contexto da necessidade do isolamento social como medida de saúde pública, outras políticas devem ser pensadas para proteger aqueles (as) a quem o confinamento é sinônimo de abuso e insegurança.

Políticas como de saúde e assistência social estão na linha de frente no enfrentamento às demandas decorrentes da pandemia. A articulação dos serviços, fortalecendo a rede de proteção social das mulheres vítimas de violência, é uma estratégia relevante neste contexto. Assim, a portaria nº 86/2020 do Ministério da Cidadania aprova recomendações para atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar no âmbito do Sistema Único de Assistência Social se constituindo em avanços no atual cenário pandêmico.

4 REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, C. **O que é Interseccionalidade?** São Paulo: Editora Letramento, 2018.

BRASIL. **Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena.** Brasil: Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ODNH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), 2020a. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>> Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.** Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. 2020b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social. **Portaria nº 86, 1º de junho de 2020.** Brasília – DF, 2020c. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-86-de-1-de-junho-de-2020-259638376>> Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.104/2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília – DF, 2015.

BRASIL. **Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006.** Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília – DF, 2006.

CAMPOS, A. H.; CORRÊA, L. R. **Direitos Humanos das Mulheres.** Curitiba: Juruá, 2007.

CAMPOS. C. H. **Criminologia e Feminismo.** Porto Alegre: Sulina, 1999.

COPELLO, P. L. Apuntes sobre el feminicidio. **Revista de Derecho Penal y Criminologia** 3, v. 3, n. 8, p. 119-43, 2012. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5030&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2020.

DATAFOLHA/FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**, 2019. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/>. Acesso em: 04 jun.2020.

ESCORSIM, S. M. Violência de gênero e saúde coletiva: um debate necessário. **Rev. Katálysis**, v. 17, n. 2, p. 235-41, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802014000200235&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 31 maio 2020.

EICHENBERG, F. **Futuro do feminismo depende de reinvenção de masculinidade, afirma autora**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissim_a/2019/03/futuro-do-feminismo-depender-de-reinvencao-de-masculinidade-afirma-autora.shtml> Acesso em: 28 maio 2020.

HIRATA, H. et al. (Org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

HOOKS, B. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência 2019**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo, 2019. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf> Acesso em: 31 maio 2020.

JHU – Johns Hopkins University. **COVID-19 information and resources for JHU**. Disponível em <<https://www.jhu.edu/>> Acesso em: 04 jun.2020.

LORDE, A. Não existe hierarquia de opressão. 1983. In: BUARQUE, H.H. **Pensamento Feminista conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, 235-236 p.

MACIEL, M. A. L. et al. Violência doméstica (contra a mulher) no Brasil em tempos de pandemia (COVID-19). **Revista Brasileira de Análise do Comportamento**, v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/rebac/article/view/8767/6248>> Acesso em: 01 jun. 2020.

MACHADO, L. Z. O medo urbano e a violência de gênero. In: MACHADO, L.Z.; MOURA, C.P.; BORGES, A.M. (Orgs.). **A cidade e o medo**. Brasília: Verben e Francis, p. 103-125, 2014.

MARQUES, E. S. 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, n. 4, e00074420, p. 1-6,

2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00074420>> Acesso em: 29 maio 2020.

UN. United Nations. General Assembly. **In-depth study on all forms of violence against women: Report of the Secretary-General.** 2006. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/61/122/Add.1> Acesso em: 27 maio 2020.

ONU BRASIL. Organização das Nações Unidas. **Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus.** 2020a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>> Acesso em: 29 maio 2020.

ONU BRASIL. Organização das Nações Unidas. **Relatora da ONU: Estados devem combater violência doméstica na quarentena por COVID-19.** 2020b. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-estados-devem-combater-violencia-domestica-na-quarentena-por-covid-19/amp/>> Acesso em: 21 maio 2020.

ONU BRASIL. Organização das Nações Unidas. **ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>> Acesso em: 29 maio 2020.

ONU MULHERES. Organização das Nações Unidas. **Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres.** 2020. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>> Acesso em: 28 maio 2020.

PEREIRA, D. C. D. S., CAMARGO, V. S.; AOYAMA, P. C. N. Análise funcional da permanência das mulheres nos relacionamentos abusivos: Um estudo prático. **Revista Brasileira De Terapia Comportamental e Cognitiva**, v. 20, n. 2, p. 9-25, 2018. Disponível em: <<http://www.usp.br/rbtcc/index.php/RBTCC/article/view/1026>> Acesso em: 21 maio 2020.

PETERMAN, A. et al. **Pandemics and violence against two men and children.** Center For Global Development; 2020. Disponível em: <<https://www.cgdev.org/sites/default/files/pandemics-and-violence-against-women-and-girls.pdf>> Acesso em: 31 maio 2020.

SANTOS, S.; OLIVEIRA, L. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. **Rev. Katálysis**, v. 13, n. 1, p. 11-

19, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802010000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2020.

SELVARATNAM, T. **Where can domestic violence victims turn during Covid-19?** The New York Times, 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/03/23/opinion/covid-domestic-violence.html>> Acesso em: 30 maio 2020.

SILVA, A. C.; MEDEIROS, M.M. Sexualidade e a história da mulher na Idade Média: a representação do corpo feminino no período medieval nos séculos X a XII. **Revista Eletrônica História em Reflexão**, v. 7, n. 14, p. 1-16, 2013

SILVA, J. S. O Discurso Grego: A representação feminina em As Troianas de Eurípedes e Só para Mulheres de Aristófanes. **Revista de Letras e Norte@mentos**, v.1, n.2. p. 181-93, 2008. Disponível em: <<http://sinop.unemat.br/projetos/revista/index.php/norteamentos/article/view/800>>. Acesso em: 30 maio 2020.

UNFPA. **Impact of the COVID-19 Pandemic on Family Planning and Ending Gender-based Violence, Female Genital Mutilation and Child Marriage.** Disponível em: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_impact_brief_for_UNFPA_24_April_2020_1.pdf> Acesso em: 29 maio 2020.

VIEIRA, P. R.; GARCIA, L. P.; MACIEL, E. L. N. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. **Rev. bras. epidemiol.**, v.23, e200033, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100201&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 30 maio 2020.

WELZER-LANG, D. **A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8635.pdf>> Acesso em 28 jan. 2020.

WANQING, Z. **Domestic Violence Cases Surge During COVID-19 Epidemic.** Sixth Tone, 2020. Disponível em: <https://www.sixthtone.com/news/1005253/domestic-violence-cases-surge-during-covid-19-epidemic>. Acesso em: 29 maio 2020.

WHO. World Health Organization. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19.** Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---16-march-2020>. Acesso em: 29 maio 2020.

WORLDOMETERS. **COVID-19 coronaviruspandemic**. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>. Acesso em: 03 maio2020.

ZANCAN, N.; WASSERMAN, V.; LIMA, G.Q. A violência doméstica a partir do discurso de mulheres agredidas. **Pensando fam.**, v. 17, n. 1, p. 63-76,2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2013000100007. Acesso em 28 de maio de 2020.

CAPÍTULO 8

VULNERABILIDADES, VAZAMENTOS DE DADOS E VIGILÂNCIA DIGITAL NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA



JESSICA APARECIDA SOARES

Advogada e Professora do curso de direito da Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu – UNIFOZ. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial – GEDAI/UFPR.
<http://lattes.cnpq.br/3546583850718779>

LUCAS EDUARDO GUILLEN SIMON

Graduado em Direito pela Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu – UNIFOZ.
<http://lattes.cnpq.br/9529294098165434>

BRUNA HOMEM DE SOUZA OSMAN

Advogada e professora do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas – UDC. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI/UFPR.
<http://lattes.cnpq.br/6543823783901492>

1 INTRODUÇÃO

A tecnologia tem papel fundamental na sociedade informacional em que vivemos atualmente. Todavia, conforme salienta Manuel Castells (2002, p. 330), a tecnologia por si só não gera nem elimina empregos, mas sim, “[...] transforma profundamente a natureza do trabalho e a organização da produção”.

Castells (2002, p. 330) afirma ainda que “as novas tecnologias da informação possibilitam, ao mesmo tempo, a descentralização das tarefas e sua coordenação em uma rede interativa de comunicação em tempo real”.

A tecnologia se mostra como fundamental no enfrentamento da COVID-19, doença causada pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2),

pois ela não só permite a continuidade do trabalho, de forma remota, como possibilita a identificação de focos de contaminação, remédios e vacinas.

No período de distanciamento social, em decorrência da COVID-19, a forma de trabalhar foi reinventada. Em alguns setores da economia, o trabalho remoto passou a ser adotado, fazendo com que empresas e funcionários se adequassem a novas tecnologias, seja por meio de aplicativos de gerenciamento de tarefas, vídeo conferência, ou pela intensificação de utilização de troca de mensagens por e-mails e demais ferramentas eletrônicas.

Com a integração desse novo cenário no cotidiano brasileiro, geraram-se soluções a fim de que as atividades econômicas não parassem; mas também, uma série de questionamentos sobre como as pessoas lidam com a tecnologia e como a tecnologia lida com os dados pessoais.

A utilização de aplicativos de mensagem instantânea, vídeo, jogos e delivery de produtos apresentou alta durante o período de isolamento social. A busca dos usuários por aplicativos e *sites* gera uma preocupação com o tratamento de dados pessoais.

Sabe-se que, ao acessar produtos e serviços por meio de tais ferramentas, é necessário que o usuário aceite uma política de privacidade, por meio da qual a empresa fornecedora do serviço/produto estabelece as regras de utilização de dados pessoais.

Além disso, no período de enfrentamento da COVID-19, o tratamento de dados pessoais tem sido objeto de discussão quanto à sua utilização como matéria prima para a vigilância digital da população nacional. Alguns governos já usaram instrumentos de vigilância frente à COVID-19 a fim de evitar aglomerações e enviar alertas de possíveis focos de contaminação, como mapa de calor e rastreabilidade de desrespeito às regras de isolamento social.

Um exemplo disso, é o mapa de calor criado na China para demonstrar os locais de maior risco de contágio da doença. Já a Coreia do Sul, por sua vez, associou a testagem em massa com a utilização de dados pessoais baseando-se nos registros de GPS e/ou uso de cartão de crédito.

Salienta-se que, no Brasil, como será abordado adiante, a Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, que disciplina a proteção de dados pessoais, ainda não possui data confirmada para entrar em vigência. No entanto, essa situação não desonera a necessidade de se proteger os dados no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o presente capítulo objetiva analisar o impacto do uso das tecnologias digitais frente à proteção de dados pessoais no atual cenário epidemiológico nacional. Para tanto, pretende-se responder à seguinte indagação: como a proteção de dados pessoais pode ser afetada com a intensificação da utilização de aplicativos, *sites* e ferramentas de vigilância no atual cenário epidemiológico brasileiro?

Para o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se do método indutivo, apresentando uma proposição geral com base na análise de certo conjunto de casos específicos. Além disso, emprega-se a técnica de documentação indireta por intermédio de doutrinas sobre o tema de pesquisa, valendo-se de material produzido por meios de comunicação de massa para a análise dos dados, organizando-os em categorias, de forma a agrupar os tipos de casos a serem analisados.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra, assim como do “[...] sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de

dados e das comunicações telefônicas [...]” (BRASIL, 1988). Isto quer dizer que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) está sob a égide da referida Lei Magna.

A LGPD é a Lei n. 13.709, aprovada em agosto de 2018, que, a princípio, passaria a vigorar em 2020. Essa lei tem o escopo de promover um cenário de segurança jurídica, criando normas e práticas para proteger o tratamento de dados pessoais de todo cidadão que esteja no país.

Por outro lado, quando se trata da sua origem, ou melhor dizendo, dos motivos que iluminaram o caminho para a criação das regulamentações dessa proteção de dados pessoais, consoante ao que ensina Pinheiro (2018), a partir dos anos 1990, ela está relacionada “[...] ao desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter uma dependência muito maior nos fluxos internacionais de bases de dados, especialmente os relacionados às pessoas [...]”.

De acordo com o Governo Federal, a referida lei cria um cenário de segurança, pois prevê penalidades rígidas, a exemplo de altas multas, para falhas de segurança que podem pôr em risco o sigilo de informações pessoais; cria mecanismos para deixar cristalino ao cidadão quais são as finalidades e a necessidade do tratamento de dados; tem eficácia na proteção de dados, ainda que a organização ou o centro de dados estejam fora do Brasil; e ainda permite o compartilhamento com outros países que também têm política de proteção.

Ainda sob o que diz o Governo Federal, a gestão dos dados coletados é encargo de quem gera base de dados, assim como a sua proteção, sob risco de penalidades. E, sobretudo, a LGPD estabelece que o consentimento do cidadão é a base para que os dados pessoais possam ser tratados.

A LGPD cuida ou, dito de outro modo, “[...] aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa ju-

rídica de direito público ou privado, independentemente do meio [...]” (BRASIL, 2019).

Nessa nuance, faz-se necessária a compreensão de que o termo “tratamento” utilizado pela lei refere-se ao tratamento de dados que, à luz de Pinheiro (2018, p. 25), é toda a operação, ou atividade que se realiza através da coleta e do manuseio de algum tipo de dados pessoais de terceiros, a exemplos:

[...] coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, edição, eliminação, avaliação, ou controle de informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Enquanto o termo “dados pessoais” refere-se a informações que possuem vínculo com uma pessoa, informações estas que podem revelar suas características ou ações. De acordo com o Conselho Europeu, são as características que definem uma informação como pessoal, pois elas são capazes de identificação, ou, ao menos suscetível de, são informações que podem singularizar alguém (DONEDA, 2011).

Por sua vez, o termo “dados pessoais sensíveis” refere-se às informações de caráter absolutamente íntimos de uma pessoa natural, dados concernentes às suas convicções religiosas; filiações partidárias; dados referentes à sua saúde, vida sexual, dado genético etc. (BRASIL, 2018).

Salienta-se que há na referida lei um rol taxativo somente sobre quando poderá ocorrer o tratamento dos dados pessoais, determinação esta prevista no artigo 11 da lei.

As explanações de termos, deveres e responsabilidades são abordadas de forma clara e podem ser encontradas no corpo da lei. Em que pese isso, é papel da ANPD a regulamentação, como será observado.

Por outro lado, é importante observar que, no tocante a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados, observa-se que ela deixa

pontos de insegurança jurídica pois, de acordo com Pinheiro (2018), ela permite subjetividade na sua interpretação, a exemplo de prazos previstos como “prazo razoável”, e não um limite exato.

Ainda na seara da insegurança jurídica, a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, continha o veto presidencial no tocante à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), fazendo com que a Lei brasileira não angariasse o reconhecimento por parte da União Europeia de legislação, pois, para tal, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) exige a que a lei que dispor sobre a proteção de dados no país preveja a criação da ANPD.

A ANPD é uma autoridade nacional que tem o condão de fiscalizar e regular a LGPD. De acordo com o Governo Federal, ela atuará como um órgão a serviço público: “A autoridade será ainda um elo entre sociedade e governo, permitindo que as pessoas enviem dúvidas, sugestões, denúncias ligadas à LGPD para apuração.” (2020d)

Por outro lado, esse veto foi derrubado com o advento da Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019, que previu a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, bem como alterou o teor da Ementa da lei primitiva para “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)”.

Ressalta-se que a ANPD foi criada não somente para atender à exigência da GDPR, mas também por ser ferramenta essencial à regulamentação dos dispositivos que tratam a LGPD e à criação de políticas públicas de adequação, assim como para selar um vínculo sólido e legal entre todas as partes envolvidas no tratamento de dados pessoais, que vão do titular ao ente privado e ao ente público, e, especialmente, à aplicação de Códigos de Conduta e Certificações (PINHEIRO, 2019).

Frise-se que um marco importante do trabalho desenvolvido pela Autoridade de Proteção de Dados foi a mudança causada nas empresas, em alguns aspectos, por meio da verificação dos bancos internos, a exemplo da minimização dos dados pessoais, se é um tratamento

adequado aos dados, e se há consentimento por parte dos titulares e conhecimento das finalidades (PINHEIRO, 2019).

Verificou-se, também, se os dados que foram adquiridos para tratamento de forma ilegal foram devidamente apagados. As empresas passaram a expor quais tipos de dados pessoais tratavam e o porquê, ou seja, com qual finalidade e o que faziam com tais dados, de forma que sejam asseguradas sua confiabilidade e seguridade. E, ainda, se as empresas davam o atendimento adequado aos titulares dos dados na ocasião quando da resolução de conflitos ou questionamentos acerca do tratamento de seus dados pessoais (PINHEIRO, 2019).

Entre outras determinações, a Lei n. 13.853, de 2019 (BRASIL, 2019), alterou o entendimento do art. 3º, III, dizendo que ela se aplica desde que “[...] a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional.”

Frise-se que esta lei é aplicável a qualquer um que realize tratamento de dados pessoais, sejam organizações privadas, pessoas naturais ou jurídicas, independentemente do meio.

No tocante ao art. 4º, IV, §4º, da Lei n. 13.709, que diz respeito à sua não incidência ao tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivos de “a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais [...]” (BRASIL, 2018), “Em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado”. (BRASIL, 2018)

Todavia, com a inauguração da Lei n. 13.853, de 2019, esse artigo passou a prever que os dados pessoais poderiam ser tratados em sua integralidade por pessoa de direito privado desde que possua capital integralmente constituído pelo poder público (BRASIL, 2019).

Outra novidade trazida pela Lei. 13.853 foi a alteração da data do início de vigência da LGPD, pois o texto original da Lei n. 13.709

previa a entrada em vigor 18 meses após a data de sua publicação no Diário Oficial da União, em 15 de agosto de 2018, sendo assim, entraria em vigor aos 15 dias do mês de fevereiro de 2020.

Não obstante a data prevista, a Medida Provisória n. 869, de 27 de dezembro de 2018, publicada no Diário Oficial da União em 28 de dezembro de 2018, foi a primeira normativa a estabelecer dois prazos de vigência da Lei n. 13.709, por meio da designação de vigência específica para determinados dispositivos.

Na MP supracitada, a entrada em vigor dos artigos relacionados à ANPD, e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade ficou prevista para 28 de dezembro de 2020; enquanto os demais dispositivos entrariam em vigor no dia 14 de agosto de 2020. Em que pese essa Medida Provisória tenha sido convertida na Lei n. 13.853 de 2019, subsistiram na integralidade os prazos previstos pela primeira normativa.

Por outro lado, em 29 de abril de 2020, adotou-se a Medida Provisória n. 959, que, diluída em meio ao conteúdo voltado ao Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, abordou a alteração da vigência da LGPD, revogando a previsão da Lei 13.853, passando a prever a entrada em vigor dos demais artigos de 24 meses (14 de agosto de 2020) para 03 de maio de 2021.

Observa-se que, em que pese a Medida Provisória seja um instrumento com peso de lei e com efeitos imediatos, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 62, § 3º, prevê que, para subsistirem suas determinações, a MP deve ser convertida em lei dentro do prazo de 60 dias. Dessa forma, ainda há incerteza acerca da entrada em vigência dos dispositivos citados.

Ressalte-se que, por Ato n. 71, de 26 de junho de 2020, do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, resta prorrogada a vigência da Medida Provisória por sessenta dias. Observe-se:

29/4: Editada em 29/04/2020 (DOU de 29/04/20 - Edição Extra A - Seção 1 - Pág. 1) 5/5: Recebido o Ofício nº 167-CN, de 05/05/2020, que encaminha o processado da Medida Provisória. À medida foram oferecidas 126 (cento e vinte e seis) emendas. AGUARDANDO LEITURA. 29/6: Ato n. 71, de 26/06/2020, do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, prorroga a vigência da Medida Provisória, por sessenta dias (DOU de 29/06/2020 – Seção 1 – Página 1). (2020e)

Em seguida, foi aprovada Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020, que “Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)” (BRASIL, 2020f). Esta lei estabeleceu o dia 1º de agosto de 2021 para a entrada em vigor dos artigos 52, 53 e 54 da LGPD, que tratam das sanções administrativas.

Observe-se o quadro exemplificativo para melhor compreensão acerca do andamento da vigência da LGPD:

Quadro 1- Arcabouço de alterações legislativas na vigência da LGPD

Normativa	Data de publicação no DOU	Vigência LGPD
Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018	15 de agosto de 2018	18 meses da sua data de publicação. Ou seja, 15 de fevereiro de 2020.
Medida provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018	28 de dezembro de 2018	Estabelece dois prazos de vigência da Lei por meio da designação de vigência específica para dispositivos determinados: em 28 de dezembro de 2018, para os artigos 55-A ao art. 55-K, art. 58-A e art. 58-B (ANPD e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade); 24 meses após a publicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou seja, dia 14 de agosto de 2020 para os demais dispositivos da LGPD.

Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019 (conversão da MP 869/2018 em Lei)	09 de julho de 2019	Estabelece dois prazos de vigência da Lei por meio da designação de vigência específica para dispositivos determinados: em 28 de dezembro de 2018 para os artigos 55-A ao art. 55-L, art. 58-A e art. 58-B (ANPD e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade); 24 meses após a publicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou seja, dia 14 de agosto de 2020 para os demais dispositivos da LGPD.
Medida provisória nº 959, de 29 de abril de 2020	29 de abril de 2020	Alterou a previsão anterior da Lei nº 13.853/2019, sobre a entrada em vigor dos demais artigos de 24 meses (14/08/2020) para 03 de maio de 2021.
Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020	12 de junho de 2020	A referida Lei estabeleceu o dia 1º de agosto de 2021, para entrada em vigor dos arts. 52, 53 e 54; (sanções administrativas)

Fonte: os autores

Cumprе ressaltar que duas normativas sobre a vigência da LGPD foram editadas já no período pandêmico causado pelo novo Coronavírus (COVID-19). Alterações tais que foram editadas em lei/MP juntas a questões concernentes ao vírus.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais surge com o escopo de garantir a proteção aos direitos fundamentais que encontram base na Constituição Federal (BRASIL, 1988), como o direito à privacidade, à intimidade, ao direito de honra e à dignidade. E, com o rápido desenvolvimento e expansão das tecnologias, esses direitos se viram ameaçados. Por esta razão, a LGPD mostra-se essencial, não só para proteger e responsabilizar àqueles que forem desiduosos no tratamento de dados, mas também para garantir o acesso à informação e ao consentimento do titular.

Necessário destacar que o direito fundamental à proteção de dados foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do plenário, em que referendou a Medida Cautelar nas Ações Diretas de

Inconstitucionalidade n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, suspendendo a aplicação da Medida Provisória 954/2020, que abordava o compartilhamento de dados pessoais dos clientes de empresas de telecomunicação com o IBGE.

Para a relatora das ADI, ministra Rosa Weber (2020a), a manipulação de dados pessoais “[...] consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade [...]”. Assim, após extensa discussão, reconhece que os dados pessoais integram o “[...] âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecutorias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade”.

É com base nesse panorama que se pretende discutir a proteção de dados no Brasil, frente ao cenário epidemiológico atual.

3 ENTRE DADOS E PESSOAS: VULNERABILIDADES, VAZAMENTOS E OUTROS RELATOS

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método indutivo, apresentando uma proposição geral, com base na análise de certo conjunto de casos específicos. Além disso, empregou-se a técnica de documentação indireta, por intermédio de doutrinas sobre o tema de pesquisa, valendo-se de material produzido por meios de comunicação de massa para a análise dos dados, organizando-os em categorias, de forma a agrupar os tipos de casos a serem analisados.

Dito isso, para o desenvolvimento desta pesquisa, foram utilizados 10 (dez) casos de provável exposição de dados, fragilidade de sistemas ou tratamento de dados, coletados no período de janeiro a maio de 2020, agrupados nas seguintes categorias: a) finalidade consentida; b) *phishing*; c) vazamento de dados; e d) vulnerabilidade.

Para fins da análise de dados, considera-se finalidade consentida quando o próprio aplicativo ou *site* prevê, em sua política de privacidade, a utilização dos dados pessoais para a finalidade demonstrada, tornando, assim, legítimo o tratamento de dados.

O *phishing* ocorre quando há tentativas fraudulentas de conseguir dados pessoais de usuários por meio de disfarce, recorrentemente utilizando-se de falsas mensagens, aplicativos e *sites*.

O vazamento de dados se apresenta como a disponibilização indevida de informações de forma pública, quando as mesmas deveriam ser mantidas de forma privada. O que difere o vazamento de dados da vulnerabilidade é que na última, o vazamento ainda não ocorreu, porém, há indícios de fragilidade na segurança dos dados, o que pode ocasionar o seu vazamento.

Todos os casos analisados referem-se a situações de *phishing*, finalidade consentida, vulnerabilidade ou vazamento de dados que ocorreram no país, ou que envolvem dados de indivíduos localizados no território nacional.

Os resultados da análise de ocorrência de *phishing*, finalidade consentida, vulnerabilidade ou vazamento de dados em aplicativos e *sites*, utilizados por indivíduos em tempos de pandemia, são apresentados de forma resumida no quadro 2, conforme abaixo:

Quadro 2 - Mapeamento de sites e aplicativos analisados em categorias

Identificação	Categoria	Descrição resumida
Houseparty	Finalidade consentida	A política de privacidade do aplicativo permite o compartilhamento de várias informações pessoais dos usuários. Segundo a própria política, a coleta não é destinada somente a operacionalização do aplicativo, mas é feita com o objetivo de divulgar produtos e serviços com base no seu perfil pessoal (mapeado por meio dos dados coletados).

Falsos aplicativos de vídeo conferência	<i>Phishing</i>	Criminosos cibernéticos usam domínios falsos de aplicativos de vídeo conferência para atrair vítimas, roubando dados ao se passar por grandes marcas e/ou instalando malware no computador.
Nintendo	Vazamento de dados	Cerca de 160 mil contas da Nintendo Network foram comprometidas, com senhas e logins vazados por hackers na Internet. Os hackers tiveram acesso aos dados por meio das chamadas “contas legado”. Para proteger o usuário, a Nintendo informou que aboliu o login da Nintendo Network via terceiros ou via contas antigas, recomendando adicionalmente que, além de trocar as senhas, os usuários ativassem a verificação em duas etapas para a conta de login do Switch.
Informações de militares	Vazamento de dados	Um grupo identificado como “Digital Space”, com a finalidade de retaliar o atual governo Bolsonaro, informou o vazamento de supostos dados de 200 mil militares. O grupo também informou que há mais dados que podem ser vazados
CAM4	Vazamento de dados	Um grande vazamento de dados expôs informações pessoais e privadas de dezenas de milhares de usuários do CAM4, um dos principais sites adultos do mundo. No total, são 10,8 bilhões de registros, incluindo informações que podem identificar usuários diretamente e os históricos de transações e conversas entre eles e produtores de conteúdo.
Gastroclínica Cascavel	Vazamento de dados	No mês de abril de 2020, uma falha de segurança permitiu o vazamento de mais de 2,3 mil laudos de pacientes, incluindo arquivos PDF de resultados de exames de pacientes da Gastroclínica de Cascavel.
Natura	Vazamento de dados	Estima-se que 250 mil usuários tiveram dados vazados por meio de dois servidores expostos da Natura com 272 GB e 1,3 TB. Entre as informações vazadas, estão: Nome completo, Nome de solteira da mãe, Data de nascimento, Nacionalidade, Gênero etc.
Zoom	Vulnerabilidade	Apresentou vulnerabilidade que poderia permitir a criminosos digitais o roubo de informações confidenciais e execução de arquivos no dispositivo da vítima. Além de intromissão em videoconferências alheias, links públicos das salas, uma configuração pré-determinada para a troca de arquivos que permite enviar malware.

Slack	Vulnerabilidade	O Slack permite que webhooks conectem o Slack a outros softwares ou serviços para fins de acompanhamento de mensagens ou publicações. Assim, um hacker seria capaz de manipular tais requisições a fim de esconder malwares capazes de diferentes ações, que vão desde a interceptação e o envio de mensagens até a manipulação de permissões para que dados da vítima e de colegas de trabalho sejam obtidos.
Aula Paraná	Vulnerabilidade	Relatos apontam para uma política de privacidade com coleta de nome, telefone, sites visitados, permitindo geolocalização e envio de anúncios. Dessa forma, a suposta política estaria possibilitando a coleta de dados sensíveis dos(as) estudantes, violando assim a proteção de crianças e adolescentes.

Fonte: os autores

O vazamento de dados de informações de militares foi seguramente um ataque proposital de exposição, tendo em vista que o próprio grupo, intitulado Digital Space, responsável pelo ataque, afirmou publicamente que a divulgação de dados se deu como retaliação, tendo em vista o posicionamento e ações do Presidente da República em relação à pandemia causada pela COVID-19. (HACKERS..., 2020)

De outro lado, o vazamento de dados dos usuários do CAM4 expõe dados pessoais sensíveis, tendo em vista que 10,8 bilhões dos registros, incluindo informações como orientação e preferências sexuais, foram vazados.

Cabe ressaltar que o CAM4 se trata de uma plataforma de rede social que permite a interação entre usuários por meio de vídeo e chat de conteúdo adulto. No vazamento de dados relatado acima, consta que chats, histórico de e-mails e conversas privadas, entre usuários e produtores de conteúdo também foram expostos (DEMARTINI, 2020).

Ademais, no período de isolamento social, a utilização de plataformas de vídeo conferência se popularizou como ferramenta indispensável de trabalho. Assim, aplicativos, como Zoom, Google Meet,

Microsoft Teams e Houseparty apresentaram crescimento expressivo entre as escolhas de usuários no território nacional (EM..., s.d.).

O aumento relatado anteriormente gera novas situações de vulnerabilidade, phishing e vazamento de dados, como o relatado pela ANVISA, ao proibir a utilização do Zoom para realização de reuniões de trabalho da instituição. Sem detalhar os problemas encontrados, a ANVISA (2020, n.p.) destacou que a descontinuidade na utilização do Zoom se deve ao fato de que equipes técnicas identificaram “[...] possíveis falhas de segurança graves na ferramenta”.

Não só isso, mas hackers têm utilizado falsos domínios de aplicativos de vídeo conferência com a finalidade captar dados pessoais e dados bancários. Já o aplicativo Houseparty, recolhe e compartilha várias informações pessoais. Segundo a própria política de privacidade do aplicativo (HOUSEPARTY, 2020), a coleta não é destinada somente à operacionalização do aplicativo, mas é feita com o objetivo de divulgar produtos e serviços com base no perfil do usuário, mapeado por meio dos dados coletados.

Além disso, houve, no final de março de 2020, relato de alguns usuários acusando o aplicativo de roubar senhas de banco e cartão de crédito após a instalação do app. A empresa afirma se tratar de uma campanha de difamação do aplicativo. Segundo Vojtech Boek, engenheiro sênior de Segurança para Celulares da Avast, é improvável que tais informações tenham sido roubadas pelo aplicativo, “[...] pois aplicativos no Android e no iOS não podem ver os dados de outros aplicativos.” (APP..., 2020).

Entretanto, o engenheiro afirma que, quando um usuário escolhe fazer login no aplicativo (*e.g.*) via Facebook ou Google, o aplicativo pode visualizar alguns dados dessas contas. Sobre o assunto, salienta-se que a política de privacidade do Houseparty (2020) dispõe: “[...] coletamos determinadas informações da conta de mídia social.”.

4 VIGILÂNCIA DIGITAL PARA ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Além dos casos de aplicativos e sites utilizados pela população neste momento de pandemia e das consequências que a sua utilização traz para a proteção de dados, a vigilância digital também ganha destaque nas discussões atuais.

Diversos países têm adotado medidas de vigilância aos cidadãos com a finalidade de evitar aglomerações e enviar alertas de possíveis focos de contaminação, como mapa de calor e rastreabilidade de desrespeito às regras de isolamento social.

Nesse sentido, Mariana Schreiber (2020) destaca as medidas adotadas pelo governo da China e Coreia do Sul, onde o primeiro adotou um mapa de calor, para demonstrar os locais de maior risco de contágio da doença. Já o segundo, a Coreia do Sul, por sua vez, associou a testagem em massa com a utilização de dados pessoais, com base nos registros de GPS e/ou uso de cartão de crédito.

No Brasil, a Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações, prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal, com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O compartilhamento tem o objetivo de dar suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19).

As empresas de telecomunicação deverão disponibilizar ao IBGE a relação dos nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Os dados serão utilizados direta e exclusivamente para a produção estatística oficial, por meio de entrevistas em caráter não presencial, no âmbito de pesquisas domiciliares.

Ocorre que, a publicação da medida provisória (MP), sob diversos fundamentos, gerou 5 (cinco) ações diretas de constitucionalidade (ADI), conforme demonstra o quadro a seguir:

Quadro 3 - Análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidades relacionadas à Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020

Número	Requerente	Fundamento
ADI/6387	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)	<ul style="list-style-type: none"> a) Violação do sigilo de dados, inclusive telefônicos, de todos os brasileiros; b) Ausência dos pressupostos de urgência e relevância; c) Tutela do direito fundamental à autodeterminação informativa; d) Contrariedade à garantia constitucional do sigilo de dados – art. 5º, XII, da Constituição Federal; e) Não apresentação dos requisitos da adequação, necessidade e justa medida;
ADI/6388	Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)	<ul style="list-style-type: none"> a) Violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; b) Violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; c) Os dados foram repassados para o usuário coma finalidade de fazer uso de serviço de telefonia, não para permitir que o Estado, utilizando-os, promova atividades de pesquisa.
ADI/6389	Partido Socialista Brasileiro (PSB)	<ul style="list-style-type: none"> a) A disponibilização desregulamentada de dados pessoais, por meio da MP n. 954/2020, representa sérios riscos para o Estado democrático de direito, pois possibilita a criação de uma estrutura contemporânea de vigilância da população por parte do Estado brasileiro; b) Necessidade de salvaguarda ao direito constitucional à proteção de dados; c) A MP não foi específica ao tratar as finalidades para as quais são empregados os dados transferidos. Assim, é imprescindível que haja clara delimitação e explicitação das finalidades pretendidas com a transferência de dados; d) Vulnerabilidade dos dados em face da inexistência de instrumentos e instituições que abarquem o tratamento dos dados.

ADI/6390	Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL)	<p>a) A proteção de dados pessoais é um direito fundamental e relaciona-se com a proteção da privacidade;</p> <p>b) A MP é generalista, não especificando as finalidades para o tratamento de dados e não demonstrando relevância justificada para realização de pesquisa estatística no momento de pandemia que vivenciamos atualmente;</p> <p>c) Os dados pessoais disponibilizados permitem a identificação do cidadão, tendo em vista que se tratam de informações privadas e pessoais;</p> <p>d) A disponibilização de dados pessoais tem o potencial de trazer danos irreversíveis aos cidadãos, além de insegurança jurídica e instabilidade social.</p>
ADI/6393	Partido Comunista do Brasil (PCdoB)	<p>a) Violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas;</p> <p>b) Violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas;</p> <p>c) Abuso legislativo do Poder Executivo, envolvendo a MP ora impugnada, tendo em vista a ausência de anonimização de dados, conforme preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados.</p>

Fonte: os autores

É imperioso destacar que o compartilhamento de dados abordado pela referida Medida Provisória é altamente relevante, uma vez que diz respeito a dados não anonimizados, permitindo dessa forma a identificação do titular dos dados, por meio do nome, local de sua residência e telefone de contato.

Apesar de suspensa a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a utilização de dados pessoais para mapeamento e enfrentamento da COVID-19 não deixou de ser empregue por Estados e municípios. Cita-se, por exemplo, a prefeitura de Recife (2020), que contratou a empresa Inloco, para, por meio do uso da tecnologia de geolocalização, possibilitar o mapeamento do isolamento social fiscalizando o cumprimento das medidas sanitárias impostas à população local.

A Inloco, empresa de tecnologia de localização e privacidade, fundada no ano de 2014, afirma que a tecnologia de localização de 60

milhões de brasileiros foi desenhada para não identificar as pessoas, garantindo, dessa forma, a privacidade e o anonimato dos indivíduos, não violando assim dados pessoais.

No site da empresa¹, é possível acessar o índice de isolamento social, com o percentual, catalogado por estado, da população que está respeitando a recomendação de isolamento. Assim, com base no mapa é possível determinar medidas sanitárias, direcionando recursos de saúde, segurança e comunicação para o enfrentamento da COVID-19 no Brasil.

O governo do Estado de São Paulo e a prefeitura do Rio de Janeiro assinaram acordos com empresas de telefonia, com a finalidade, por meio da análise de deslocamento, de rastrear o movimento das pessoas e aglomerações e no intuito promover medidas de enfrentamento à COVID-19.

No mesmo sentido, o SindiTelebrasil (2020) coordenou, junto as operadoras de telefonia e ABR Telecom, a criação da ferramenta Big Data de Mapas de Calor, que fornece gratuitamente a Estados e prefeituras, dados estatísticos de concentração de massas capazes de medir os índices de isolamento frente a atual pandemia.

Sobre o assunto, é necessário salientar que a própria Lei Geral de Proteção de Dados, ainda que não esteja vigente até o presente momento, permite o tratamento de dados para a “[...] para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro” e para a “[...] tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária” (BRASIL, 2020c).

Para Danilo Doneda (2020), é natural que as legislações, como a LGPD, proporcionem um base legal para o tratamento de dados em situações de emergência, como a atualmente vivenciada no mundo. O

1 Para maiores informações acesse: <https://www.inloco.com.br/covid-19>.

autor chama esse arcabouço de tratamento de dados para fins humanitários, de saúde pública, e outras causas similares.

Necessário destacar que, o próprio Regulamento Europeu 2016/679, de 27 de abril de 2016 (GDPR), estabelece em seu 46º considerando que, o tratamento de dados pessoais pode servir tanto para interesses públicos como interesses individuais do titular dos dados. Estabelecendo, por conseguinte o tratamento de dados, exemplificativamente para fins humanitários, “[...] incluindo a monitorização de epidemias e da sua propagação ou em situações de emergência humanitária, em especial em situações de catástrofes naturais e de origem humana”.

Desse modo, Danilo Doneda (2020, n.p.) destaca que os dados pessoais, em uma crise de saúde como a da atual, “[...] são elementos essenciais para modelar e executar políticas públicas de contenção e controle do vírus, bem como para tornar possível que a pesquisa científica proporcione os melhores resultados possíveis no menor período de tempo”.

Em evento realizado pelo Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), sobre a vigilância em tempos de COVID-19, Bruno Ricardo Bioni afirmou que, no cenário de isolamento social, a finalidade do uso de uma informação pessoal esclarece “[...] especificamente qual dado é necessário para um determinado objetivo, no caso o combate à epidemia”. Dessa forma, com a definição clara de um objetivo, é possível “[...] delinear quais dados são fundamentais e como o governo irá usar de forma eficiente esses dados” (VIGILÂNCIA..., 2020).

Giovanna Carloni (VIGILÂNCIA..., 2020) fala sobre a dicotomia de escolha entre proteção de dados e o direito à saúde, apontando a utilização de programas de governança, com base no princípio do *accountability*, a fim de usar os dados de forma transparente, responsável, dando segurança a um propósito específico e atendendo a finalidade do tratamento.

Nesse contexto, Bruno Ricardo Bioni, Rafael A. F. Zanatta, Renato Leite Monteiro e Mariana Rielli, (2020) descrevem uma série de recomendações, apresentadas em cinco passos, que devem estar presentes nos processos institucionais decisórios afetos ao uso legítimo de dados no combate à pandemia causada pela COVID-19.

Entre os passos apresentados, estão a definição da finalidade e necessidade do tratamento de dados e a definição do ciclo de vida e do descarte dos dados coletados. Ambos os passos destacados são de extrema importância para buscar garantir o direito à proteção de dados.

Isto é, o tratamento de dados não deve ser realizado de forma ilimitada, mas sim atender à necessidade e à finalidade, protegendo os direitos do titular dos dados e o direito fundamental à saúde e à vida.

Sobre a dicotomia entre o direito à saúde e proteção de dados, Bruno Ricardo Bioni afirma que se trata de uma “falsa dicotomia”, tendo em vista que é possível utilizar esses dados em ações para o controle da pandemia, e, ainda assim, respeitar a sua proteção. (VIGILÂNCIA..., 2020).

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que a proteção de dados pessoais pode ser afetada com a intensificação da utilização de tecnologias digitais no atual cenário epidemiológico brasileiro, tendo em vista dois eixos: a) provável exposição de dados, fragilidade de sistemas ou tratamento de dados, coletados no período de janeiro a maio de 2020; b) a vigilância digital por meio do tratamento de dados pessoais.

Com a intensificação da utilização de aplicativos e *sites* durante a pandemia, foram constatados 10 (dez) casos de provável exposição de dados, fragilidade de sistemas ou tratamento de dados, coletados no

período de janeiro a maio de 2020, agrupados nas seguintes categorias: a) finalidade consentida; b) *phishing*; c) vazamento de dados; e d) vulnerabilidade.

A LGPD, apesar de ter sido aprovada no ano de 2018, até julho de 2020 não tem data oficial para sua entrada em vigência, tendo em vista que a Medida Provisória n. 959/2020 ainda não foi convertida em Lei, ou seja, a vigência apresentada por ela pode ser alterada. Toda a instabilidade, apresentada no quadro 1, demonstra insegurança jurídica no cenário de proteção de dados.

Apesar do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados, por meio do julgamento das ADIs em sede na Medida Provisória 954/2020, quadro 3, faz-se necessário a entrada em vigor da LGPD, para que os direitos sejam amplamente protegidos no ordenamento jurídico Brasileiro, a fim de que as empresas se adequem às normas, protegendo os dados pessoais no território nacional.

O tratamento de dados para a proteção da vida ou da incolumidade física e para a tutela da saúde é legítima para fins de enfrentamento da COVID-19, conforme prevê a LGPD. Contudo, a coleta e o tratamento devem ser proporcionais e limitados à finalidade do combate ao vírus, além de definir o ciclo de vida e descarte dos dados coletados, não sendo seu tratamento efetuado de forma ilegítima.

Yuval Noah Harari (2020, n.p.) considera que o monitoramento, como uma medida temporal durante um **estado de emergência, como o atual causado pelo novo Coronavírus, pode apoiar o enfrentamento da doença. Contudo, destaca que “[...] as medidas temporais têm o feio hábito de sobreviver às emergências, em especial porque sempre há uma nova emergência surgindo no horizonte.”**

Isso se deve ao fato de que essas medidas poderão se tornar hábitos de vida. Essa é a natureza das emergências. Nas palavras de Yuval Noah Harari (2020, n.p.), “Decisões que em tempos normais levam anos de deliberação se aprovam em questões de horas. Entram em

serviço tecnologias imaturas e inclusive perigosas, porque os riscos de não fazer nada são maiores.”

Dessa forma, em um cenário como o atual, é preciso cautela ao se estabelecer medidas de vigilância e de adiamento nos prazos de entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, pois as medidas de urgência, adotadas nesse momento, trarão consequências futuras que afetarão os nossos direitos no mundo que habitaremos depois dos efeitos da pandemia do Coronavírus.

6 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Ferramenta Zoom é bloqueada na Anvisa. **Anvisa**, [S.l.], 06 abr. 2020. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/solucao-zoom-bloqueada-na-anvisa/219201. Acesso em: 02 jul. 2020.

APP Houseparty é acusado de roubar dados sensíveis de seus usuários. **Olhar digital**, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/app-houseparty-e-acusado-de-roubar-dados-sensiveis-de-seus-usuarios/98848>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. **Privacidade e pandemia**: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 6387**. Distrito Federal, 19 abr. 2020. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5895165>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 6388**. Distrito Federal, 19 abr. 2020. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 6389**. Distrito Federal, 20 abr. 2020. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895168>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 6390**. Distrito Federal, 20 abr. 2020. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. (2020a) Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 6393**. Distrito Federal, 21 abr. 2020. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. (2020c) **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 maio 2020.

_____. (2020f) **Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 05 jul. 2020.

_____. **Lei n. 18.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1>. Acesso em: 02 jul. 2020.

_____. **Medida Provisória n. 869, de 27 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 02 jul. 2020.

_____. (2020) **Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que

trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. **Medida Provisória n. 959, de 29 de abril de 2020**. Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a vacatio legis da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1888348&filename=MPV+959/2020>. Acesso em 05 jul. 2020.

_____. (2020d) Governo Federal. **Quem vai regular a LGPD?** Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/governo/quem-vai-regular-e-fiscalizar-lgpd>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

_____. (2020e) Câmara dos Deputados. Medidas provisórias: relatoria, obstrução e prazo final. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 06 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/lideres/MedidasProvisorias.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Disponível em: <https://globalizacaoeintegracaoaregionalufabc.files.wordpress.com/2014/10/castells-m-a-sociedade-em-rede.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

CORONAVIRUS cyber-attacks update: beware of the phish. **Check Point Blog**, [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://blog.checkpoint.com/2020/05/12/coronavirus-cyber-attacks-update-beware-of-the-phish/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

DEMARTINI, Felipe. CAM4: vazamento expõe dados e conversas de usuários do Brasil e de outros países. **Canaltech**, [S.l.], 04 maio 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/cam4-vazamento-expoe-dados-e-conversas-de-usuarios-do-brasil-e-do-mundo-164161/>. Acesso em: 02 jul. 2020.

DEMARTINI, Felipe. Natura tinha brecha de segurança que expôs mais de 250 mil clientes. **Canaltech**, [S.l.], 19 maio 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/natura-tinha-brecha-de-seguranca-que-expos-mais-de-250-mil-clientes-165118/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. In.: Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul/dez.

2011. Disponível em: <file:///C:/Users/waldick/Downloads/Dialnet-AProtecaoDosDadosPessoaisComoUmDireitoFundamental-4555153.pdf>. Acesso em 03 jul. 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados em tempos de coronavírus: a LGPD será um elemento fundamental para a reestruturação que advirá após a crise. **Jota**, 25 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020>. Acesso em: 03 maio 2020.

EM tempos de coronavírus, aplicativos de videoconferência crescem com o aumento do home office. **Câmara de Comércio França-Brasil**, [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://www.ccfb.com.br/noticias/startups-empresas-home-office-aumenta-durante-coronavirus/>. Acesso em: 02 jul. 2020.

GARCÍA, Jorge G. Problemas de privacidade e segurança sacodem sucesso do Zoom na pandemia de coronavírus: popularização do aplicativo de videoconferências durante a quarentena expõe dúvidas sobre a proteção de dados pessoais contra fraudes e ataques cibernéticos. **El País**, 07 abr. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/retina/2020-04-07/problemas-de-privacidade-e-seguranca-sacodem-sucesso-do-zoom-na-pandemia-de-coronavirus.html>. Acesso em: 03 maio 2020.

HACKERS vazam supostos dados de 200 mil militares em retaliação a Bolsonaro. **Tecmundo**, [S.l.], 11 maio 2020. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/153022-hackers-vazam-dados-200-mil-militares-retaliacao-bolsonaro.htm>. Acesso em: 02 jul. 2020.

HARARI, Yuval Noah. O mundo depois do coronavírus. **Unisinos**, [S.l.], 26 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597469-o-mundo-depois-do-coronavirus-artigo-de-yuval-noah-harari>. Acesso em: 12 maio 2020.

INLOCO. Controle à COVID-19 respeitando a privacidade individual. **Inloco**, [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://www.inloco.com.br/covid-19>. Acesso em: 02 jul. 2020.

NINTENDO confirma 160 mil acessos ilegais a contas de jogadores. **Outerspace** [S.l.], 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.outerspace.com.br/nintendo-confirma-160-mil-acessos-ilegais-a-contas-de-jogadores/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais. Comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais. Comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PREFEITURA do Recife usa tecnologia como aliada na contenção do novo coronavírus. **Prefeitura da cidade do Recife**, Recife, 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www2.recife.pe.gov.br/noticias/24/03/2020/prefeitura-do-recife-usa-tecnologia-como-aliada-na-contencao-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 02 jul. 2020.

REQUIÃO Filho denuncia risco aos dados de usuários em aplicativo Aula Paraná. [S.n.t.]. vídeo (2 min 19ss). Publicado pelo canal Liderança Oposição Paraná. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=AkHRZP_C4ps. Acesso em: 05 jul. 2020.

SCHREIBER, Mariana. Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade? **BBC News**, Brasília, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>. Acesso em: 01 jul. 2020.

SINDITELEBRASIL. 12 estados e 14 prefeituras já usam a plataforma dasadoras para identificar concentrações. **SindiTelebrasil**, Brasília, 11 maio 2020. Disponível em: <https://www.sinditelebrasil.org.br/sala-de-imprensa/releases/3380-12-estados-e-14-prefeituras-ja-usam-a-plataforma-das-adoras-para-identificar-concentracoes>. Acesso em: 02 jul. 2020.

SOUZA, Ramon de. Exclusivo: clínica médica deixa vaziar mais de 2,3 mil laudos de pacientes. **The Hack**, [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://thehack.com.br/exclusivo-clinica-medica-deixa-vaziar-mais-de-2-3-mil-laudos-de-pacientes/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 02 jul. 2020.

VIGILÂNCIA digital contra o Covid-19: um mal necessário?. [S.n.t.]. vídeo (1h 09 min). Publicado pelo canal Lapin. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oBjQAfaf-xc>. Acesso em: 02 jul. 2020.

CAPÍTULO 9

TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E PANDEMIA: REFLEXOS E LIÇÕES NO CONTEXTO DA COVID-19



GUSTAVO DA SILVA MELO

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

<http://lattes.cnpq.br/4811990310711085>

JOÃO RICARDO BET VIEGAS

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

<http://lattes.cnpq.br/4257406343812098>

1 INTRODUÇÃO

A proteção dos dados pessoais se configura como um dos mais relevantes e atuais temas no direito brasileiro, sobretudo por se referir à privacidade dos cidadãos, elemento de suma importância no ordenamento jurídico do Brasil. Nesse sentido, foi aprovada, em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), estabelecendo diretrizes para a proteção de dados pessoais e consolidando regramentos antes esparsos na legislação nacional.

As tarefas de adequação à LGPD e de adaptação da sociedade ao microsistema de proteção de dados, que já eram árduas, tornaram-se ainda mais desafiadoras com a pandemia de COVID-19¹. Uma de suas principais consequências à disciplina foi o adiamento da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados para maio de 2021, nos

1 A Organização Mundial de Saúde classificou e declarou a pandemia do coronavírus em 11 de março de 2020. A esse respeito: WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

termos do artigo 4º da Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, bem como a prorrogação, para agosto de 2021, da vigência dos artigos que versam sobre as sanções da LGPD, conforme disposto no artigo 20 da Lei nº 14.014/2020.

Diante desse cenário de incertezas, oriundo tanto da crise causada pela COVID-19, quanto pelo adiamento da Lei Geral de Proteção de Dados, o presente trabalho busca justamente analisar os reflexos, em função desta pandemia, no tratamento de dados pessoais e identificar quais as lições a serem aprendidas a partir da forma com a qual o tema foi enfrentado pela jurisprudência neste insólito contexto. Para examinar essa questão, o trabalho será dividido em duas partes: na primeira, serão vistos alguns conceitos – fundamentos e princípios – relevantes para se compreender melhor a questão do tratamento de dados, tendo, muitos deles, sido discutidos pelo Poder Judiciário recentemente, como, exemplificativamente, a autodeterminação informativa, a privacidade, a finalidade, a adequação e a transparência.

Em um segundo momento, serão analisadas duas marcantes decisões envolvendo discussões a respeito do tratamento de dados pessoais durante a pandemia. O primeiro se refere ao julgamento do Supremo Tribunal Federal da medida cautelar requerida na ADIN 6.387/DF, que suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, vedando, assim, o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) durante o período da pandemia.

Já o segundo caso a ser observado é o que julgou improcedentes os requerimentos promovidos na Ação Popular nº 1020192-74.2020.8.26.0053, negando, dessa maneira, o pedido para que fosse suspensa a utilização do Sistema de Monitoramento Inteligente de São Paulo, ferramenta que se utiliza do georreferenciamento para medir o distanciamento social.

Será empregado, no presente artigo, o método dedutivo, com a pesquisa sendo realizada do ponto de vista teórico. Nesse sentido, a pesquisa bibliográfica englobará obras e artigos que versem sobre a privacidade e a proteção de dados pessoais, bem como, conforme já discorrido, julgados envolvendo discussões sobre a disciplina e a pandemia.

Dessa maneira, a presente pesquisa, através do caminho acima descrito, pretende debater tema de grande importância no direito brasileiro em tempos de crise causada pela COVID-19, com o intuito de analisar (sem, todavia, esgotar tal exame), os reflexos da pandemia no tratamento de dados pessoais. Trata-se, assim, de estudo introdutório que busca, acima de tudo, estimular o debate e contribuir com as discussões a serem travadas na academia e na sociedade.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS SOBRE O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRIVACIDADE E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Como já antecipado, o presente estudo não tem por objetivo esgotar qualquer dos temas que permeie a proteção de dados pessoais e sua flagrante relação com os desdobramentos da pandemia que assola o mundo enquanto este trabalho emerge. Na verdade, o que se procura é provocar, é refletir, é fomentar. Para tanto, breves notas sobre conceitos importantes merecem ser realizadas.

Apesar do crescimento da preocupação com a privacidade diante do avanço tecnológico (EL PAÍS, 2020), já em 1890, Samuel Warren e de Louis Brandeis tratavam do tema, evidentemente sob outra perspectiva. O célebre ensaio dos estadunidenses trazia consigo a noção de

que pensamentos, emoções e sensações exigiriam o reconhecimento e a proteção legais. Firmou-se, naquele momento, a partir da paradigmática expressão do Juiz Thomas Cooley, que os novos modelos de negócio da época apontavam ao próximo passo para assegurar o direito “*to be let alone*” (BRANDEIS; WARREN, 1890).

Desde Warren e Brandeis, que refletiam sobre noção essencialmente patrimonialista, “(...) a um espaço reservado de intromissões indesejadas.” (MONTEIRO FILHO; CASTRO, 2019, p. 326), muito vem sendo debatido acerca do entrelaçamento do conceito da privacidade e da proteção de dados pessoais. Em uma abordagem mais recente, Ellen Carina Sartori reflete: “(...) a privacidade atualmente pode ser conceituada como um conjunto de informações sobre o indivíduo, as quais ele tem liberdade para manter sob seu exclusivo controle, ou divulgá-las, cabendo-lhe, porém, decidir a quem, quando, onde, em que condições e qual a medida dessa divulgação.” (SARTORI, 2016).

Não por acaso, um dos aspectos centrais sobre a disciplina consiste na realização de análises dos dados obtidos e sua conversão em efetiva informação aproveitável. Para além da questão da divulgação em si, Ana Frazão demonstra a preocupação com a vigilância por agentes econômicos poderosos e comenta que “A violação da privacidade e dos dados pessoais torna-se, portanto, um lucrativo negócio que, baseado na extração de e na monetização de dados, possibilita a acumulação de um grande poder que se retroalimenta (...)”. (FRAZÃO, 2019, p. 29).

Inclusive, Monteiro Filho e Castro apontam que, em uma sociedade com as características hoje observadas, a privacidade distancia-se do conceito de intimidade e projeta-se no controle do titular sobre seus dados pessoais (MONTEIRO FILHO; CASTRO, 2019). Ao que toca especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo fortalecida a compreensão de que o paradigma social exige uma interpretação constitucional mais completa, “(...) mais fiel ao nosso tempo (...)”, o

que passaria pela integração dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal (DONEDA, 2011).

Sob essa perspectiva, ainda que se anseie por definições no âmbito jurisprudencial e até legislativo sobre a consolidação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, parece consenso quanto a existência de íntima ligação da noção mais atual de privacidade e do controle dos próprios dados pessoais. Fala-se, assim, do conceito de autodeterminação informacional, um dos fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais (artigo 2º, II, da LGPD).

Sobre este aspecto, parte relevante da doutrina reconhece que o conceito de autodeterminação informacional teria sido cunhado em julgamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1983. Na oportunidade, analisava-se a denominada “Lei do Censo”, através da qual o Estado coletaria um grande número de informações para cotejo com os registros oficiais, sendo que a negativa em prestá-las geraria sanções. Em veredito, constatou-se a inconstitucionalidade parcial da legislação “(...) sob o argumento principal de que, caso os dados recolhidos fossem e utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, que impediria o cidadão de conhecer o efetivo uso de suas informações.” (RUARO, 2011).

Acerca do tema, Bruno Bioni compreende “(...) o conceito de autodeterminação informacional como o direito do usuário ter controle sobre todos os movimentos de seus dados pessoais.” (BIONI, 2014). Parece possível afirmar, nesse sentido, que a autodeterminação informativa, ou informacional, ostenta o caráter de verdadeiro pressuposto ao arcabouço jurídico protetivo e está intimamente ligado à concepção atual de privacidade: o direito do titular em escolher o que é feito com seus próprios dados. Bem destaca Thiago Sombra que o direito de acesso – e aqui a noção de transparência – à utilização destes dados pessoais

consiste em ferramenta de empoderamento do titular e está inserido na autodeterminação informativa (SOMBRA, 2019).

Percebe-se, com efeito, uma alteração na própria noção do que é privacidade. Se em um primeiro momento, o conceito envolvia uma dimensão mais retraída, isto é, vinculada a estancar intromissões à seara da intimidade; hoje, contudo, parece ir além. Tem-se na ampliação da compreensão sobre a privacidade, decorrente em grande parte do avanço tecnológico, uma preocupação com as informações pessoais propriamente ditas, com seu destino e com sua análise. Sobre o tema, Laura Schertel Mendes ressalta que a nova interpretação da privacidade faz com que o conceito se vincule a outros direitos fundamentais, denotando a importância de promover tal distinção: “Por fim, a privacidade, antes ligada exclusivamente a um ideal de liberdade, passa a se vincular também a outros direitos fundamentais, como a igualdade, em razão do crescente risco de discriminação pelo Estado e pelo mercado.” (MENDES, 2011).

Não raras vezes, a título exemplificativo, a relação entre a proteção dos dados pessoais, a privacidade, a igualdade e o controle pode ser evidenciada no mercado de consumo, meio inclusive muito fértil aos bons e maus usos das análises de dados. Sobre o tema, destaca Bruno Miragem: “O acesso e utilização dos dados pessoais compreende um dos principais ativos empresariais na sociedade contemporânea e, ao mesmo tempo expressão dos riscos à privacidade frente às novas tecnologias da informação, repercutindo por isso, amplamente, no mercado de consumo e, conseqüentemente, sobre o direito do consumidor.” (MIRAGEM, 2019).

Em síntese, apesar da Lei Geral de Proteção de Dados ainda não ostentar vigência, fato é que a compreensão de privacidade, de autodeterminação informativa e de proteção de dados como direitos fundamentais vem sendo ampliada e uma nova interpretação sobre estes conceitos vem sendo construída a partir de elementos do ordenamento

jurídico vigente. A exemplo de outros temas aligeirados pelo advento da pandemia de COVID-19, é possível observar que a utilização de dados pessoais se tornou ainda mais incisiva, aumentando-se, via de consequência, o debate a seu respeito.

2.2 PRINCÍPIOS DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

A partir das reflexões, ainda que breves, acerca da ampliação do conceito de privacidade e da autodeterminação informativa, enxerga-se que a necessidade de proteger dados pessoais consiste em uma das tônicas da sociedade. Por outro lado, no atual estágio das relações econômicas, é inegável a gradativa relevância que vem recebendo o tratamento de dados pessoais, seja para personalização da prestação de serviços, para melhorias de algoritmos, ou até mesmo para investigações cibernéticas.

Além dos já mencionados dispositivos constitucionais sobre a preservação da intimidade e da vida privada (art. 5º, X) e do sigilo de comunicações telefônicas e telegráficas (art. 5º, XII), relaciona-se à disciplina a previsão de *habeas data* (art. 5º, LXII), e sua regulamentação pela Lei nº 9.507/97, um instrumento para a obtenção de informações e documentos aos quais não se tenha pronto acesso. No âmbito infraconstitucional, Danilo Doneda ressalta que “(...) há disposições esparsas, seja no direito civil, bem como outras de natureza processual, penal, comercial, tributárias e outras normas setoriais nas quais algum aspecto de proteção da privacidade assume relevo.” (DONEDA, 2019, p. 260).

Independentemente da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, o desenho jurídico, seja a partir da análise doutrinária, da elaboração legislativa, ou da interpretação jurisprudencial, aponta para a necessidade de observação de princípios que refletem verdadeiras condições para o tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, em seu artigo 6º,

a LGPD apresenta dez princípios a serem observados, já apresentando breve descrição sobre seu conceito.

O presente estudo, como já adiantado, não possui a pretensão de esgotar a discussão sobre a proteção de dados pessoais, buscando compilar notas introdutórias sobre temas que fundamentam esta proteção e breves considerações sobre princípios que dirigem o tratamento, para, em segundo momento, valendo-se destas ponderações para refletir sobre o andamento jurisprudencial encaminhado ao longo da pandemia de COVID-19. Para tanto, entende-se por proveitosa a conceituação ampla, neste ponto, de alguns princípios relevantes ao tratamento de dados, dos quais os Tribunais, antes mesmo da vigência plena da LGPD, vêm se valendo para subsidiar a tutela da questão, como a finalidade, a adequação, a necessidade e transparência.

Sabe-se que a LGPD em muito tomou por base as disposições do GDPR, não sendo diferente quanto à definição dos princípios básicos para o tratamento de dados pessoais. Quanto à finalidade, a previsão do art. 5º, 1, b², da normativa europeia é extremamente similar à disposição do art. 6º, I, da LGPD³. Trata-se, aqui, da compreensão de que o tratamento de dados pessoais deverá ocorrer sempre com vinculação a seu propósito e a ele limitado. Emerge daí, inclusive, a importância de que os fins do tratamento de dados pessoais sejam específicos e determinados.

O princípio da finalidade consiste, nesse passo, no estabelecimento de limites dos propósitos, ou, em outras palavras: “(...) exige que

2 (...) b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.o, n.o 1 («limitação das finalidades»);

3 I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

seja respeitada a correlação entre o tratamento dos dados e a finalidade informada.” (BELLIZE OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 73). Nesse sentido, observam-se três eixos centrais a caracterizarem a finalidade. Esta deve ser específica, sendo os objetivos do tratamento precisos e totalmente identificados antes ou no momento em que ocorra; deve ser explícita, ou nitidamente revelada e expressa, garantindo ciência aos envolvidos; e legítima, requisito amplo a ser verificado no contexto do próprio tratamento (VAINZOF, 2018, p. 57).

Parece possível afirmar, sob esta perspectiva, que a noção de finalidade está diretamente vinculada ao conceito de limite do tratamento de dados pessoais. Nessa perspectiva, o Grupo de Trabalho do artigo 29º, órgão consultivo europeu com alusão ao dispositivo da Diretiva 95/46/CE, emitiu a *Opinion 03/2013*, intitulada de “*Purpose Limitation*”, documento no qual caracteriza a especificação de finalidade como um ponto central em toda a moldura de proteção de dados pessoais⁴. Tão grande é a relevância deste princípio, destaca Danilo Doneda, que é a partir dele que se fundamenta a restrição de transferência de dados pessoais a terceiros por exemplo (DONEDA, 2019).

Avançando, outro princípio caro ao legislador sobre a proteção de dados pessoais é o da adequação, o que, como se verá, também foi observado na jurisprudência construída sobre o tema durante a pandemia de COVID-19. Com previsão expressa no artigo 6º, II, da LGPD⁵

4 “(...) *Personal data must be collected for specified purposes. The controller must therefore carefully consider what purpose or purposes the personal data will be used for, and must not collect personal data which are not necessary, adequate or relevant for the purpose or purposes which are intended to be served. Purpose specification lies at the core of the legal framework established for the protection of personal data. In order to determine whether data processing complies with the law, and to establish what data protection safe guards should be applied, it is a necessary precondition to identify the specific purpose(s) for which the collection of personal data is required. Purpose specification thus sets limits on the purposes for which controllers may use the personal data collected, and also helps establish the necessary data protection safe guards. (...)*”

5 II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

e no artigo 5º, 1, c, do GDPR⁶, o princípio da adequação “(...) visa preservar a vinculação necessária entre a finalidade de utilização dos dados informada ao titular e seu efetivo atendimento na realização concreta do tratamento de dados.” (MIRAGEM; PETERSEN, 2020).

Trata-se, em linhas gerais, de que o tratamento de dados pessoais seja efetivamente adequado aos objetivos informados. Bruno Miragem destaca, ainda, no bojo da análise do princípio da adequação, “(...) a situação de confiança que se cria do estrito atendimento dos termos da informação prévia ao consentimento ou do uso informado.” (MIRAGEM, 2019). Com efeito, parece possível afirmar que, por princípio, o tratamento de dados pessoais desalinhado à finalidade ultraja o próprio princípio da adequação e, também, a confiança que o titular legitimamente deveria ter quanto ao uso de seus dados pessoais.

Vincula-se aos princípios acima referidos, o da necessidade. Previsto no artigo 6º, III, da LGPD⁷, ele exprime a concepção de que os dados pessoais deverão ser tratados em quantidade e duração mínimas necessárias para atendimento da finalidade. É dizer, na verdade, que “(...) o *controller* deve limitar a coleta de dados pessoais ao que é diretamente relevante e necessário para atingir um propósito específico, retendo tais dados apenas pelo tempo que for necessário para cumprir esse propósito.” (VAINZOF, 2018, p. 61).

Em outras palavras, o ordenamento jurídico rechaça a utilização exagerada de dados pessoais, garantindo ao titular de dados o direito de ver eliminados os dados pessoais desnecessários ou excessivos à finalidade (art. 18, IV, da LGPD), ou quando o tratamento tenha sua finalidade atingida ou o período de tratamento esteja encerrado (art. 15 da LGPD). Além disso, enxerga-se a preocupação específica com o

6 c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»);

7 III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

tratamento de dados pessoais mediante bases legais específicas, como o interesse legítimo do controlador, uma vez que, no art. 10, §1º, da LGPD⁸, impõe ainda mais rigor quanto aos dados estritamente necessários à finalidade.

Cabe observar, por oportuno, que não somente os dados pessoais tratados devem ser limitados ao patamar mínimo necessário ao alcance da finalidade, como devem estar atualizados e corretos. Fala-se do princípio da exatidão, “(...) pelo qual os dados armazenados devem ser fiéis à realidade, o que compreende a necessidade de que a coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção, e de que sejam realizadas atualizações periódicas conforme a necessidade.” (DONEDA, 2019, p.182), ou do princípio da qualidade dos dados, que “(...) exige que os dados sejam objetivos, exatos e atualizados.” (BELLIZE OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 76).

Como já mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a concepção da autodeterminação informativa, elemento que, hoje, consiste em verdadeiro fundamento à proteção dos dados pessoais. Para consolidá-la, então, faz-se necessárias a efetiva transparência quanto ao uso destes dados. Eis um dos princípios de maior relevância na disciplina, previsto no art. 6º, VI, da LGPD⁹ e no art. 5º, 1, a, do GDPR¹⁰.

Em concepção ampla, o princípio da transparência diz respeito ao caráter imperativo de que o tratamento de dados, em todas as suas facetas e etapas, seja visível e compreensível ao titular. Fala-se, aqui, na possibilidade de que o titular obtenha, de forma fácil, informações concisas, em linguagem clara, sobre a finalidade, a extensão e a res-

8 § 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

9 VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

10 a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados («licitude, lealdade e transparência»);

ponsabilidade acerca do tratamento dos dados pessoais em relação aos quais ostentam a titularidade (VAINZOF, 2018).

Evidentemente, o princípio da transparência em muito se vincula ao do livre-acesso (art. 6º, IV, da LGPD)¹¹ e, juntos, empoderam os titulares, mitigando a disparidade usual em relação aos controladores (SOMBRA, 2019). É a partir das noções de transparência e de livre-acesso que diversos outros direitos previstos na LGPD tornam-se possíveis, como de retificação, de exclusão, de revisão de decisões automatizadas e de portabilidade de dados (*idem*, p. 174).

Diante do vasto e complexo arcabouço jurídico que busca tutelar a proteção de dados pessoais, o presente tópico tem por objetivo provocar a reflexão quanto a fundamentos e princípios centrais da disciplina, muitos deles identificados pela jurisprudência no contexto da pandemia de COVID-19. Não se ignora, certamente, a existência e a relevância de outros princípios aqui não abordados ou aprofundados, como a segurança, a prevenção e a não-discriminação, por exemplo, os quais, pelo recorte do tema e pelo caráter introdutório deste estudo, serão objeto de provocações e reflexões futuras.

3 A EXPERIÊNCIA DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

3.1 ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.387 DO DISTRITO FEDERAL

Quanto aos casos envolvendo o tratamento de dados pessoais durante o período de pandemia da COVID-19 no Brasil, destacam-se duas decisões: a que deferiu a medida cautelar na ADIN 6.387/

11 IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

DF, suspendendo a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, e a que julgou improcedentes os pedidos da Ação Popular nº 1020192-74.2020.8.26.0053, negando a suspensão da utilização do Sistema de Monitoramento Inteligente de São Paulo.

A respeito da primeira decisão mencionada, a fim de compreendê-la melhor, faz-se necessário realizar uma breve abordagem sobre a Medida Provisória nº 954/2020. Em síntese, ela prevê, em seu artigo 2º, que as empresas de telecomunicação prestadoras do serviço de telefonia fixa e móvel deveriam disponibilizar ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, sejam pessoas físicas, sejam jurídicas.

Conforme se verifica da explicação disponível no site do Congresso Nacional a respeito dessa medida, ela teria sido criada para que os dados compartilhados fossem utilizados pelo IBGE para a produção estatística oficial, em que, em função da pandemia, seriam realizadas entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares (BRASIL, CONGRESSO NACIONAL, 2020). Contra tal Medida Provisória, foram ajuizadas junto ao Supremo Tribunal Federal cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pelo Partido Comunista do Brasil (PCB) e a, a ADIN 6.387/DF, de maior destaque, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que requereu, além da declaração da sua inconstitucionalidade, a suspensão, de forma cautelar, da sua eficácia.

Essa medida cautelar foi, por maioria, deferida pelo Supremo Tribunal Federal, suspendendo, portanto, a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, em que se destaca o voto vencedor da Relatora Ministra Rosa Weber. Em sua fundamentação, no que concerne à questão da autodeterminação informativa e privacidade, positivadas no art. 2º, I e

II, da Lei nº 13.709/2018, a Ministra afirma que há o entendimento de que a privacidade somente pode ceder em face de justificativa consistente e legítima.

Acrescenta que se faz necessário analisar se a Medida Provisória, ao dispor sobre a disponibilização dos dados pessoais de todos os consumidores dos serviços de telefonia fixa e móvel pessoal, teria excedido os limites da autodeterminação e privacidade. Para tanto, ela passa a analisar a questão da finalidade da Medida Provisória. Nesse sentido, a Ministra fundamenta que tal arcabouço legislativo não delimitou o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, já que se limitou a declarar que “os dados em questão serão utilizados exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.”

Além disso, sustenta que não se verifica a necessidade e a adequação da Medida Provisória, já que não se vislumbra interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. Nesse sentido, acrescenta que a Medida Provisória nº 954/2020 não definiu de maneira apropriada como e para que seriam utilizados os dados coletados.

Quanto à transparência, alega que a Medida Provisória não demonstrou mecanismo técnico ou administrativo capaz de conceder proteção aos dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, tanto na transmissão, quanto no tratamento dos dados. Acrescenta que não houve nenhuma previsão de qualquer exigência no que toca a mecanismos e procedimentos de maneira a garantir o sigilo, a higidez e o anonimato dos dados compartilhados.

Além de não se verificar a adequação, necessidade e transparência, a Ministra acrescenta que, embora aprovada, ainda não está em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Dessa forma, não haveria um regramento específico para definir os critérios de respon-

sabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em função do tratamento de dados pessoais.

A análise realizada pela Ministra Relatora destaca a importância de que o tratamento de dados pessoais ocorra a partir de finalidade específica, delimitação de sua amplitude, limitação ao mínimo necessário e de proporcionalidade. Sob essa perspectiva, a Medida Provisória nº 954/2020 foi avaliada como genérica e sem a apresentação de mínimas garantias de tratamento adequado dos dados pessoais, circunstância agravada pelo fato de que as penalidades ainda não estão em vigor, uma vez que a LGPD ainda não está vigente. Destaca-se, ainda, a necessidade de relatório de impacto prévio, de transparência na decisão de finalidade e no uso dos dados pessoais.

Em síntese, a Ministra Relatora observou que a Medida Provisória nº 954/2020, ao não explicar qual o seu intuito de uma forma específica, qual o interesse público para sua aplicação e qual mecanismo técnico que teria para a proteção dos dados pessoais, não demonstrou, respectivamente, a finalidade, adequação e transparência no tratamento de dados dos usuários de telefonia.

No que tange ao aspecto da adequação, que, consoante já visto, refere-se a dados pessoais que sejam efetivamente adequados aos objetivos informados, cabe destacar que não há que se falar em adequação quando os objetivos sequer foram informados aos usuários de telefonia. Além disso, observa-se que o critério da necessidade – em que, conforme já observado no presente trabalho, os dados deverão ser tratados em quantidade e duração mínimas para o atendimento da finalidade – não foi preenchido. Isso porque o IBGE, tratando-se de um instituto de estatísticas, utiliza em seu método a amostragem. Assim, não se mostra necessário a disponibilização dos dados pessoais de todos os consumidores de telefonia móvel e fixa.

Ademais, a Ministra questionou se a Medida Provisória não teria excedido os limites da autodeterminação informativa ao dispor

sobre a disponibilização dos dados pessoais de todos os usuários dos serviços de telefonia. Nesse sentido, conforme já visto, a autodeterminação informativa se refere ao direito do titular em escolher o que é feito com seus próprios dados. Nessa ótica, Bruno Miragem entende que, pela autodeterminação informativa, somente se poderia admitir o uso dos dados na hipótese de autorização legal ou da concordância do titular dos dados (MIRAGEM, 2019, p. 176).

No presente caso, pode-se afirmar que a Medida Provisória excedeu os limites da autodeterminação informativa, uma vez que não haveria o consentimento dos usuários de telefonia para que os seus dados fossem disponibilizados ao IBGE, bem como a autoridade legal que daria suporte a esse tratamento, que seria a própria Medida Provisória, carece de finalidade, adequação e transparência, conforme já visto.

Dessa maneira, embora ainda não tenha entrado em vigor, pode-se afirmar, utilizando a fundamentação do presente acórdão como amostragem, que haverá uma grande exigência para que os critérios estabelecidos na LGPD sejam cumpridos. Assim, a finalidade da utilização dos dados, por exemplo, deverá ser bastante delimitada e explícita, bem como o controlador responsável pelo tratamento dos dados terá que demonstrar os mecanismos técnicos para garantir a sua proteção.

Essa premissa – de que haverá uma enorme exigência para que as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados sejam respeitadas – mostra-se positiva, uma vez que evidencia a preocupação do Poder Judiciário com uma efetiva proteção aos dados pessoais dos cidadãos. Contudo, conforme bem observado pela Ministra, deve-se atentar para o fato de que a LGPD ainda está na *vacatio legis*. Outrossim, entende-se que a sua entrada em vigor indicaria critérios mais claros para intensificar a proteção aos dados pessoais, pois haveria, no ordenamento jurídico brasileiro, um maior embasamento legal vigente para dar suporte a eventuais decisões a respeito da matéria que adentrassem o Judiciário,

além de dar maior segurança jurídica aos agentes envolvidos no tratamento de dados pessoais.

3.2 ANÁLISE DO JULGAMENTO NA AÇÃO POPULAR Nº 1020192-74.2020.8.26.0053

No que tange à análise da decisão prolatada nos autos da Ação Popular nº 1020192-74.2020.8.26.0053, que julgou improcedentes os pedidos da demanda, importante realizar uma breve explicação do Sistema de Monitoramento Inteligente de São Paulo (SIMI). Instituído pelo Decreto nº 64.963, de 05 de maio de 2020, ele constitui, conforme art. 1º deste Decreto, “em ferramenta de consolidação de dados e informações coligidos por órgãos e entidades da Administração Pública estadual” (SÃO PAULO, 2020).

Além disso, conforme parágrafo único do art. 1º do referido Decreto, o SIMI tem como função auxiliar na formulação e na avaliação das ações do Estado de São Paulo para enfrentamento da pandemia da COVID-19, dispondo que não conterà dados pessoais, definidos nessa legislação como aqueles relacionados à pessoa natural, identificada ou identificável, limitando-se a dados anonimizados (SÃO PAULO, 2020). Ainda, consoante disponibilizado no sítio eletrônico do governo de São Paulo, o SIMI origina-se de uma parceria entre as operadoras de telefonia, em que o governo de São Paulo utiliza dados digitais disponibilizados por estas para medir a adesão à quarentena em todo o Estado, captando informações sobre os percentuais de isolamento e de aglomeração vinculados a cada antena de telefonia móvel¹².

Nesse sentido, foi ajuizada Ação Popular, de nº 1020192-74.2020.8.26.0053, em face do Estado de São Paulo, em que o reque-

12 SÃO PAULO. Governo de São Paulo apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus. <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contra-coronavirus/>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

rente postulou, liminarmente, o cancelamento do acordo entabulado entre as operadoras de telefonia e o governo estadual e, no mérito, a confirmação desta liminar. Em sua fundamentação, o autor alegou que tal acordo poderia dar ensejo à violação do direito de reunião e de intimidade.

Após ser indeferida a liminar, foi proferida, em 22 de junho de 2020, sentença julgando a improcedência do pleito autoral. Em sua fundamentação, o juiz afirma que não há qualquer violação à privacidade dos cidadãos, uma vez que os dados disponibilizados pelas operadoras de telefonia se limitam a mapas de calor. Justifica que se trata, pois, de dados estatísticos de aglomerados, em que se utiliza apenas o georreferenciamento, e não dados individuais, tendo em vista que nenhuma conversa pessoal de qualquer usuário, por exemplo, é atingida por esse sistema.

Acrescenta que o método utilizado pelo SIMI se baseia “na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e serve, no caso, para o acompanhamento da epidemia, como um guia do gestor público na alocação dos recursos para o combate do coronavírus.”

Verifica-se que a fundamentação da decisão que reconheceu a regularidade do SIMI se baseou principal e expressamente na inexistência de violação à privacidade dos cidadãos, não analisando os outros conceitos examinados pela Ministra Rosa Weber no julgamento da ADIN 6.387/DF e trabalhados no presente artigo – até porque a alegação da requerente na sua petição inicial foi somente no sentido de que o SIMI violaria a intimidade, conceito que é mais ligado à privacidade.

Conforme já visto no primeiro tópico do presente trabalho, a privacidade se refere a um conjunto de informações sobre o indivíduo, as quais ele tem liberdade para manter sob seu exclusivo controle. Em outras palavras, vincula-se à expectativa legítima do titular do direito em ter preservada, sob determinadas condições, informações a seu respeito da exposição pública (MIRAGEM, 2019).

No caso analisado, esse conjunto de informações, qual seja, o conteúdo da conversa dos celulares dos usuários, não seria monitorado pelo SIMI, uma vez que tal sistema só utiliza o georreferenciamento dos cidadãos. Inclusive, conforme já visto, o parágrafo único do artigo 1º do Decreto nº 64.963/2020 é expresso ao afirmar que o SIMI não conterà a utilização dos dados pessoais dos usuários. Assim, houve o entendimento de que a utilização desse sistema pelo governo de São Paulo não violaria a privacidade.

Verificam-se, ainda, outros dois aspectos interessantes a serem examinados na presente sentença. O primeiro é que a decisão, ao afirmar que o monitoramento do SIMI se baseia na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), utilizou como embasamento lei que, embora aprovada, ainda não está em vigor. Todavia, conforme já visto na análise da decisão anterior, a Ministra Rosa Weber atentou para o fato de não ser possível a responsabilização dos agentes por eventuais danos em virtude do tratamento de dados pessoais por meio dos critérios específicos da LGPD, justamente porque tal Lei ainda não está em vigor, não havendo, portanto, um regramento esmiuçado para definir os parâmetros de tratamento e de responsabilização. Assim, por analogia, entende-se que, embora a LGPD possa ser usada na elaboração argumentativa, não parece ser adequada sua utilização como fundamento legal, como na sentença que julgou improcedente a ação popular.

O segundo aspecto é que, na sua fundamentação, a sentença afirmou que o direito à proteção de dados se trataria de um direito fundamental. Todavia, ainda que o STF tenha firmado posicionamento nesse sentido na Medida Cautelar da ADI nº 6.837, destaca-se que não há essa positivação no texto da Constituição Federal, tão somente a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17, de 2019, que objetiva incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, e

que, atualmente, aguarda apreciação em plenário da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, Laura Schertel Mendes entende que o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais constitui um passo necessário para a concretização da Constituição Federal, tratando-se de um desenvolvimento natural do direito à privacidade, que ocorre inevitavelmente a partir das novas demandas sociais originadas na sociedade da informação (MENDES, 2011). Ainda, a título comparativo, a proteção de dados pessoais já consta como um direito fundamental na União Europeia desde o ano 2000, conforme se observa do artigo 8º da sua Carta dos Direitos Fundamentais (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Em síntese a esse ponto, observa-se que a sentença utilizou como principal fundamento o fato de que o SIMI não violou a privacidade dos cidadãos; baseou-se na Lei Geral de Proteção de Dados, ainda que ela não tenha entrado em vigor; e afirmou que o direito à proteção de dados pessoais seria um direito fundamental, embora não esteja assegurado na Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

A pandemia causada pela COVID-19 evidenciou não só a importância do tratamento de dados para o seu combate (como, por exemplo, a utilização do SIMI para o monitoramento do isolamento social), mas também os parâmetros a partir dos quais o Poder Judiciário enfrentará as demandas envolvendo a proteção dos dados pessoais, principalmente quanto à aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Nesse sentido, após breve exame sobre conceitos fundamentais do tratamento de dados no Brasil, como privacidade, autodeterminação informativa, finalidade, adequação e outros, o presente estudo retratou

considerações acerca dos dois precedentes mais importantes, até o momento, quanto ao tratamento de dados pessoais durante a pandemia.

Ao apreciar a medida cautelar requerida na ADIN 6387/DF, Supremo Tribunal Federal entendeu por suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, uma vez que ela não teria observado os aspectos de privacidade e autodeterminação informativa dos titulares de dados, nem de adequação, finalidade e transparência do tratamento de dados dos usuários de telefonia fixa e móvel. A ação popular nº 1020192-74.2020.8.26.0053, por sua vez, teve seus pedidos julgados improcedentes, uma vez que o magistrado entendeu que o Sistema de Monitoramento Inteligente não estaria violando a privacidade dos consumidores de telefonia, pois utilizaria apenas o georreferenciamento para verificar o isolamento social, e não os dados pessoais destes usuários.

Ponto importante é o fato de que ambas as decisões utilizaram em suas fundamentações diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados, embora esta ainda não tenha entrado em vigor – conforme, inclusive, bem apontado pela Ministra Rosa Weber no seu voto, ao afirmar não ser possível a aplicação das penalidades lá previstas neste momento, por exemplo. Ademais, quanto ao precedente da ADIN 6387/DF, observa-se que ele é de suma importância, uma vez que indica que haverá uma grande exigência por parte do Judiciário para que as diretrizes da LGPD sejam rigorosamente cumpridas. A preocupação com a proteção de dados pessoais resta evidenciada pela postura do STF na decisão examinada.

Parece possível, assim, concluir que o Poder Judiciário, a partir da altiva postura do Supremo Tribunal Federal, imprimirá rígidos contornos ao tratamento de dados pessoais, valendo-se de conceitos previstos na LGPD, mas também em normas esparsas no ordenamento brasileiro. Vê-se, ainda, que o reconhecimento da dimensão positiva da proteção de dados pessoais, manifesta na autodeterminação informativa, será consolidada como um direito fundamental, o que, até a conclu-

são do trâmite das propostas de emendas constitucionais, será baseado na interpretação do artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

Nesse passo, de qualquer forma, apesar do esforço interpretativo dar vigência aos princípios de tratamento de dados pessoais, entende-se ser benéfica a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados o quanto antes, justamente para garantir respaldo legal ainda mais consistente na resolução de demandas que forem apresentadas ao Judiciário a respeito da matéria e para dar maior segurança jurídica aos sujeitos envolvidos no tratamento de dados, e não, em sentido contrário, o adiamento desta lei, como ocorreu em função da Medida Provisória nº 959/2020.

Destaca-se que o período de pandemia acelerou a submissão do tema da proteção de dados pessoais ao Poder Judiciário, e, tendo em vista que não se sabe a dimensão de todos os desdobramentos da crise decorrente da COVID-19 e até quando serão sentidos os seus efeitos, é possível que novas ações judiciais envolvendo tratamento de dados durante a pandemia sejam ajuizadas. Via de consequência, seria importante a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados por dois principais motivos: a maior clareza quanto ao regramento que envolve a proteção de dados pessoais e a proteção dos direitos dos usuários e o aprofundamento do subsídio legal ao Poder Judiciário na busca da concretização do direito fundamental já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, como se mencionou ao início desta breve exposição, o presente trabalho não busca esgotar o tema, mas justamente o oposto. Pretende-se, na verdade, fomentar o debate quanto ao que virá. Certamente, a evolução da disciplina de proteção de dados pessoais vem em constante desenvolvimento e é inegável que o contexto de pandemia de COVID-19 acelerou algumas discussões sobre o assunto e apresentou soluções que ainda ensejam profundas reflexões.

5 REFERÊNCIAS

BELLIZE OLIVEIRA, Marco Aurélio; LOPES, Isabela Maria Pereira. **Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Orgs.) **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 53-82.

BIONI, Bruno Ricardo. **O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores: convergências e divergências a partir da análise da ação coletiva promovida contra o Facebook e o aplicativo “Lulu”**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 94/2014, pp. 283-324. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição nº 17/2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 03/07/2020.

_____. Congresso Nacional. **Medida Provisória nº 954/2020**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141619>>. Acesso em: 05/07/2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação Popular nº 1020192-74.2020.8.26.0053**. Juiz Luiz Manoel Fonseca Pires, 3ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, julgado em 22/06/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF**. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 24/04/2020.

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

_____. **Lei nº 13.709/2018**. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 15 de agosto de 2018.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.

_____, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

EL PAÍS. **EUA multam Facebook em 5 bilhões de dólares por violar privacidade dos usuários.** Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/12/economia/1562962870_283549.html>. Acesso em 02/07/2020

FRAZÃO, Ana. **Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções Introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados.** In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Orgs.) *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.* São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 23-52.

MENDES, Laura Schertel. **A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais.** In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beat (Orgs.) *Novas tendências do direito do consumidor: rede Alemanha-Brasil de pesquisa em direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Laura Schertel. **O direito fundamental à proteção de dados pessoais.** *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79/2011, pp. 45-81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **A lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor.** *Revista dos Tribunais*, vol. 1009/2019, pp. 173-222. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____, Bruno. PETERSEN, Luiza. **O contrato de seguro e a Lei geral de proteção de dados.** *Revista dos Tribunais*, vol. 1018/2020. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; CASTRO, Diana Paiva. **Potencialidades do direito de acesso na nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018).** In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Orgs.) *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.* São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 323-343.

RUARO, Regina L. RODRIGUEZ, Daniel P. **O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 53. Curitiba, 2011.

SÃO PAULO. **Decreto nº 64.963/2020.** Institui o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente - SIMI, destinado ao enfrentamento da pandemia da COVID-19, e dá providências correlatas. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, SP, 05 de maio de 2020.

_____. **Governo de São Paulo apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus.** <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contra-coronavirus/>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

SARTORI, Ellen C. M. **Privacidade e dados pessoais: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 9/2016. pp. 49-104. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, de 07/11/2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 04/07/2020.

_____. **Directiva 95/45/CE**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>>. Acesso em 03/07/2020.

_____. **Opinion 03/2013**. Grupo de Trabalho do art. 29. Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf>. Acesso em: 05/07/2020.

_____. **Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – Regulamento UE 2016/679**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em 03/07/2020.

VAINZOF, Rony. **Dados pessoais, tratamento e princípios**. In. MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato (Orgs.). Comentários ao GDPR – Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. pp. 37-84.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. Harvard Law Review, vol. 4, nº 5. 1890. pp. 193-220. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=11#metadata_info_tab_contents>. Acesso em 01/07/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020**. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

CAPÍTULO 10

CONTROLE JURÍDICO DAS FAKE NEWS NA PANDEMIA: A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 14.268/2020 DO ESTADO DA BAHIA



MARIANA RIBEIRO DE ALMEIDA

Universidade Federal da Bahia - UFBA

<http://lattes.cnpq.br/7099369240969045>

1 INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa abordado neste capítulo parte da investigação a respeito da constitucionalidade da Lei nº 14.268/2020 do Estado da Bahia (BAHIA, 2020b), que estabelece a aplicação de sanção a quem, ilicitamente, divulga informações falsas sobre epidemias, endemias e pandemias no referido Estado. O problema em questão guarda relevância teórica e prática, pois o controle jurídico da divulgação de informações falsas, designadas como *fake news*, é objeto de intensos debates legislativos, jurisprudenciais e doutrinários, a nível nacional e internacional.

Na esfera federal, o projeto de lei que visa combater a disseminação de notícias falsas em redes sociais, PL 2.630/2020 (BRASIL, 2020c), foi aprovado pelo Senado no final de junho de 2020 e encaminhado à Câmara dos Deputados. Além disso, a crise sanitária sem precedentes, decorrente da pandemia do coronavírus, adiciona nova perspectiva à discussão, sobretudo diante de sua gravidade no Brasil.

2 CONTEXTO DE EDIÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 14.268/2020

Para que se possa analisar a constitucionalidade da Lei Estadual baiana nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b), é necessário caracterizar o contexto de sua publicação, a partir das noções teóricas a respeito do fenômeno das *fake news*; das medidas adotadas até então para o seu controle jurídico, e, ainda, do panorama visualizado a partir da pandemia decorrente do coronavírus.

2.1 FAKE NEWS E SEU CONTROLE JURÍDICO

Para Wardle e Derakhshan (2017), a informação pode ser classificada como: a) *Misinformation*: informação falsa, mas não gerada com o intuito de causar danos; b) *Disinformation*: informação falsa, criada dolosamente com a intenção de prejudicar pessoas, grupos sociais, organizações ou países e; c) *Mal-information*: empregada para infligir danos a pessoas, grupos sociais, organizações ou países, diferindo da desinformação por se tratar de informação baseada na realidade com acréscimo de falso contexto, como ocorre na divulgação de uma notícia falsa baseada em uma fotografia verdadeira, por exemplo. Nessa perspectiva, a noção de *fake news*, termo em inglês para “notícias falsas”, abrange as duas últimas categorias acima.

O dicionário de Cambridge (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2020) define *fake news* como histórias falsas que, por meio da aparência de notícias jornalísticas, são espalhadas pela *internet* ou por outras mídias, sendo geralmente criadas para funcionar como piadas ou influenciar pontos de vista políticos, sendo notória a preocupação com o poder das notícias falsas em afetar os resultados eleitorais.

Segundo Carvalho e Kanffer (2018), as *fake news* correspondem a uma espécie de “imprensa marrom” (*yellow journalism*), deliberadamente veiculando conteúdos falsos, com a intenção de obter algum tipo

de vantagem, seja financeira, seja política, seja eleitoral. Assim, seriam indispensáveis três características para definição das *fake news* como figura jurídica: falsidade, dolo e dano.

O fenômeno em questão está atrelado ao recrudescimento da *internet* como ferramenta de ampla utilização pela sociedade. Conforme apontam Lobo, Paixão e Silva (2018), “o fenômeno da *fake news* e da pós-verdade só foi possível através da *internet*, já que esse meio ajuda a disseminar com mais rapidez e abrangência informações inverídicas, podendo, dessa forma, influenciar comportamentos e até resultados eleitorais, o que atinge diretamente o Estado Democrático de Direito”¹. No mesmo sentido é a lição de Cruz (2017, p. 116):

É justamente a abertura de comunicação proporcionada pelas redes sociais que ensejou um terreno fértil para o exercício da liberdade de expressão. A chance de publicar algo que possa ser lido e visualizado por muitas pessoas fez com que se disseminasse a noção de que a rede social seria o mais democrático instrumento possível. Agora não apenas alguns teriam o direito de voz, historicamente tão associado a veículos de acesso limitado, como revistas e jornais; o exercício de participação passa a ser por todos desfrutado, bastando, para tanto, dispor de um dispositivo conectado à rede mundial de computadores.

Três acontecimentos históricos deram ênfase ao fenômeno das *fake news*: a eleição do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, em 2016; o referendo do Brexit, que decidiu pela saída da Grã-Bretanha da União Europeia, naquele mesmo ano; e, no Brasil, as eleições para a Presidência da República, em 2018, que foram marcadas pela intensa divulgação de *fake news* nas redes sociais.

1 Esse panorama foi designado como “pós-verdade” (ou post-truth, em inglês), termo eleito pelo Dicionário da Oxford como a palavra do ano de 2016 (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2020), ao denotar “circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais”.

A respeito do controle jurídico da divulgação de notícias falsas, as *fake news* também motivaram a elaboração da “Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Fake News, Desinformação e Propaganda” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2017), assinada pela Organização das Nações Unidas (ONU), pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e por outros representantes de organismos internacionais². No plano internacional, um dos principais parâmetros de controle jurídico das *fake news* é a legislação alemã *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, publicada em 2018, conhecida internacionalmente como *NetzDG* e traduzida livremente como “Lei para melhorar a aplicação do direito nas mídias sociais”³.

No âmbito interno, a Lei nº 5.250/1967 (BRASIL, 1967), conhecida como Lei de Imprensa, foi a primeira iniciativa brasileira significativa, ao criminalizar a conduta de publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provocassem perturbação ou desordem social, dentre outras hipóteses. No entanto, em 2009, tal legislação foi declarada não recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130 (BRASIL, 2009), conforme será abordado adiante.

Já a Lei nº 12.965/2014 (BRASIL, 2014), conhecida como Marco Civil da Internet⁴, prima pela liberdade de expressão e pelo princípio da não censura, com intervenções restritas aos conteúdos considerados ilegais por determinação judicial. Para Teffé (202018), o regime pro-

2 O referido documento alerta para soluções em planos legais nacionais que possam, sob o pretexto de combater as notícias falsas, violar a liberdade de expressão, salientando que a imposição de restrições deve respeitar os limites dos parâmetros da legislação internacional.

3 A referida lei, aplicável apenas para provedores com mais de 2 milhões de usuários, prevê que, uma vez reportado conteúdo manifestamente ilegal pelos usuários, as plataformas sociais terão prazo de 24h para apagar a informação, sob pena de aplicação de multa. A responsabilidade é da plataforma, e não do usuário. Além disso, o controle é feito a posteriori: a multa incide se o conteúdo identificado como ilegal não for retirado do ar no prazo estabelecido.

4 A seção III do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), que trata ‘Da Responsabi-

posto no Marco Civil da Internet significa uma vitória para a sociedade brasileira, por exigir. Ele exige, como regra, a avaliação judicial do conteúdo para, só então, fazer nascer o dever de sua retirada. Parte-se da ideia de que somente uma adequada ponderação judicial dos interesses constitucionalmente tutelados — estando a liberdade de expressão sempre em um dos lados da balança — poderá assegurar uma *Internet* livre, plural e democrática.

Recentemente, a Lei 13.834/2019 (BRASIL, 2019) foi sancionada, buscando a punição no uso de *fake news* com finalidade eleitoral, embora não mencione o termo em seu texto. Em junho de 2020, o Projeto de Lei nº 2.630/2020 (BRASIL, 2020c), que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, após aprovação pelo Senado Federal. O texto legislativo “estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento”⁵.

2.2 PANDEMIA DECORRENTE DO COVID-19

O altíssimo número de contaminações e mortes, causadas pelo coronavírus em 2020, caracteriza uma crise sanitária mundial sem precedentes. A Organização Mundial de Saúde – OMS, aos 30 de janeiro de 2020, declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e, aos 11 de março de 2020, declarou a pandemia do Novo

lidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros’, determina em seu artigo 19 que os provedores não serão responsabilizados pelo conteúdo publicado por usuários em suas plataformas, exceto se, notificados judicialmente, não removerem o conteúdo no prazo determinado, dentro dos limites técnicos de seu serviço.

5 O inteiro teor do texto legislativo encaminhado à Câmara dos Deputados pode ser acessado em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8128670&ts=1594906265962&disposition=inline>.

Coronavírus – Covid-19, e a Permanência da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – ESPII.

No Brasil, o Ministério de Estado da Saúde, por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020b), declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional no âmbito da República Federativa do Brasil, nos termos do Decreto 7.616/2011 (BRASIL, 2011). Na Bahia, por meio do Decreto nº 19.529/2020 (BAHIA, 2020a), foram regulamentadas as medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Até o fechamento desta pesquisa, em julho de 2020, o Brasil havia registrado 1.674.655 casos confirmados, dentre eles, 66.868 mortes. A gravidade da pandemia tornou ainda mais sensíveis as atuações políticas e midiáticas. Com a liberdade ambulatoria restringida, devido às medidas de isolamento social para conter a propagação do vírus, e graves impactos na economia, a população passou a demandar, ainda mais, articulação política e acesso à informação, para enfrentar a crise da forma menos danosa possível. Este foi o contexto de publicação da Lei Estadual nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b), cuja constitucionalidade é discutida neste capítulo.

3 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS E A REDAÇÃO LEGAL QUESTIONADA

A Lei nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b), publicada na edição de 29 de maio de 2020 do Diário Oficial do Estado da Bahia, estabelece a aplicação de sanção a quem, ilicitamente, divulga informações falsas sobre epidemias, endemias e pandemias no Estado da Bahia, e dá outras providências. Eis o inteiro teor da lei:

LEI Nº 14.268 DE 28 DE MAIO 2020

Estabelece a aplicação de sanção a quem, ilicitamente, divulga informações falsas sobre epidemias, endemias e pandemias no Estado da Bahia e dá outras providências. O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica sujeito à aplicação de multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$20.000,00 (vinte mil reais) quem divulgar, por meio impresso, televisivo, de radiodifusão ou eletrônico, informações falsas, sem procedência oficial, sobre epidemias, endemias e pandemias no Estado da Bahia, sem citar a fonte primária.

Parágrafo único - Incide na mesma pena quem:

- I - elaborar a informação falsa ou colaborar com sua elaboração ou disseminação, tendo ciência do seu destino;
- II - divulgar dolosamente a informação falsa, pelos meios indicados no caput deste artigo, ainda que citando a fonte primária ou quem lhe tenha remetido;
- III - utilizar ou programar softwares ou outros mecanismos automáticos de propagação que divulguem ou alterem informações ou notícias, disseminando, ao final, dados não verídicos.

Art. 2º - Não constituem ilícito administrativo:

I - publicações jornalísticas devidamente assinadas por seus redatores em veículos de comunicação físicos ou digitais;

II - compartilhamento de opinião pessoal, desde que evidenciado o caráter não-fático, e sim opinativo do texto.

Art. 3º - A dosimetria na aplicação da multa observará a gravidade da repercussão das informações falsas, a possível existência de vantagem auferida e a condição econômica do autor do ilícito.

§ 1º - Na avaliação da gravidade da repercussão das informações falsas, será considerado o prejuízo advindo para a Administração Pública, seja ao patrimônio material ou ao regular funcionamento da atividade administrativa.

§ 2º - O valor da multa deverá ser dobrado nos casos de reincidência.

§ 3º - O valor da multa deverá ser dobrado se a infração for perpetrada por funcionários públicos e deverá ser quadruplicado se comprovado o uso de estrutura ou maquinário público no ato da elaboração ou disseminação da informação falsa.

§ 4º - Os recursos oriundos da multa prevista nesta Lei serão destinados a ações de apoio e tratamento de epidemias, endemias e pandemias no Estado da Bahia.

§ 5º - O valor da multa será sempre atualizado pela taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC.

Art. 4º - A imposição da pena administrativa de multa não impede ou substitui a instauração de inquérito penal ou de processo administrativo disciplinar para apuração de falta residual do servidor público.

Art. 5º - Caberá ao Poder Executivo a edição de normas complementares visando disciplinar o quanto previsto nesta Lei.

Art. 6º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA,
em 28 de maio de 2020.

Ao analisar os dispositivos legais em cotejo com as normas extraíveis da Constituição Federal (BRASIL, 1988), assim como doutrina e jurisprudência aplicáveis ao caso, conclui-se que a Lei Estadual nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b) está eivada de vícios de inconstitucionalidade formal e material. É o que se passa a demonstrar.

3.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO

De acordo com o art. 22, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), compete privativamente à União legislar sobre informática, telecomunicações e radiodifusão. Veja-se: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”.

Nessa perspectiva, se cabe tão somente a União legislar sobre os meios e modos de informática, telecomunicações e radiodifusão, e a respectiva disseminação de informações, consequentemente, a este mesmo ente federativo é dada competência privativa para criar restrições, sanções e modalidades de fazê-lo. Qualquer forma de sanção ou limitação, em normas desta natureza, cuja iniciativa não seja da União, será inconstitucional.

No caso em apreço, há indiscutível caso de usurpação de competência privativa da União, haja vista que o Estado da Bahia legislou sobre meios de divulgação da informação, no art. 1º da Lei nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b). Trata-se de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa legislativa, uma vez que legislação de direito material constitucional é emanada de federativo estadual, contrariando o quando disposto no art. 22, IV, CF/88.

3.2 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO SOCIAL

A liberdade de expressão é internacionalmente protegida e reconhecida no rol de direitos humanos, estando positivada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNITED NATIONS, 1948) (art. 19)⁶, publicada pela Organização das Nações Unidas em 1948; na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1948) (art. 4º)⁷, também de 1948; no Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos (UNITED NATIONS, 1966) (art. 19)⁸, de 1966; e na Convenção Americana sobre

6 “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

7 “Artigo IV. Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”.

8 “Artigo 19. 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”.

Direitos Humanos COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969) (art. 13)⁹, de 1969.

Conforme constatado por Cruz (2017), de acordo com a base de dados do *Constitute Project*¹⁰, a liberdade de expressão está reconhecida em cerca de 180 Constituições, consistindo no “direito de expressar pensamentos e sentimentos sem que haja censura ou qualquer outra forma de interferência governamental, sendo usualmente limitada pelos casos de sedição, discurso de ódio e obscenidade” (CRUZ, 2017, p. 113).

Para Vianna (2020), “a liberdade de expressão pode se manifestar das mais variadas formas, seja pela palavra escrita ou falada; seja pelos sinais, símbolos, alegorias ou até pelo silêncio”, contemplando o discurso acadêmico, publicitário ou político, assim como o direito de crítica e de discordância, próprios de uma sociedade pluralista, que, em contato com o diferente, exercita elevado grau de tolerância.

Em matéria de comunicação realizada em contextos intersubjetivos, a liberdade de expressão destina-se a proteger tanto os interesses do emissor da mensagem, que pode se manifestar livremente, como os do seu receptor, que tem acesso a ideias e pontos de vista diversificados. Conforme explica Sarmiento (2013, p. 2.037/2.039), parte-se da premissa de que a existência de uma mídia livre e independente, compondo um sistema plural e policêntrico de comunicação social, é essencial para um regime democrático pautado pelo respeito à liberdade individual, em que os cidadãos possam efetivamente exercer o controle sobre o poder, em todas as suas dimensões.

9 “Artigo 13.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias 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”.

10 Portal desenvolvido por pesquisadores da Universidade do Texas, nos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=express>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

Trata-se de direito essencial ao regime democrático, conforme aponta Dahl (2001, p. 97-100), ao elencar, dentre as seis instituições da democracia representativa, que seriam as exigências mínimas e necessárias para que um país consiga atingir os objetivos democráticos dentro de um grau satisfatório, a liberdade de expressão e as fontes de informação diversificadas. No caso brasileiro, a ambiência normativa da liberdade de expressão apresenta um significado ainda mais marcante, decorrente do processo histórico de superação da Ditadura Militar, que vigorou entre os anos de 1964 e 1985 (CRUZ, 2017).

Assim, na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a liberdade de expressão, manifestação e consciência, como garantia e direito individual (art. 5º, IX, XIV, CF/88), é cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF/88), oriunda do Poder Constituinte Originário, não sendo passível de alteração ou reforma nem mesmo pela União, através Congresso Nacional, por meio de Projeto de Emenda Constitucional, tampouco via lei estadual. Veja-se os referidos dispositivos na íntegra:

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

[...]

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;

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.

O ideário democrático norteia-se pela busca do autogoverno popular, que ocorre quando os cidadãos podem participar com liberdade e igualdade na formação da vontade coletiva (SARMENTO, 2013, p. 2.037/2.039). Nessa perspectiva, destaca-se o teor do art. 220 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que salvaguarda a liberdade de expressão e informação de censuras políticas e ideológicas:

Art. 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.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

[...]

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

O caput do art. 220 veda quaisquer restrições à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. Trata-se de projeção direta no âmbito da comunicação social dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação, inscritos no art. 5º, incisos IV, IX e XIV da Constituição (BRASIL, 1988). A amplitude do texto constitucional teve o propósito de afastar quaisquer dúvidas a respeito do âmbito de proteção desta norma, que salvaguarda todas as formas de expressão e comunicação, sobre qualquer matéria ou assunto, não importando o modo como são veiculadas (SARMENTO, 2013, p. 2.037/2.039).

A Lei nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b) impõe sanção à conduta de divulgar “informações falsas, sem procedência oficial, sobre epidemias, endemias e pandemias no Estado da Bahia, sem citar a fonte primária”. Isso significa que toda e qualquer informação ou opinião divulgada que não seja a oficial será sancionada. Trata-se de limitação ao

exercício da liberdade de pensamento, manifestação e consciência, contrariando os comandos constitucionais e tornando-se ainda mais grave diante do contexto de crise sanitária vivenciado. Isso porque, para preservar sua própria imagem e a de seus agentes, o Poder Público pode escolher o que será divulgado pelos veículos oficiais e como a informação será transmitida. Uma população cujo acesso à informação restringe-se à comunicação vertical do governo torna-se refém de tal narrativa, prática demasiadamente perigosa e antidemocrática.

O amplo acesso à informação se torna ainda mais relevante diante da publicação da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a), que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

O art. 4^o¹¹ da referida Lei instituiu uma hipótese específica de dispensa de licitação, cuja flexibilização acaba por abrir espaço para abusos e irregularidades por parte da Administração Pública, que pode se valer da nova hipótese de dispensa para celebrar contratos superfaturados e contrários ao real interesse público. Assim, a livre circulação de informações e dados acerca das contratações administrativas é essencial para que a população e os órgãos de fiscalização, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, possam acompanhar e controlar o uso dos recursos públicos.

Nesse sentido é a lição de Sarmiento (2013, p. 2.037/2.039), para quem, na sociedade contemporânea, os meios de comunicação social desempenham um papel extremamente importante, tanto sob o aspecto político, como também sob o aspecto cultural, possibilitando o exercício de um controle permanente sobre os governantes e detentores de poder social, que se presta ao combate de toda sorte de abusos, por meio da exposição à crítica pública. Outra função essencial dos meios

11 “Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei”.

de comunicação social é a de municiar os indivíduos com informações e pontos de vista diversificados, para que possam tomar suas decisões, sobre temas públicos ou privados, de forma mais consciente.

Ainda, mesmo que a Lei Estadual nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b) ressalve que não constitui ilícito administrativo o “compartilhamento de opinião pessoal, desde que evidenciado o caráter não-fático, e sim opinativo do texto”, não se sustenta uma separação rígida entre fatos e opiniões, pois, pela própria natureza humana, não há como excluir totalmente da informação transmitida a influência das pré-compreensões do agente. Conforme ensina Daniel Sarmiento (2013, p. 2.037/2.039), pode-se dizer que o relato de um fato nunca deixa de ser uma versão dele, eis que sempre influenciado pelas opiniões e interesses de quem o reporta.

Em verdade, a possibilidade criticada e rechaçada pelo constitucionalista é justamente aquela adotada pelo Estado da Bahia: autorizar somente a comunicação “oficial”, ou seja, aquela veiculada pelo próprio Estado, ao sancionar a divulgação de “informações falsas, sem procedência oficial, sobre epidemias, endemias e pandemias no Estado da Bahia, sem citar a fonte primária”.

Conforme ensina Gomes (2018), a liberdade de expressão compreende não apenas as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, polarização, resistência e inquietação, pois a democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo e da tolerância. Nesse sentido, a melhor prova da verdade de uma ideia é ela ser aceita pela comunidade após exposta ao debate público, no que se convencionou chamar de teoria do livre mercado de ideias, que “proíbe que a autoridade pública intervenha para impedir previamente a difusão da informação, mesmo que a publicação possa representar dano a direito fundamental de um indivíduo, sob o risco da institucionalização do mecanismo da censura prévia” (SIMÃO, RODOVALHO, 2017).

Nesse sentido, é pertinente a advertência de que inexiste, em termos filosóficos, de uma verdade acima das demais, de modo que acolher o dogma da verdade absoluta para admitir a supressão da circulação da informação conferiria um expressivo poder às autoridades estatais de determinar o conteúdo das mensagens que estão autorizadas a integrar a esfera pública, implicando empobrecimento da qualidade do debate.

A inviabilidade de determinar precisamente a veracidade das informações acaba conduzindo a uma generalização no tratamento de conteúdos, com a punição e proibição de conteúdos verdadeiros e essenciais ao debate, situação designada pelos estadunidenses como “encosta escorregadia” ou *slipery slope* (GROSS, 2018, p. 163).

Trata-se do problema do “efeito silenciador”, que se manifesta quando “as pessoas e agentes de imprensa começam a se autocensurar por medo de que aquilo que expressam possa ser considerado falso e passível de punição” (GROSS, 2018, p. 163). Sob tal perspectiva, o risco de se atribuir às autoridades públicas o poder de determinar quais informações seriam falsas, é distorcer e manipular o debate público em prol dos interesses privados dos agentes estatais (GROSS, 2018, p. 163).

A consagração constitucional da liberdade de expressão parte da premissa antipaternalista de que as pessoas são capazes de julgar por si mesmas o que é bom ou ruim, correto ou incorreto, e têm o direito moral de fazê-lo. Por isso, não é legítimo às autoridades públicas proibirem a manifestação de uma ideia por considerá-la errada ou até perniciosa. Até porque, se o Estado pudesse decidir o que pode e o que não pode ser expresso, haveria a tendência natural de que tentasse silenciar as ideias contrárias aos governantes, ou aquelas que desagradassem às maiorias que lhe dão suporte político (SARMENTO, 2013, p. 2.037/2.039).

A inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.268/2020 (BAHIA, 2020b) se agrava diante da previsão de uma responsabilidade objetiva, pois o diploma normativo não limita a sanção a qualquer verificação de dolo ou culpa por parte do agente, o que reforça o caráter autoritário e antidemocrático da Lei. Além disso, em nosso regime constitucional não se admite, em hipótese alguma, a possibilidade de interdição administrativa de veiculação de qualquer conteúdo nos meios de comunicação social. Veja-se a lição de Daniel Sarmiento (2013, p. 2.037/2.039):

Apenas o Poder Judiciário pode, em hipóteses absolutamente excepcionais, vedar a divulgação de qualquer mensagem pelos meios de comunicação, quando isto se justifique após um cuidadoso juízo de proporcionalidade. Trata-se de hipótese que deve ser reservada apenas para situações extremas, pois a regra geral é a de que eventuais abusos no exercício das liberdades comunicativas que lesem direitos de terceiros devem ser compensados e reprimidos a posteriori, através da responsabilidade civil e penal.

No mesmo sentido é o entendimento de Mendonça (2019), para quem, nos casos em que os possíveis danos causados pelas notícias falsas exigem uma imediata resposta do Estado, a obstrução da circulação de conteúdos deve ser feita por meio de decisões judiciais, analisando-se o caso concreto de forma específica, tendo em vista que o controle abstrato e preventivo caracteriza censura. Dessa forma, a regra deve ser a garantia da liberdade de expressão, para que o combate às *fake news* não seja utilizado como um rótulo abstrato para silenciar opositores e discursos críticos em face de autoridades e políticos (CARVALHO, 2020).

3.3 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tema que suscita discussão concerne à possibilidade de limitação legislativa das liberdades comunicativas. O Ministro Carlos Ayres

Britto, no voto condutor que proferiu da ADPF n. 130 (BRASIL, 2009), cujo julgamento não recepcionou a Lei de Imprensa (BRASIL, 1967), sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação a este direito, pois as limitações existentes são apenas aquelas já contempladas no texto constitucional, cabendo tão somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos.

Na ocasião, o STF entendeu que deve ser assegurado ao jornalista o “direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado”. Face à intrínseca relação entre a crítica jornalística e o interesse público, não caberia ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que deve ser dito ou veiculado por indivíduos e jornalistas, pois “não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso”.

Merece destaque, ainda, o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes no julgamento da ADI 4451 (BRASIL, 2018), que declarou a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997):

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agen-

tes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.

Destaca-se, ainda, trecho do voto do Ministro Celso de Mello, na mesma Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451 (BRASIL, 2018), ao destacar que o Estado Brasileiro rejeitou, como compromisso constitucional, qualquer forma de censura, assumindo e adotando a plena liberdade de expressão, por ser signatário da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (UNITED NATIONS, 1948). Explica-se:

Cabe observar, ainda, que a rejeição à censura, além de haver sido consagrada em nosso constitucionalismo democrático, representa expressão de um compromisso que o Estado brasileiro assumiu no plano internacional, pois o Brasil, entre tantos outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, subscreveu a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada pela III Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal manifesta concretamente o caráter preferencial das liberdades de expressão e de imprensa, em face de outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível constatar a flagrante inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 14.268/2020 do Estado da Bahia (BAHIA, 2020b), que viola as normas extraíveis do art. 22, II; art. 5, IX, XIV; art. 60, §4º, IV; art. 220, todos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao estabelecer a aplicação de sanção a quem, ilicitamente, divulga informações falsas sobre epidemias, endemias e pandemias no referido Estado.

A contenção dos danos gerados pelas *fake news* pode ser feita pela realização de campanhas de educação, inclusive literacia digital, da população, pois é preferível combater informações ruins ou falsas com mais e melhores informações, em detrimento da adoção de estratégias punitivas que cerceiem a liberdade de expressão (MENDONÇA, 2019). Outra alternativa é usar inteligência artificial para conter a disseminação de *fake news*, através de máquinas e algoritmos que identifiquem padrões com o intuito de checar ou não a veracidade de um fato, pois “a propagação de notícias falsas não será solucionada no aspecto legislativo, mas sim, no campo tecnológico” (BARRETO, 2020).

No contexto específico da pandemia do coronavírus, notícias verificadas e carimbadas de interesse da população, tratando de abastecimento, medicamentos, uso de máscaras e importância do distanciamento social, por exemplo, devem ser difundidas para mitigar os danos dos fatos inverídicos. Conforme Barreto e Fonseca (2020), “essa metodologia tem se mostrado bem-sucedida no combate à desinformação so-

bre a pandemia, especialmente quando atrelada a campanhas educativas para busca de informações sobre a doença apenas em fontes oficiais”.

Quanto ao controle jurídico, os critérios de restrição de conteúdos não devem ser ideológicos, sendo essencial a garantia de um processo transparente, com notificação e direito de recurso aos autores dos conteúdos ou publicações. Já os grandes provedores de informação devem propiciar um ambiente de autorregulação com mecanismos de aferição da veracidade das notícias (DELMAZO, VALENTE, 2018). Conforme reconhece Teffé (2018), qualquer ação para inibir as *fake news* deve passar por mais informação, e não menos, por isso, propostas que permitam a remoção de conteúdos sem ordem judicial, que censurem a mídia alternativa e criminalizem a publicação de conteúdo falso deverão ser evitadas a qualquer custo, por não se alinharem com a Constituição e a proteção das liberdades fundamentais.

Embora o Marco Civil (BRASIL, 2014) não tenha feito alusão expressa à criação e disseminação de *fake news*, a norma em comento tem proporcionado, até então, suporte legal suficiente para o combate a essa prática (CARVALHO, KANFFER, 2018). A questão encontra-se, pois, focada não em novas leis, mas na adequação técnica daquelas já existentes, atribuindo às ordens judiciais eficácia máxima. Ademais, os provedores de conteúdo devem colaborar com as autoridades judiciais, conferindo máxima eficácia e celeridade às determinações do Poder Judiciário.

5 REFERÊNCIAS

BAHIA. *Decreto nº 19.529 de 16 de março de 2020*. 2020. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/decreto-no-19529-de-16-de-marco-de-2020>. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. *Lei nº 14.268 de 28 de maio 2020*. 2020. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/index.php/documentos/lei-no-14268-de-28-de-maio-de-2020>. Acesso em 25 de julho de 2020.

BARRETO, Alesandro Gonçalves. *Fake news e criminalização da divulgação: seria esse o caminho?* Direito & TI–Porto Alegre/RS, 2018. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/fake-news-e-criminalizacao-da-divulgacao-seria-esse-o-caminho/>. Acesso em 05 de julho de 2020.

_____.; FONSECA, Ricardo Magno. *Rede x rede: enfrentamento às fake news durante a pandemia*. Direito & TI–Porto Alegre/RS, 2020. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2020/04/BARRETO-A-G-Rede-x-rede.pdf>. Acesso em 05 de julho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Cigarro e liberdade de expressão*. In: Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. *Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011*. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. *Lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019*. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13834.htm. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em 26 de julho de 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020*. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 2.630/2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em 26 de julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 Distrito Federal*. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em 25 de julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal*. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 25 de julho de 2020.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2020. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>>. Acesso em 05 de julho de 2020.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. *O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news)*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

CARVALHO, Lucas Borges de. *A democracia frustrada: fake news, política e liberdade de expressão nas redes sociais*. Revista internet&sociedade. N. 1, v. 1, fevereiro de 2020, p. 172-199.

COMISSÃO EUROPEIA. *Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia*. Bruxelas, abril 2018, p. 4. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&qid=1525280608825&from=EN>>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 26 de julho de 2020.

_____. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em 26 de julho de 2020.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Liberdade de expressão, redes sociais e discurso de ódio: breves considerações*. In JUNIOR, Dirley da Cunha; BORGES, Lázaro Alves; PINTO, Rodrigo Pacheco (Coords.). *Novas perspectivas*

do Direito Público: em homenagem a prof. Maria Auxiliadora. Paginae Editora: Salvador, 2017, p. 109-124.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. *Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques*. Media & Jornalismo. Imprensa da Universidade de Coimbra. N. 32, v. 18, n. 01 - 2018.

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. *Uma análise acerca do fenômeno das fake news no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2018.

GROSS, Clarissa Piterman. *Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão*. In: RAIS, Diogo (Coord.). *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 153 -174.

LOBO, Thaís de Melo; PAIXÃO, Alessandro Gonçalves da; SILVA, Marcos Ricardo da. *Os novos projetos de combate à fake news e os riscos à liberdade de expressão e de imprensa*. Revista Jurídica, v.18, n.2, jul-dez. 2018, p 149 - 160.

MENDONÇA, Naiane Souza. *O Fenômeno das “Fake News” no Direito Brasileiro: Implicações no Processo Eleitoral*. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 294-316, 1º sem. 2019, p. 294-316.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación Y Propaganda*. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>. Acesso em 05 de julho de 2020.

OXFORD UNIVERSITY PRESS. 2020. Disponível em: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/>. Acesso em 05 de julho de 2020.

RAIS, Diogo. *Desinformação no contexto democrático*. In: ABBOUD, Georges; JUNIOR, Nelson Nery; CAMPOS, Ricardo (Coord.). *Fake news e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 147-166.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 220. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

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 PPGDir./UFRGS. Porto Alegre, Volume XII, Número 1, 2017, p. 203-229.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Fake news: como proteger a liberdade de expressão e inibir notícias falsas?* Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/fake-news-como-protger-a-liberdade-de-express%C3%A3o-e-inibir-not%C3%ADcias-falsas-8058aedd9f5c>. Acesso em 30 de junho de 2020.

UNITED NATIONS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 26 de julho de 2020.

_____. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 26 de julho de 2020.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Liberdade de expressão “versus” direitos fundamentais*. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24266/liberdade-de-expressao-versus-direitos-fundamentais>. Acesso em 30 de junho de 2020.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. 2017. Strasbourg: Council of Europe. Disponível em <<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-aninterdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

CAPÍTULO 11

CORONAVÍRUS E O AUMENTO DAS CONTRATAÇÕES VIRTUAIS: DESAFIOS PARA A PRÓTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NA INTERNET

SILVIA LEVENFUS

Mestranda em Direito - UFRGS

<http://lattes.cnpq.br/8513554120779377>

THAÍSE MARIA NEVES DUARTE PACHECO

Mestre em Direito – FMP

<http://lattes.cnpq.br/3998965793630780>

1 INTRODUÇÃO

O mundo está diante de uma das maiores crises de saúde pública da história, cujos efeitos extrapolam a seara sanitária, e permeiam a organização social e econômica. Com o intuito de restringir a circulação de pessoas e, desta forma, a disseminação do vírus entre a população, um grande número de autoridades brasileiras adotou medidas de isolamento social e de restrição do funcionamento do comércio físico.

Impossibilitados de manter seus tradicionais hábitos de consumo, em virtude das medidas de isolamento social, milhares de consumidores foram compelidos a recorrer a plataformas e a outros meios virtuais para adquirir e usufruir dos mais variados produtos e serviços. Por esta razão, o SARS –CoV-2, também denominado COVID-19 ou Coronavírus, tem sido percebido como elemento propulsor do processo de digitalização da economia.

Inquestionavelmente o desenvolvimento tecnológico é capaz de oferecer grandes benefícios aos consumidores, tais como soluções mais desburocratizadas e democratizadas de acesso a bens e serviços,

redução de preços e fortalecimento do poder de escolha dos consumidores. No entanto, as relações estabelecidas em ambiente virtual possuem complexidades e condições de uso que ampliam a vulnerabilidade deste em ambiente virtual.

O ordenamento jurídico brasileiro oferece a tutela destacada ao consumidor, reconhecendo a sua vulnerabilidade e o flagrante desequilíbrio no âmbito das relações consumeristas. Contudo, o incremento tecnológico, sobretudo em razão da crescente coleta e tratamento de dados pessoais dos consumidores, impõe o surgimento de uma tutela específica, apta a oferecer a efetiva proteção do consumidor em ambiente virtual.

O presente artigo, desta forma, se dedica a analisar o impacto do Coronavírus na aceleração da contratação de produtos e da utilização de serviços virtuais, expondo as normatizações existentes no país e apresentando os desafios decorrentes do incremento tecnológico para a efetiva proteção dos consumidores neste âmbito.

2 NOVAS CONFIGURAÇÕES ECONÔMICAS: PRESSUPOSTOS E PERSPECTIVAS

O intenso processo de digitalização e de inovações generalizadas ocorrido nos últimos anos tem levado pesquisadores a asseverar que o mundo esteja diante de uma quarta revolução industrial, caracterizada pela transformação abrupta e radical das estruturas econômicas e sociais (SCHWAB, 2016).

O processo de revolução tecnológica que está em curso tem como um dos principais vetores a disseminação do uso de *smartphones*, aparelhos telefônicos multifuncionais, que permitiram uma participação mais ativa dos usuários no ambiente virtual (MIRAGEM, 2019). Os *smartphones* e demais dispositivos móveis evidenciam o surgimento

de uma internet ubíqua e móvel, caracterizada pelo uso de dispositivos mais poderosos e acessíveis (SCHWAB, 2016).

O crescente número e a disseminação de instrumentos de comunicação capazes de coletar dados dos seus usuários, aliados às tecnologias de *big data*, computação em nuvem e ao tratamento de dados, estão oportunizando o surgimento de novos modelos de negócios e a transformação dos modelos existentes.

O uso da tecnologia é responsável por romper barreiras, oportunizando uma maior participação econômica de pessoas localizadas em regiões menos favorecidas, viabilizando a democratização de acesso a produtos e serviços por meio da contratação em ambiente virtual (SCHWAB, 2016).

Nas mais variadas indústrias, as inovações tecnológicas têm permitido a democratização a bens de consumo, a redução de custos, a transformação no formato de negócios, baseados no digital e nas potencialidades inerentes à tecnologia (PASQUALOTO; BUBLITZ, 2017).

2.1 O CORONAVÍRUS COMO FATOR PROPULSOR DAS CONTRATAÇÕES EM AMBIENTE VIRTUAL NO BRASIL

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu que o surto de Covid-19, que já afetava muitos países do mundo, caracterizava-se como uma pandemia, constituindo-se, desta forma, como uma emergência de saúde pública de importância internacional. O vírus, de características e tratamento ainda desconhecidos, passou a representar um grande desafio internacional nas esferas sanitárias e econômicas.

No Brasil, grande parte das autoridades locais adotaram medidas de restrição da circulação de pessoas e de funcionamento do comércio, evitando a aglomeração de pessoas e, desta forma, a disseminação

do vírus. Tais medidas alteraram profundamente os hábitos de consumo dos brasileiros.

Em função da impossibilidade de recorrer ao comércio físico, muitos consumidores passaram a adquirir produtos e serviços através do ambiente virtual. Em razão da inserção de novos consumidores aos meios virtuais de contratação e, por consolidar outras práticas de interação virtual, a pandemia causada pelo Novo Coronavírus tem sido associada à aceleração do processo de transformação digital e de inovação.

Estima-se que durante a pandemia, o comércio eletrônico tenha ganhado 4 milhões de novos clientes (AGÊNCIA O GLOBO, 2020). Esta multidão de pessoas, são consumidores, dos mais variados perfis e características, que, em função da impossibilidade de recorrer às lojas físicas, precisaram ou preferiram utilizar o comércio eletrônico para adquirir bens de consumo. A Abcomm, Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (2020) estima que estes novos consumidores virtuais mantenham o hábito de adquirir produtos pela internet, mesmo com o fim do período de isolamento social.

Além do comércio, outros setores da economia adotaram a digitalização dos serviços como forma de evitar a descontinuidade de suas atividades. O setor de educação, por exemplo, foi um dos fortes afetados pelas medidas de isolamento social.

Com o propósito de conter a disseminação do vírus entre estudantes, aulas presenciais foram suspensas, impondo que o Ministério da Educação publicasse uma portaria autorizando, de forma excepcional, a substituição das aulas presenciais por aulas realizadas no formato de educação à distância (EAD) (BRASIL, 2020a).

Com a finalidade de manter a prestação dos serviços educacionais, escolas e faculdades precisaram adequar suas metodologias e tecnologias rapidamente, passando a transmitir aulas através de aplicativos e plataformas virtuais. Segundo dados da UNESCO, 52.898.349 estudantes brasileiros foram afetados pelo fechamento das instituições de

ensino (UNESCO, 2020), sendo que parte expressiva destes precisou se adaptar ao uso de plataformas virtuais e aplicativos de videoconferência para dar continuidade aos estudos.

A incorporação de um modelo digitalizado para a prestação de serviços também pode ser verificada no setor da saúde. Com o objetivo de reduzir a circulação em hospitais e unidades de saúde, o Brasil autorizou, de forma excepcional, durante a crise ocasionada pelo novo coronavírus, a adoção do serviço de telemedicina, ou seja, o exercício da medicina mediado pelo uso da tecnologia (BRASIL, 2020b).

O ingresso de novos consumidores ao comércio eletrônico assim como o surgimento e o fortalecimento de modelos virtuais de prestação de serviço, evidencia, de fato, que a pandemia tenha acelerado o processo de transformação digital.

Destaca-se, contudo, que as compras *online* são um exemplo de atividade que demanda muita informação (LIMA, 2020, p. 306), posto que há muitos dados envolvidos para se efetivar uma transação. Nessa esfera, e levando em consideração que a própria Constituição Federal preconiza a defesa do consumidor como princípio básico¹, questiona-se acerca da efetiva proteção dos consumidores em ambiente virtual.

2.2 BENEFÍCIOS E RISCOS ADVINDOS DO INCREMENTO TECNOLÓGICO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O incremento tecnológico observado nas últimas décadas promoveu intensas transformações no mercado de consumo. O conceito de “destruição criativa” cunhado por Joseph Schumpeter, segundo o qual o estado estacionário da economia é rompido pelo surgimento de inovações, que rescindem com a velha dinâmica utilizada pelas empresas,

1 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

promovendo o desenvolvimento através da inovação, é cada vez mais contemporâneo e evidente (SCHUMPETER, 1997).

Desta forma, é indubitável que a pandemia permitiu o surgimento de novos modelos de negócios. Todavia, a promoção destes deve ser analisada sob dois prismas: os benefícios ocasionados e os riscos advindos.

Para tanto, ressalta-se que uma vantagem do desenvolvimento tecnológico é a maior eficiência das relações econômicas, na medida em que o avanço da tecnologia oportunizou o surgimento de novos agentes de mercado e aumento da concorrência (MIRAGEM, 2019a). Outro aspecto positivo do surgimento de novos agentes de mercado é a democratização do acesso, posto que populações antes desassistidas por muitos serviços, atualmente podem acessá-los através das soluções virtuais (SCHWAB, 2016).

A inovação, da mesma forma, tem oportunizado a ruptura em relação a modelos de negócios tradicionais, através da introdução de novas tecnologias que recriam totalmente produtos e formato de prestação de serviços, inaugurando maneiras completamente inovadoras de servir aos reais interesses dos consumidores. (SCHWAB, 2016).

A comunicação em rede e o rompimento das barreiras comunicacionais também têm permitido uma maior transparência na prestação dos serviços em ambiente virtual, e, desta forma, transformado os padrões de comportamento dos consumidores. A disseminação da informação em ambiente virtual permite que os usuários estejam mais atentos às ofertas e à qualidade do serviço prestado, tornando-se mais exigentes. Este novo perfil de consumidor tem demandado a criação de novos modelos de negócios, centrados em suas necessidades (SCHWAB, 2016).

A coleta dos dados dos consumidores (seja através de formulários, histórico de navegação, ou até mesmo através do uso de sensores instalados nos aparelhos móveis dos usuários) tem oportunizado o sur-

gimento de produtos cada vez mais ajustados aos interesses dos consumidores. Através da utilização dos mais variados tipos de dados do consumidor, empresas são capazes de traçar perfis surpreendentemente completos sobre estilo de vida, comportamento, hábitos e necessidades dos consumidores, oferecendo soluções cada vez mais adaptadas aos interesses do público alvo (SCHWAB, 2016).

Em que pese muitos sejam os benefícios advindos do desenvolvimento tecnológico, há que se destacar que as facilidades decorrentes do consumo virtual apresentam alguns efeitos nocivos aos consumidores.

Os negócios realizados em ambiente virtual adotam modelos despersonalizados e desmaterialização de contratação (MARQUES, 2011), em que a simplicidade na celebração do negócio pode ocultar uma complexa relação jurídica, cujos agentes econômicos envolvidos possam não ser adequadamente identificados pelo consumidor. Condições que implicam no agravamento da condição de vulnerabilidade do consumidor no ambiente virtual.

Ademais, a possibilidade do consumo instantâneo tende a estar associada ao hiperconsumo e ao aumento do endividamento dos consumidores (PASQUALOTO; BUBLITZ, 2017), sobretudo quando os usuários dos serviços virtuais não são adequadamente informados e preparados para as complexas relações consumeristas contemporâneas.

Com o avanço do compartilhamento de dados, seja por empresas ou pelo poder público, acentua-se a preocupação em relação aos danos causados por possíveis vazamentos, falhas de segurança, mau uso dos dados ou pelo desvio da finalidade para as quais os dados foram coletados. Merecendo relevância, ainda, as indefinições legais em relação aos limites de atuação do Estado para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, entre eles à privacidade e à liberdade de expressão (MALDONADO; GUTIERREZ, 2018).

Desta forma, a coleta e tratamento de dados dos consumidores, prática corriqueira nas relações consumeristas hodiernas, revela importantes questões envolvendo padrões de conduta sobre a segurança, a inviolabilidade, a governança, a propriedade, o acesso e a disponibilidade dos dados.

Não se objetiva extinguir tais relações tecnológicas entre os consumidores. O que se propõe e se pretende é a harmonização destas tanto com os direitos como com as garantias individuais (LIMA, 2020).

3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM AMBIENTE VIRTUAL NO BRASIL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a responsável por inserir a tutela do consumidor em matéria constitucional, prevendo o direito do consumidor como direito fundamental² e como princípio da ordem econômica³. Dois anos após a promulgação da Constituição Federal, foi editado o Código de Defesa do Consumidor - CDC – (Lei nº8.078/1980), responsável por inaugurar um novo padrão de tutela consumerista no Brasil.

Em que pese a tutela do direito do consumidor tenha sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro tardiamente em relação à tendência mundial, aproximadamente três décadas após o reconhecimento da vulnerabilidade e a previsão de tutela diferenciada ao consumidor,

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1988)

3 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; (BRASIL, 1988)

o Código de Defesa do Consumidor é tido como uma das codificações consumeristas mais bem elaboradas do mundo (OLIVEIRA, 2002).

A partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, instala-se uma nova ordem jurídica que reconhece a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor e a necessidade de previsões materiais direcionadas à efetiva tutela do consumidor, oferecendo instrumentos capazes de corrigir o desequilíbrio naturalmente existente no âmbito das relações consumeristas. Enquanto lei de função social, o CDC promove intensas mudanças e influencia imperativamente as relações de consumo. Destina-se a materializar seus objetivos e impor princípios de observância obrigatória pelo mercado (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016).

Apesar das poucas referências às relações de consumo estabelecidas em ambiente virtual, um dos grandes méritos do CDC é a definição de uma série de princípios que devem reger as relações consumeristas, como: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o princípio da informação e transparência, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da confiança.

Verifica-se, desta forma, que, apesar de fazer poucas referências expressas a instrumentos dedicados à proteção do consumidor em ambiente virtual, o Código de Defesa do Consumidor dá guarida às relações jurídicas estabelecidas na internet. De acordo com Miragem (2019a), ainda que a contratação se dê por meio eletrônico, a ela não se afasta a incidência do CDC.

Todavia, a efetiva proteção do consumidor demanda novos enfoques para atender aos novos padrões de consumo e às modernas necessidades de consumidores virtuais (PASQUALOTO; BUBLITZ, 2017), sobretudo no que diz respeito à coleta e ao tratamento dos seus dados pessoais.

É inquestionável que a inexistência de normativa própria vigente para a proteção dos dados gera insegurança nas relações consumeristas (MALDONADO, GUTIERREZ, 2018,).

3.1 LEIS SETORIAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS E O ADVENTO DA LGPD

O conceito de privacidade mencionado como “*the right to be let alone*”⁴ (WARREN; BRANDEIS, 1890, p.193), não mais pode ser considerado como um direito de permanecer só. Agora, esta definição tradicional, influenciada pela tecnologia computacional, passa a ser ressignificada como o “*direito de manter o controle sobre as próprias informações*” (RODOTÁ, 2008, p. 92).

A Constituição Federal de 1988, assim como o Habeas Data, previam o direito à privacidade. Foi somente nos anos 2000, aproximadamente, que iniciou um movimento de recepção normativa à proteção de dados (DONEDA, MENDES, 2019). Destaca-se que o desencadeamento dos negócios da economia digital, a partir dos anos 1990, teve influência direta para que se vislumbrasse a necessidade regulatória de proteção de dados pessoais de maneira mais eficaz e contundente (PINHEIRO, 2020). Foi neste contexto, que a “Carta dos Direitos Fundamentais” (*Charter of Fundamental Rights of the European Union* – 2000/C 364/01)⁵ dedicou um artigo para elencar a proteção dos dados pessoais como primordial à dignidade da pessoa humana (LIMA, 2020).

Ainda que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor sejam instrumentos imprescindíveis para tutelar, de certa forma, as relações consumeristas, mostraram-se insuficientes para proteger de forma efetiva os dados destes titulares no âmbito das complexas relações econômicas contemporâneas.

Tem-se que o Código Civil (Lei 10.406/2002) contribuiu para a matéria da proteção da privacidade posto que, ainda que indiretamente, reconheceu esta como sendo direito intransferível e irrenunciável, assim como a possibilidade do titular de requerer que se interrompa

4 “O direito de ser deixado só” em tradução livre.

5 Ver art. 8º em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

ou se indenize os danos causados, podendo, para tanto, buscar a tutela jurisdicional⁶ (OLIVEIRA; COTS, 2020).

Contudo, ressalta-se que a Constituição Federal, assim como o Código Civil, determina regras mais abertas sobre a matéria (OLIVEIRA; COTS, 2020). Ademais, é inexistente em ambas as normatizações a menção expressa da palavra privacidade.

Nessa esfera, embora existissem poucas e esparsas referências à proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro⁷ - de acordo com Lima (2020, p. 36), o aperfeiçoamento da proteção de dados no país deu-se somente a partir do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, tendo este permitido a criação de um parâmetro principiológico, garantindo direitos fundamentais a usuários da Internet. Conforme bem assevera Bioni (2020), a proteção da privacidade, assim como dos dados pessoais estão entre os princípios objetivados nesta normativa⁸. Nesta regulação, abordava-se também acerca do tratamento dos dados pessoais (OLIVEIRA; COTS, 2020). Desta forma, verifica-se que o diálogo estabelecido entre o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet foi sobremaneira importante para a construção de uma visão no que tange à proteção das relações consumeristas em ambiente virtual.

Apesar da relevância da legislação, assim como os seus inúmeros avanços em relação à temática digital, não encerra a imprescindibilidade de se normatizar especificamente a proteção de dados (MALDONADO; GUTIERREZ, 2018). Ainda que uma proposta regulatória sobre a proteção de dados tenha iniciado em 2005, apenas em 2010 que o assunto passou a ser tratado com mais amplitude. Entretanto, somente

6 Tal se encontra nos artigos nº11, nº12 e nº21 do Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002).

7 Destaca-se o art. 43 do CDC

8 Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei (BRASIL, 2014)

em 2018 que a Lei Geral de Proteção de Dados virou lei. Esta é um marco normativo na proteção de dados pessoais, com o intuito de complementar o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor (DONEDA; MENDES, 2019).

Assim, o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº13.709/2018), sofreu total influência deste amadurecimento de uma cultura de proteção dos dados pessoais. Segundo Mendes e Doneda (2018), a normativa foi determinante para a criação de uma concepção inovadora, que leva em consideração que não existem mais dados irrelevantes no processamento eletrônico e na sociedade de informação.

Para tanto, a legislação proporciona garantias ao cidadão no que tange à utilização de seus dados e, sendo os dados pessoais projeções da personalidade, qualquer que seja o seu tratamento, pode vir a violar os direitos fundamentais.

3.2 A URGÊNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE UM NORMA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DO USO DE DADOS

A LGPD dispõe sobre a proteção de dados pessoais, sejam eles nos meios digitais ou não, com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁹. Outrossim, ainda tem como fundamentos o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, assim como a livre iniciativa e a livre concorrência¹⁰.

Apesar de não estar em vigor, a legislação, até o momento mostrou-se uma norma principiológica na matéria da proteção de dados,

9 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

10 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; (BRASIL, 2018)

concebendo princípios até então não explícitos no quadro regulatório nacional (OLIVEIRA; COTS, 2020).

Posto isto, ressalte-se que a nova legislação não exclui outros direitos e princípios correlacionados à temática, preconizando a unicidade da teia de normas relacionadas ao tema (BIONI, 2020, p. 260). Nesse sentido, uma aplicação “harmoniosa e integradora”¹¹ (PINHEIRO, 2020, p. 143).

O surgimento da LGPD permitiu a possibilidade de proteção da liberdade e da privacidade dos consumidores, posto que se vislumbra uma comunicação entre a LGPD e o CDC. Exemplifica-se tal com a menção de que a defesa do consumidor é um dos fundamentos da proteção de dados¹² (MENDES; DONEDA, 2018). Ademais, observa-se o diálogo entre os dispositivos no que diz respeito ao direito do consumidor à informação, com o intuito de que este possa entender de forma precisa quais os riscos envolvidos na atividade (FURTADO; BEZERRA, 2020).

Salienta-se que o CDC já garantia a informação como direito básico do consumidor¹³. Com o advento da LGPD, além da previsão de observância da boa-fé, a normativa define quais os casos em que o consentimento¹⁴ para o tratamento dos dados pessoais é imprescindível e inclui princípios¹⁵, tais como o princípio da finalidade - que exigem

11 Art. 64: Os direitos e princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2018).

12 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (BRASIL, 2018).

13 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem

14 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; (BRASIL, 2018)

15 Ver Art. 6º da LGPD

a necessidade de informar ao titular qual a finalidade do tratamento - ; o princípio da adequação - se há a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas; e o princípio da transparência - garante aos titulares que seja lhe informado.

Portanto, nas duas legislações, requer-se o consentimento expresso do consumidor ou há a vedação do tratamento de seus dados pessoais pela ausência de consentimento (FURTADO; BEZERRA, 2020). Nesta esfera, o crescimento do comércio eletrônico em virtude do Covid-19, alerta a necessidade de proteção dos dados dos consumidores. Até porque muitas das relações consumeristas que vêm ocorrendo, envolvem sujeitos leigos de seus direitos e deveres no ambiente virtual. Contudo, não se trata somente de desconhecer estes, mas também de não compreender de que forma e quando o setor público ou privado pode ter acesso às suas informações. Relembrando que estas podem, inclusive tratarem-se de dados sensíveis, o que inclui, por exemplo, dados sobre a saúde, sobre religião e sobre pensamentos políticos.

Dentre o desconhecimento de seus direitos e deveres, como supramencionado, destaca-se que nem sempre há algum tipo de violação de privacidade na relação. Por exemplo, a LGPD dispensa a necessidade de consentimento na execução de contratos¹⁶. Como bem elucida Oliveira e Cots (2020), poderia ser o caso de uma compra e venda realizado por meio de comércio eletrônico, em que há a necessidade, por parte do fornecedor, do conhecimento de dados essenciais para oportunizar a entrega. Entretanto, o dilema decorre não do requerimento dos dados propriamente ditos, mas do mau uso destes, da ausência de finalidade expressa e da inexistência de consentimento quando necessário.

Por isto, mostra-se imprescindível o acompanhamento do princípio da finalidade previsto na LGPD. Nas duas regulações (LGPD e

16 Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; (BRASIL, 2018)

CDC) preconiza-se a necessidade de uma decisão informada, permeada pelo consentimento e pela transparência. Como bem assevera Pinheiro (2020, p.43), “a linha mestra para o tratamento de dados pessoais é o consentimento pelo titular, que deve ser aplicado aos tratamentos de dados informados e estar vinculado às finalidades apresentadas”.

O surgimento da LGPD permitiu a possibilidade de proteção da liberdade e da privacidade dos consumidores, posto que se vislumbra uma comunicação entre a LGPD e o CDC. Isso é verificado quando há a menção de que a defesa do consumidor é um dos fundamentos da proteção de dados¹⁷; no momento em os direitos dos titulares de dados, estes também consumidores, possam ser exercícios frente aos organismos de proteção do consumidor¹⁸; ao prever que quando da violação do direito do titular nas relações de consumo estejam sujeitas às regras de responsabilidade em legislação pertinente¹⁹; quando estabelece a possibilidade de aplicação de outros direitos e princípios do ordenamento jurídico brasileiro ou de tratados internacionais que o país seja parte, ambos relativos à matéria²⁰ (DONEDA; MENDES, 2018).

Como referido anteriormente, o novo entendimento de privacidade relaciona-se com a proteção de seus dados. Nesse contexto da pandemia, seria essencial a vigência da LGPD. Não somente ela, mas atuante conjuntamente a Agência Nacional de Proteção de Dados. Para Pinheiro (2020), esta é fundamental para a aplicação da LGPD, posto que uma legislação que impõe sanções jamais será eficiente e terá funcionalidade na ausência de seu órgão fiscalizador²¹.

Não é inconcebível admitir que diversas empresas aproveitaram-se deste momento frágil da pandemia para solicitar diversos dados

17 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;

18 Art. 18, §8º da LGPD

19 Art. 45 da LGPD

20 Art. 64 da LGPD

21 O Marco Civil da Internet, em que pese tenha previsto sanções, tais como a do ar.

pessoais para compra de produto ou serviço. O grande cerne é que com o advento da LGPD, os pedidos sem finalidade expressa e a captação dos dados sem consentimento (quando seria essencial), poderiam ser evitados. A lei é clara: no caso de infrações cometidas há a possibilidade do agente de tratamento ser sancionado com advertência, multa, suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados, dentre outros²².

Tendo em vista que a LGPD ainda não se encontra em vigor, sugere-se a aplicação de outros dispositivos iniciais do quadro normativo de proteção de dados brasileiro, tais como os já mencionados, como o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet. Objetiva-se com tal, possibilitar, ainda que não totalmente adequada, tutela aos consumidores no ambiente virtual. Para tanto, a LGPD visa o reforço da autonomia informativa dos titulares dos dados, não apenas como forma de proteção do indivíduo ou de sua intimidade, mas, sobretudo como forma de freio de um sistema de economia regado à vigilância (FRAZÃO, 2019).

4 CONCLUSÃO

Não se pretende com o presente estudo defender que o comércio eletrônico ou a prestação de serviços em ambiente virtual não deve ocorrer. Pelo contrário, acreditam-se que estes sejam elementos essenciais para a mudança tecnológica e econômica que surge. A chegada da Covid-19 apenas acelerou este processo.

Entretanto, compreende-se que somente podem ocorrer relações confiáveis no meio eletrônico quando presente uma normativa que tu-

12, não houve o cumprimento destas, tendo em vista a ausência de um órgão independente fiscalizador (LIMA, 2020, p. 296).

22 Para mais informações, ver o Capítulo VIII da Lei Geral de Proteção de Dados.

tele efetivamente os dados das partes envolvidas, sobretudo quando se trata de relação consumerista, em que já há uma parte mais vulnerável presente. Ainda que o quadro regulatório existente permita, em certa medida, uma tutela dos dados dos consumidores, mostra-se insuficiente em virtude do avanço dinâmico da tecnologia e captação abusiva e sem consentimento de dados por parte de empresas públicas e privadas.

Felizmente, o advento da LGPD representa um marco na proteção dos dados, na medida em que explicita o princípio da finalidade e a necessidade do consentimento expresso do titular dos dados, sob pena de afronta à sua privacidade.

Tendo em vista que a proteção no mundo digital é essencial, conclui-se que a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, juntamente da Agência Nacional de Proteção de Dados é indispensável e urgente para a efetiva tutela consumerista em ambiente virtual. Por óbvio que a sua vigência no momento atual de comércio virtual influenciado pela COVID-19, possibilitaria uma proteção eficiente dos consumidores neste meio.

Em que pese a LGPD não se encontre em vigor, propõe-se a utilização da teia normativa já existente no tocante à proteção de dados, ainda que seja uma tutela deficitária. Somente com a vigência da normativa e de uma modificação na cultura de proteção de dados é que será possível uma efetiva proteção dos dados.

O consumidor, como agente vulnerável que é, necessita, com urgência, de uma orientação e tutela de seus dados, principalmente em momentos ainda mais suscetíveis à exposição de suas informações, como diante da crescente utilização de serviços virtuais durante a pandemia.

5 REFERÊNCIAS

ABCOMM. Associação Brasileira de Comércio Eletrônico. **Crise do Coronavírus leva consumidores a comprarem pela internet**. 2020. Disponível em: <<https://abcomm.org/noticias/crise-do-coronavirus-leva-consumidores-a-comprarem-pela-internet/>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

AGÊNCIA O GLOBO. Comércio eletrônico ganha quatro milhões de novos clientes na pandemia e acentua crise no varejo físico. **Época Negócios**, 2020. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/05/comercio-eletronico-ganha-quatro-milhoes-de-novos-clientes-na-pandemia-e-acentua-crise-do-varejo-fisico.html>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias e direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020

BRASIL. **Lei n. 13.709 de 24 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 544, de 16 de junho de 2020a**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-544-de-16-de-junho-de-2020-261924872>>. Acesso em: 03 jul. 2020

BRASIL, **Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020b**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Um perfil da Nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. In: CAVALLI, Olga; BELLI, Luca. **Gover-**

nança e regulações da internet na América Latina: . p. 309 – 325, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27164>. Acesso em: 18 jun. 2020.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPE-DINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donado (Coordenadores). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FURTADO, Gabriel Rocha; BEZERRA, Daniel Teixeira. Privacidade, consentimento informado e proteção de dados do consumidor na internet. **Revista de Direito do Consumidor**. v.128, p. 205-225, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados** (Lei nº13.709/2018 e as alterações da Lei nº13.853/2019), o Marco Civil da Internet (Lei nº12.965/2014) e as sugestões de alteração do CDC (PL. 3.514/2015). São Paulo: Almedina, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. v. 2, p. 827 – 884, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; GUTIERREZ, Andriei. A estratégia brasileira para a transformação digital e as questões que dela emergem no que se refere à proteção de dados pessoais. **Revista dos Tribunais**. v. 993, p. 293-304, 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. v.120, p. 555-587, 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 125. p. 17 – 62, set. – out. 2019b.

OPAS. Organização Pan-americana da Saúde. **OMS**. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo Novo Coronavírus). Disponível em <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:-covid19&Itemid=875>. Acesso em: 18 jun. 2020.

OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coord.). **O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. v. 3. n. 2, p. 62 – 81, jul – dez 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **O surto de COVID-19 também é uma grande crise da educação**. 2020. Disponível em <<https://pt.unesco.org/covid19/educationresponse/globalcoalition>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, Vol. 4, N. 5, p.193-220, 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 22 jul, 2020.

CAPÍTULO 12

O DEVER DE RENEGOCIAR COMO MECANISMO RESOLUTIVO DE CONTROLE INTERPARTES DOS EFEITOS NEFASTOS DA PANDEMIA



LUIZA LEITE CABRAL LOUREIRO COUTINHO

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

<http://lattes.cnpq.br/5218007181647613>

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho oferta breve intróito à aplicação da Teoria da Imprevisão e ao dever jurídico de renegociar diante dos novos parâmetros críticos decorrentes da pandemia de Covid-19. A pesquisa versa sobre os cenários problemáticos com os quais se deparam os juristas no atual panorama caótico gerado pela enxurrada de medidas estatais ultrarrestritivas e de caráter transitório, pelo isolamento social como mecanismo de contenção do avanço do novo coronavírus, pela delimitação de funcionamento das atividades essenciais e pela retração da economia.

Há muito o debate acirrado sobre a força impositiva dos contratos em face de circunstâncias supervenientes graves e imprevisíveis (ou não), que alteram a realidade social e a esfera pessoal dos contratantes, preocupa os estudiosos do direito, adensa as prateleiras dos tribunais e atinge crescentemente a sociedade.

Não obstante esforços evolutivos milenares, permanece ainda festejado o *pacta sunt servanda*. O acordo de vontades, embora seja elemento de segurança jurídica, não deve se sobrepor ao dinamismo da globalização, já tendo sido afastado desde a Roma Antiga sob a cláusula

sula *rebus sic stantibus*, entre outras ocasiões em que o formalismo pretendeu superar o Direito enquanto Ciência Social.

Não seria crível admitir-se ser o Poder Judiciário o ente responsável por decidir sobre as relações de direito privado, sobretudo sob o argumento de que, por conta da diminuição de receita e paralisação de negócios decorrentes das medidas de enfrentamento da Covid-19, nenhuma obrigação poderia mais ser cumprida, e assim decretar-se-ia moratória geral e irrestrita a todos os casos que se apresentem.

Readequar obrigações contratuais por negociação amigável é a providência imprescindível. O artigo 360 do Código Civil (BRASIL, 2002) prevê o instituto da novação, como forma de criar nova obrigação que substitua e extinga a anterior pela repactuação.

O momento requer muito diálogo e solidariedade contratual e, assim, o melhor caminho é renegociar os termos e condições anteriormente pactuados, com vistas a torná-los equilibrados e equitativos para todas as partes da relação jurídica negocial (SCHREIBER, 2017). Outra alternativa de solução extrajudicial consensual é o acionamento de câmaras arbitrais ou a mediação, a depender do valor envolvido na operação econômica readequada.

Vivenciam-se eventos imprevisíveis e extraordinários, que remetem à Teoria das Escolhas Trágicas e impõem a revisitação, ainda que transitória e casuística, de diversos conceitos. Assimilando Gabriel Garcia Marquez (1986), na obra “O Amor nos Tempos do Cólera”, entende-se que tempos assim desafiam a ressignificação de institutos consolidados para se atingir uma Justiça mais equânime, criadora de jurisprudência excepcional, própria de época história que espera-se ir-repetível.

2 A PANDEMIA COMO FATO SUPERVENIENTE GRAVE, EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL: SOBRE AS TEORIAS DA IMPREVISÃO, DA QUEBRA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

A pandemia do novo coronavírus, as repercussões sociais e econômicas, e as medidas editadas pelo Poder Público para o seu enfrentamento, configurando fato do príncipe, são circunstâncias a que vêm se submetendo todos os particulares. Tratando-se de indivíduos que celebraram contratos, tendo por pressuposto a realidade fática substancialmente alterada, que dificulta ou até impossibilita o seu cumprimento, incidirão soluções jurídicas há muito conhecidas e ora readaptadas.

Conquanto a pandemia seja uma experiência inusitada, o Direito, no decorrer de sua contínua evolução histórica, desenvolveu e positivou, em resposta a períodos conturbados, sábias teorias que tratam da problemática da alteração superveniente de circunstâncias contratuais e seus efeitos sobre a relação jurídica, suavizando o tradicional *pacta sunt servanda* e evitando soluções engessadas e *prêt-à-porter*.

No âmbito civilista brasileiro, os seguintes institutos jurídicos são comumente empregados face condições adversas posteriores ao contrato: a teoria da imprevisão, as teses de onerosidade excessiva e quebra da base objetiva do negócio jurídico, a cláusula *rebus sic stantibus*, o caso fortuito e a força maior. E todos devem ser compreendidos em perspectiva pragmática e pautados em legalidade constitucional.

Discernem-se, pois, as fontes de modificação do pacto: (i) a fonte legal, com base, à guisa de exemplo, nos artigos 317, 393 e 478 do Código Civil (CC) (BRASIL, 2002) e no artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990) – a revisão ou resolução do pacto operada por ato judicial ou arbitral; ou (ii) por força da autonomia privada.

A experiência jurisprudencial pátria na aplicação dos dispositivos do Código Civil mencionados tem se dirigido, historicamente, a prestigiar a força obrigatória dos pactos e o caráter excepcional da resolução fundada na teoria da imprevisão – o que decorreria da interpretação sistemática dessas regras. Com efeito, identifica-se facilmente a referência pretoriana às normas que regem a matéria em decisões que apontam a inviabilidade da revisão contratual, mais que naquelas que a autorizam.

Haja vista prévios cenários de crise macroeconômica no Brasil e a aplicação concreta da Teoria da Imprevisão, nossos Tribunais reconhecem que não podem ser considerados fatos imprevisíveis: a mudança da moeda nacional; o crescimento da inflação; a variação cambial; a maxidesvalorização do padrão monetário; o aumento do déficit público; a majoração de alíquotas; entre outros.

Judith Martins-Costa (2018, p. 655-656) recomenda à incidência do artigo 478 do Código Civil determinadas “condições inafastáveis e cumulativas: (i) que o contrato não se classifique como de execução instantânea; (ii) que o fator do desequilíbrio seja superveniente, isto é, que o evento causador da excessiva onerosidade seja superveniente à conclusão de contrato comutativo, ou de seus aditamentos; bem como que o evento causador do desequilíbrio: (iii) tenha sido, no momento da conclusão do contrato (ou da sua renovação, ou do aditamento), imprevisível às partes; (iv) não seja imputável à parte que o alega; (v) cause a uma das partes «onerosidade excessiva»; (vi) à outra parte «extrema vantagem»; (vii) escape ao risco próprio do negócio, isto é: que o risco não se classifique como «risco normal do negócio”.

Tratando-se de relação consumerista, incide a segunda parte do inciso V do artigo 6º do CDC, cabendo revisão contratual, desde que sejam caracterizadas e comprovadas as condições a seguir: (i) a ocorrência de fatos supervenientes; (ii) que tornem as prestações excessivamente onerosas; (iii) em prejuízo do consumidor.

O preceito insculpido no CDC dispensa a imprevisibilidade do fato, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda da execução do contrato para o consumidor. Inquestionável é que não se contemplou a Teoria da Imprevisão, diferenciando-se do artigo 478 do Código Civil nesse ponto. O CDC adotou, pois, a tese alemã de Quebra da Base Objetiva do Negócio Jurídico, a qual acarreta revisão do contrato como regra, e apenas excepcionalmente a sua resolução (BRASIL, 1990).

Nesse diapasão, o Enunciado 17 da Jornada I de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

No que tange ao consumidor-devedor, mais salutar seria que o ônus da prova fosse tratado não sob a ótica da excessiva onerosidade supostamente praticada pelo fornecedor, mas da grave dificuldade econômica subjetiva do consumidor, quiçá sendo admitida a aplicação analógica da recuperação judicial, que mitiga o princípio da obrigatoriedade dos contratos para pessoas jurídicas em crise financeira.

Outros questionamentos suscitados pelo artigo 6º da lei consumerista, com enfoque no inciso VIII, que refere-se ao ônus probatório da onerosidade excessiva, são: será admitida a abertura de contas bancárias do fornecedor para verificação da sua alegada crise financeira? E se a demanda for promovida nos Juizados Especiais Cíveis (vide Lei nº. 9.099/1995), como compatibilizar os princípios regentes da simplicidade, celeridade e informalidade e a solução de conflito que demandaria a produção de prova pericial? Caberá aos patronos definirem, casuisticamente, qual a melhor estratégia de balanceamento entre ônus e custas processuais.

O contexto de instabilidade é campo fértil para pôr à prova a aplicação dessas regras. O ponto de partida à adequada compreensão da

viabilidade de uma revisão contratual, sob o fundamento de onerosidade excessiva, reside no sentido que se pode atribuir ao conceito de fato superveniente extraordinário e imprevisível.

Não basta, para possibilitar a revisão contratual, que o fato em si exceda consideravelmente os riscos normais do negócio (caráter extraordinário) e não seja passível de razoável antecipação pelos contratantes no momento da celebração da avença (imprevisibilidade). Ademais, faz-se necessário que os efeitos concretos do evento no proveito econômico do contrato também detenham tais características. A rigor, cabe aferir o caráter extraordinário e imprevisível dos efeitos do fato sobre as esferas econômicas dos contratantes, e, notadamente, sobre o programa contratual.

Se o risco de epidemia estiver inserido na atividade, não há caso fortuito ou força maior, como no exercício de atividades hospitalares. Contudo, uma pandemia como a de Covid-19, sem precedentes, que afeta todos os setores econômicos, não habilita, de pronto, a revisão ou rescisão do pacto. É preciso verificar a duração e o impacto do fortuito, além de eventuais previsões contratuais sobre tais ocorrências.

São consequências da caracterização de caso fortuito ou força maior: a) a ausência de responsabilidade civil do devedor pelo inadimplemento a que deu causa (art. 393, *caput*, do CC); e b) a resolução dos contratos cujo cumprimento tenha se tornado impossível, face à ineficácia contratual (arts. 234, 248 e 250 do CC) (BRASIL, 2002).

Essa é uma visão geral e bastante simplificada dos institutos, com o objetivo solo de fornecer explanação basilar. Aplicá-los conduzir-á, pois, a diferentes efeitos.

De modo analítico, a eficácia da norma jurídica aplicada depende de fatores como: a) tipo contratual (se de longo ou curto prazo); b) obrigações contratadas (se de meio, de resultado ou de garantia); c) se o contrato é comutativo ou aleatório; d) a existência, ou não, de cláusula de readequação do pacto às circunstâncias ulteriores por evento abstra-

tamente previsível e concretamente previsto; e) o ramo do direito aplicável ao contrato (sujeito aos direitos civil, consumerista, do trabalho ou administrativo, etc.); f) o ramo da atividade afetada pela alteração das circunstâncias e o impacto sobre a capacidade da parte contratada de cumprir suas obrigações; g) a existência, ou não, de alternativas para, a despeito das novas circunstâncias, a contratada continuar adimplindo todas ou parte de suas obrigações; h) a apuração, à luz da boa-fé objetiva, da razoabilidade das medidas tomadas pela contratada para proteger seus interesses e de terceiros.

É mister ainda distinguir de que modo a pandemia perturba os contratos cujos efeitos se projetam no tempo, cujo objeto compreende prestações sucessivas, e os de simples diferimento entre o momento da celebração e da execução da prestação (MIRAGEM, 2020).

As repercussões serão variáveis conforme as características das obrigações em jogo. Assim como as revisões contratuais serão mais frequentes que em tempos de normalidade socioeconômica, haverá contratos que, mesmo com elevado abalo na equação econômico-financeira, não poderão ser revisados, pois o risco concreto da pandemia já integrava a própria álea negocial, a despeito de se reconhecer que a pandemia é, sim, um fato ulterior extraordinário que afeta as avenças em geral.

Em relação às cláusulas financeiras pactuadas em contrato, já se apresentam acirrados debates atinentes aos encargos e às atualizações monetária e cambial, ultrapassando a perspectiva estrita dos negócios jurídicos privados e alcançando as relações jurídicas estatais com foco em finanças públicas, passando por contratos de concessões e alcançando as distintas modalidades de endividamento público.

Seara em que os institutos descritos terão efeitos diversos é a dos contratos administrativos. Há no gênero inúmeras espécies regidas por leis distintas e que, por tal razão, devem ter tratamento diferenciado. A regra geral do Direito Administrativo Brasileiro, conforme artigos 37, XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e 65 da Lei Federal

nº. 8.666/1993 (BRASIL, 1993), aponta que, diante de evento imprevisível ou, ainda, previsível mas de efeitos incalculáveis, o Poder Público contratante é responsável pelo reequilíbrio econômico-financeiro. Ainda que o evento seja atinente às teses da imprevisão, da onerosidade excessiva ou de força maior, a consequência será a assunção de danos pela Administração Pública, e não o compartilhamento entre as partes.

O tratamento distinto dos contratos administrativos se assenta no fato de que, ao participar de licitação, o particular precifica dentro de condições de risco, e não de total incerteza, por eventos imprevisíveis (ou não) de consequências calculáveis. A precificação dos contratos administrativos depende da assunção de incertezas, já que, do contrário, não seria possível eleger a proposta vencedora.

Além disso, os particulares que contratam com a Administração Pública também estão sujeitos a alterações contratuais e assunção de ônus, em razão do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos e da continuidade na prestação dos serviços públicos, mesmo em condições financeiras adversas, aos quais não se sujeitam os privados nas relações entre si. Consequentemente, o dever de reequilíbrio é a garantia do particular que contrata com a Administração Pública.

Porém, verifica-se tratamento próprio aos contratos de concessão de serviços públicos (Leis Federais nº. 8.987/1995 – concessão comum – e nº. 11.079/2004 – PPP). Por serem de longa duração, preveem alocação própria de riscos. No entanto, mesmo nesses contratos administrativos, eventos de força maior, sobretudo os não seguráveis, e a imprevisibilidade tendem a responsabilizar a Administração Pública.

Há, contudo, um novo modelo: o Contrato de Impacto Social (CIS), que visa inovar permitindo que a autoridade governamental contrate entidade privada para implementar e desenvolver determinado serviço público, remunerando-a apenas se atingir os resultados contratados. O instrumento contratual utiliza-se do modelo de pagamento por resultados, assentindo que os governos transfiram parte dos riscos da

prestação do serviço e promovendo o melhor uso do erário. O CIS será regido por normas atinentes às parcerias público-privadas *lato sensu* (CAMPOS, 2020).

Em maio desse fatídico ano de 2020, a Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura divulgou parecer reconhecendo a pandemia de Covid-19 como força maior, apta a ensejar o dever de reequilíbrio econômico financeiro nos contratos de infraestrutura, desde que respeitada a distribuição de riscos entre concessionários e Poder Concedente. Tendo em vista a superação da dicotomia entre direito público e privado, vale transportar tal direcionamento para o âmbito do Direito Civil e aplicá-lo, resguardadas as peculiaridades, aos contratos paritários entre particulares.

Portanto, os serviços públicos em geral sofrerão impacto sensível em virtude da pandemia. É fácil notar os setores que serão mais afetados, como prestadores de serviços públicos de saúde, de transporte coletivo de passageiros e de cargas, operadores de infraestrutura logística (rodovias, aeroportos e portos), entre outros.

Em relação aos novos contratos firmados com conhecimento dos efeitos da pandemia, é relevante que as partes tratem expressamente e de forma detalhada da alocação de riscos. Para tais pactos, a revisão contratual baseada nos institutos ora apontados, especialmente as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, será reduzida em razão da previsibilidade dos efeitos socioeconômicos da crise.

Todavia, certas hipóteses poderão gerar a aplicação pragmática do disposto nos artigos 156 e 157 do CC (BRASIL, 2002), que se referem a causas de invalidade do contrato já na sua origem, como os vícios do estado de perigo e da lesão, respectivamente.

3 IMPOSSIBILIDADE, INCERTEZA E INUTILIDADE DE CUMPRIR O PACTO

A impossibilidade de cumprimento do contrato pelas partes pode ser definitiva ou temporária. No primeiro caso, há um obstáculo à realização da prestação que não deve desaparecer, nem se atenuar, com a fluência do tempo. No segundo caso, é impossível por certo período, indicando que a prestação poderá ainda ser cumprida, porém não mais no prazo originalmente previsto (TARTUCE, 2015).

Também pode ser absoluta ou relativa. Na primeira, extingue-se a obrigação e o devedor fica liberado do dever de cumpri-la; na segunda, há dificuldade ou onerosidade excessiva para o cumprimento da prestação, o que mantém o devedor contratualmente vinculado e ainda responsável por todas as cláusulas pactuadas.

Há situações em que, devido a medidas estatais e/ou particulares, torna-se impossível o cumprimento do acordo. Pense-se naquelas em que atos normativos formais estabeleceram a suspensão temporária da prática de atividades durante o *lockdown*, como, por exemplo, os decretos estaduais e municipais que impuseram o fechamento do comércio, sob pena de multa e cassação de alvará.

Assim também vem ocorrendo com cinemas, teatros, casas de espetáculos e estádios, todos impedidos de abrirem suas portas por entes federativos, no intuito de evitar aglomerações e conter a difusão do novo coronavírus. A dúvida, aqui, cinge-se à solução oferecida aos consumidores de bilhetes adquiridos com antecedência.

Situação semelhante se verifica quando suspenso, pelo poder de polícia, o serviço de transporte com a proibição de circulação de carros de aplicativos e ônibus de linhas intermunicipais entre a cidade do Rio de Janeiro e a Região Metropolitana.

Tais hipóteses possuem uma causa comum: o fato do príncipe inviabilizou o cumprimento da prestação a cargo de um dos contratantes – o transportador não conduzirá o passageiro, o cinema não reproduzirá o filme, a arena não abrigará o espetáculo, e assim por diante. Enquanto, em outras, não existe a impossibilidade caracterizada desde logo, mas incerteza quanto ao momento e às condições futuras de execução do contrato, sendo essa, por exemplo, a situação dos passageiros de transporte aéreo e daqueles que reservaram hospedagens e/ou contrataram pacote turístico que, por imperativo de segurança e saúde, optaram por não viajar.

Terceiro caso é o dos contratos de execução diferida e os de trato sucessivo, sobre os quais a pandemia do novo coronavírus e as circunstâncias fáticas atreladas repercutem na expectativa de cumprimento da prestação ajustada de determinado modo, no futuro, considerando a natureza e a finalidade do contrato.

Nos contratos com execução diferida, cuja prestação ainda não seja exigível, o fato de não ser possível precisar o termo final para os esforços de enfrentamento à pandemia e o período de vigência das medidas estatais ou a possível necessidade de adoção de outras providências no futuro, dão origem à incerteza quanto ao cumprimento no momento em que tenha sido ajustada a execução da prestação.

A incerteza no cumprimento é solucionada pelo artigo 477 do Código Civil (BRASIL, 2002), por “exceção de insegurança”, que restringe-se às situações em que a diminuição do patrimônio do devedor dá causa à dúvida sobre sua capacidade de cumprir o pacto. Uma extensão do conceito poderia ser admitida para outras circunstâncias que não apenas a redução do seu patrimônio, de modo a abranger outras repercussões da pandemia, permitindo a antecipação da execução, sob pena de resolução contratual.

Nesses casos, deve ser, a princípio, oportunizada a revisão contratual com a tentativa de acordo extrajudicial amigável; caso compro-

vem ser descabido o acordo por perda do objeto ou outro motivo contundente que acarrete a impossibilidade absoluta de cumprimento da prestação contratada, caberá a resolução do pacto.

Em contratos duradouros, se a impossibilidade de cumprimento for transitória, poderão manter o vínculo, reajustando em comum acordo o conteúdo da prestação devida proporcionalmente ao serviço prestado, como é o exemplo das escolas cujas aulas sejam suspensas, ou prestadores de serviço cuja atividade seja impedida ou restringida por medidas de polícia administrativa, o que pode envolver contratos de consumo e também contratos paritários entre particulares ou empresariais.

Por sua vez, nos contratos instantâneos, nos quais uma parte tenha quitado sua prestação, tendo se tornado credora da contraprestação, a eficácia da resolução contratual implicará a restituição do que já foi pago, extinguindo-se o contrato sem responsabilidade do devedor que não cumpriu porque absolutamente não pode.

Destaca-se, pois, a utilidade das regras de interpretação do negócio jurídico presentes no Código Civil, alteradas pela Lei 13.874/2019 (BRASIL, 2019), em especial aquelas que atribuem à melhor interpretação o sentido que corresponder à boa-fé objetiva e à razoabilidade da negociação entre as partes sobre o ponto debatido, inferidas das demais cláusulas do negócio e da racionalidade econômica *in casu*, consideradas as informações disponíveis no momento da celebração (art. 113, §1º, do CC) (BRASIL, 2002).

Especialmente influenciadas pelo olhar acurado da função social e da boa-fé objetiva, as obrigações ganharam nuances nunca antes vistas pelo patrimonialismo clássico. Teorias como as do adimplemento imperfeito, *venire contra factum proprio*, *tu quoque*, *supressio*, *surrectio*, *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato, vieram a propor soluções que relativizam a interpretação estática da lei.

Outra teoria que poderia ser aplicada é a do inadimplemento antecipado, que no direito brasileiro não conta com previsão legal expressa. É geralmente tratada a partir do exame do comportamento do devedor anterior ao vencimento da obrigação e que permitiria ao credor concluir pela impossibilidade de adimplemento futuro da prestação. Como bem registrou o mestre Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2004, p. 128), *é a quebra da confiança sobre o futuro adimplemento*, com retorno das partes, tanto quanto possível, ao *status quo ante* (com a restituição das prestações pagas).

Além da incerteza sobre o cumprimento futuro, acrescenta-se ainda a própria incerteza sobre a utilidade da prestação, impossibilitando a revisão contratual. Nesse aspecto, a teoria da quebra da base do negócio jurídico, de Karl Larenz (2002), merece foco, principalmente nos contratos de consumo, por força do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação aos contratos civis e empresariais, nos quais é diversa a alocação de riscos, é de se admitir que as repercussões da pandemia do novo coronavírus permitam, de acordo com o exame do impacto concreto nas relações contratuais, a aplicação da teoria da imprevisão para revisão do contrato, com fulcro no artigo 317 do CC, ou a resolução por onerosidade excessiva, fundada no artigo 478 do CC (BRASIL, 2002).

Destarte, acaba insubsistente a tendência doutrinária de centralizar o debate em suposta ausência de responsabilidade civil contratual do devedor em razão da alegada configuração de caso fortuito ou força maior decorrente da pandemia – figuras, tradicionalmente, associadas a eventos imprevisíveis e inevitáveis, dos quais a pandemia logo se afigura, hoje, como banalizado exemplo –, uma vez que ignora que, em rigor conceitual, tais institutos jurídicos não traduzem hipótese autorizadora de resolução (e muito menos de revisão) do contrato, mas sim, tecni-

camente, causa excludente de responsabilidade civil em decorrência da interrupção do nexu causal.

Ou seja, se o próprio devedor que pretende isentar-se de cumprir o contrato alega a ocorrência de caso fortuito, estará, ainda que involuntariamente, deslocando o foco da discussão para a esfera da responsabilidade civil – e, como o dever de arcar com perdas e danos pressupõe o inadimplemento, seja absoluto ou relativo, concluir-se-ia que o devedor estaria, ainda que implicitamente, confessando a prática de ilícito contratual. Tal conduta evidenciaria a presença de “fato ou omissão imputável ao devedor”, que incorreria em mora (art. 396 do CC, a contrário senso) (BRASIL, 2002).

Mesmo em contratos cujas prestações sejam economicamente afetadas pelas restrições a todos impostas durante a pandemia, antes de qualquer pleito revisional deve-se recorrer à boa-fé objetiva e ao dever de renegociar. Soluções alternativas devem ser encontradas pelos contratantes para preservar o pactuado, ainda mais quando o Judiciário deve ser acionado apenas para situações urgentes. Extinção de vínculos contratuais ou sua revisão judicial são remédios extremos, a serem evitados ante o imperativo dos deveres anexos de mútua cooperação e lealdade, derivados do artigo 422 do Código Civil (BRASIL, 2002) e do princípio constitucional da solidariedade social.

4 REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL TRANSITÓRIO

No portal da República Francesa, faz-se referência à Lei “Failliot”, publicada em 23 de janeiro de 1918, cuja aprovação ocorreu ao fim da 1ª Guerra Mundial e se estendeu até 11 de novembro daquele ano (MELO, 2020).

O soerguimento da doutrina revisionista dos contratos, antes negada pelo Código Napoleônico e movida por necessidades econô-

micas pós-guerra, autorizou juízes e tribunais franceses a resolverem ou revisarem contratos que tivessem sido celebrados previamente à guerra. A doutrina pátria (RODRIGUES JUNIOR, 2020) vislumbrou a Lei “Failliot” como uma importante referência do Projeto de Lei nº. 1.179/2020 (BRASIL, 2020a), proposto pelo Senador Antônio Anastasia (PSD/MG).

Em períodos que sucedem as guerras, cujos efeitos mais graves de sua deflagração afetaram diretamente os países envolvidos e indiretamente os demais, várias leis, artigos científicos e obras doutrinárias são publicados na tentativa de lidar com seus resultados trágicos – é o que ocorre e continuará a suceder também, mas de modo muito mais drástico e amplificado, no caso da pandemia de Covid-19.

Na linha das medidas legislativas aprovadas nos parlamentos do mundo todo, no Brasil, por via de esforços conjuntos dos Poderes Judiciário e Legislativo, tramitou, em regime de urgência, o Projeto de Lei nº. 1.179/2020, que dispunha sobre o Regime Jurídico Emergencial Transitório (RJET).

Em sua justificação, constam como princípios: (1) manter a separação entre relações paritárias (de Direito Civil) e assimétricas (de Direito do Consumidor e das Locações Prediais Urbanas); (2) não alterar leis vigentes (dado o cunho emergencial da crise gerada pela pandemia), mas apenas criar regras transitórias que, em alguns casos, suspendam temporariamente a aplicação de dispositivos dos Códigos e leis extravagantes; (3) limitar-se a matérias preponderantemente privadas, deixando questões tributárias e administrativas para outros projetos; (4) as matérias de caráter falimentar e recuperacional serão tratadas em outros projetos já em tramitação.

Em que pese o projeto de lei tenha se originado em março de 2020, o RJET apenas entrou em vigor em 10 de junho de 2020, data em que foi publicada a Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), em que pese o seu artigo 1º passar a falsa impressão de que a data de publicação do

Decreto Legislativo nº. 06, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020d), seria o termo inicial de vigência para todas as disposições contidas no RJET.

Tecnicamente, trata-se de norma transversal, de sobredireito, e não de Direito Privado estritamente, ainda mais por já ser a doutrina mais balizada assente no sentido da superação da dicotomia clássica entre direito público e direito privado.

Diante da dificuldade de deduzir a pretensão em juízo em razão dos graves entraves ao acesso a documentos comprobatórios da ação que se busca propor, sustentou Pablo Stolze (2020), em *webinar* do canal OAB Nacional, em tese inédita, que teria havido a suspensão da prescrição e da decadência, a partir da Portaria GM/MS nº 188, de 03 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020e), que reconheceu nacionalmente a pandemia do novo coronavírus, uma vez que a inércia da parte autora deriva das impossibilidades material de constituir prova e processual de judicializar a demanda sem prova do direito. Adiciona o jurista que sua tese poderia fazer uso de analogia à construção pretoriana consubstanciada no Enunciado de Súmula nº 229 do STJ¹.

Quanto à possibilidade de retroação na aplicação da Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), dúvidas não há de que pode, sim, ser retroativa. Ao contrário do que comumente afirmam os leigos, o princípio da irretroatividade não é absoluto, admitindo-se que a lei produza efeitos *ex tunc*, desde que não atinja direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada (GAMA; NEVES, 2020), com amparo no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942).

1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciado da Súmula nº 229 do STJ:** O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula229.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

Foi vetado o artigo 6º da Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b), que pretendia proporcionar um “norte interpretativo” ao Judiciário na interpretação dos contratos. Contudo, em que pesem respeitadas opiniões contrárias, o veto não compromete o visado fim de coibir comportamentos oportunistas do contratante que, já inadimplente, pretende alegar a pandemia para se esquivar do cumprimento de suas obrigações. O inadimplente será alcançado pelo instituto do abuso do direito, previsto no artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002), que, revigorado pela cláusula geral da boa-fé objetiva, sanciona condutas desleais, abusivas e oportunistas do contratante que tenta tirar proveito indevido da situação excepcional. Vale, aqui, o brocardo: *equity must come with clean hands*.

Já o artigo 7º da Lei 14.010/2020 (BRASIL, 2020b) , também objeto de veto, pretendia descaracterizar como fatos imprevisíveis fenômenos econômicos como aumento da inflação, variação cambial, desvalorização monetária e até a substituição do padrão monetário, a fim de obstar o Judiciário de readaptar os contratos desequilibrados em razão de tais eventos, reconhecidamente frequentes em tempos de crise econômica.

Em tempos excepcionais, torna-se necessário maior controle social, a fim de garantir a eficácia de políticas públicas voltadas a minimizar os efeitos catastróficos do vírus. Ademais, a intervenção estatal corretiva, que garanta a manutenção de contratos, será não só aceitável como também indispensável à preservação das relações contratuais e operações econômicas inerentes, permitindo assim que a livre iniciativa e a inventividade de seus agentes alcancem condições para a cura.

Não se pode desconsiderar, ainda, que medidas estatais mitigatórias, que não afetem diretamente contratos, mas assegurem o cumprimento de suas prestações e o prosseguimento de determinadas atividades, podem ser elementos relevantes à aferição da presença de

requisitos jurídicos, proporcionais e razoáveis, aptos a ensejar revisão contratual ou a suspensão da exigibilidade de certas obrigações.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho preocupou-se em destacar institutos jurídicos consolidados e as principais teorias aplicáveis às hipóteses de fatos supervenientes imprevisíveis, as consequências da violação do dever contratual de renegociar e o redesenho de calibrações jurídicas à luz do Direito Civil Constitucional para o enfrentamento dos drásticos efeitos da pandemia de Covid-19.

A escala de contaminação pelo novo coronavírus, causada pela síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV-2), motivou a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional, promovida pela Organização Mundial da Saúde – OMS, em 30 de janeiro de 2020², em razão de alastrar-se, intensa e indiscriminadamente, por todos os continentes do planeta.

Deve ser, ainda, considerada a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020c), que dispõe sobre medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, bem como os decretos estaduais e municipais sobre o tema aplicáveis aos locais onde foram celebrados e executados os contratos a serem renegociados, sendo respeitado o preceito constitucional que assegura a competência concorrente dos entes federativos *in casu*.

Como consequência do fechamento do comércio e de ramos da indústria, da resolução de diversos contratos de trabalho, do aumento das taxas de desemprego, do isolamento social e da retração da econo-

2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-declara-coronavirus-emergencia-de-saude-publica-internacional/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

mia, muitos reavaliam contratações e questionam o que deve ser cumprido e eventualmente repensado. A situação traz adversidades aos negócios jurídicos e vigorosos impactos às obrigações pactuadas.

A pandemia nos impôs reavaliar a aplicabilidade de antigas máximas jurídicas fixadas por Konrad Hesse (1991, p. 30-33): *not kennt kein gebot* (a necessidade não conhece mandamento) e *necessitas habet non legem* (a necessidade não tem lei).

A Constituição de 1988 não se preparou para o embate às emergências políticas e socioeconômicas derivadas do estado de calamidade pública deflagrado pelo novo coronavírus, porque não regula, propriamente, o estado de necessidade. Portanto, é a necessidade, guiada pelos paradigmas axiológicos constitucionais, que dita as regras desse jogo de consequências catastróficas, com peças movidas por políticas emergenciais, estatísticas renovadas diariamente e pesquisas científicas experimentais, sobre um tabuleiro de proporções globais (MENDES, 2020).

Foi perspicaz a tradução do brocardo romano *necessitas habet non legem* ressignificada pelo Ministro do STF, Luiz Fux (2020): “Diante da necessidade, deve cessar a letra fria da lei”. Não se deve afirmar que não há lei na necessidade, e sim que a “letra fria” da lei cessa diante desse estado.

Máximas jurídicas com longa tradição não guardam univocidade e variam a depender do contexto social, estando sujeitas a interpretações e readequações face à realidade histórica vivenciada. O silêncio da lei é possível, porém jamais faltará a voz do direito, a propor soluções justas e responsáveis ao atual caos concreto.

Além da força normativa da Constituição, outro princípio jurídico consolidado, muito debatido em períodos de incerteza, é a força obrigatória dos contratos. Não se limita a revestir passivamente o acordo, exercitado pela autonomia privada, do véu legal de mera tradução

formal do pactuado, mas tende a incidir sobre operações econômicas concretas, segundo as ilustres lições de Enzo Roppo (2009).

A somar ao drástico cenário de incertezas, foram vetados os artigos 6º e 7º da Lei 14.010/2020, que versavam sobre resilição, resolução e revisão dos Contratos. Destarte, os contratos privados, atingidos pela pandemia, terão que ser submetidos ao Judiciário ou a tribunais arbitrais se as partes não repactuarem suas condições. O primeiro passo é analisar o impacto concreto provocado em cada contrato.

Embora o SARS-CoV-2 tenha surpreendido o mundo e se tornado o maior exemplo de fato imprevisível atual, não se pode vislumbrar a pandemia como evento fortuito ou força maior, de forma generalizada, apto a liberar o devedor de cumprir o contrato sem serem verificadas as perdas e danos. Contratos devem ser cumpridos mesmo em tempos de crise e, para que se afaste o *pacta sunt servanda*, não basta a ocorrência de evento extraordinário e irresistível, sendo necessário que se trate de evento externo à atividade contratada, não faça parte de sua esfera de risco, que ele estivesse, até então, sendo cumprido regularmente, que tenha se tornado inexigível devido às circunstâncias e que seja absolutamente impossível a sua execução.

O contrato é o instrumento *mor* da livre iniciativa e, como tal, se a economia adoece, demandará tratamento proporcional, desde que necessário e adequado, a auxiliar as defesas ordinárias da liberdade e da autonomia dos agentes, a debelar a enfermidade (PIANOVSKI, 2020). O duplo pilar sobre o qual se assenta o *pacta sunt servanda* – valor jurídico da promessa e confiança legítima – traz, ele próprio, os fundamentos para a mitigação da eficácia desse princípio.

O controle de funcionalidade dos pactos preocupa-se em garantir a congruência entre a eficácia da iniciativa privada e a operação econômica traduzida em compromisso jurídico (ROPPO, 2009), refletindo as regras pontuais de bom funcionamento do mercado e o papel dos

contratos como meios essenciais à gestão de uma economia mundial preponderantemente capitalista.

Por força da boa-fé objetiva, que impõe que os contratantes se portem de modo leal, transparente e cooperativo entre si, o contratante que sofre desequilíbrio tem o dever jurídico de notificar o outro sobre a necessidade de renegociar os parâmetros contratuais e, em contrapartida, o contratante que beneficia-se com o desequilíbrio teria o dever de meio de responder a esse chamado e tentar o acordo extrajudicial, como espécie de condição de admissibilidade do pleito judicial (SCHREIBER, 2018).

Caso não haja repactuação, tal circunstância serviria a comprovar pretensão resistida que justificaria posteriormente a propositura de demanda judicial. Se não houver, ao menos, a tentativa extrajudicial de adimplir o dever contratual de renegociação, como conduta *ex bona fide*, haverá inadimplemento, em sentido técnico, a deflagrar direito a reparação por danos, com a invocação de burla ao dever anexo à boa-fé objetiva: *exceptio non adimpleti contratos*.

Noutra toada, caso o contratante que sofra o desequilíbrio não aja, em prazo razoável, na busca por meios de renegociar o contrato, estaria ele mesmo atuando em flagrante violação a deveres anexos à boa-fé objetiva: o *duty to mitigate the loss* e a *supressio*. À falta de regra específica nesse caso, e baseando-se na norma de fundo consistente em *justiça contratual*, a consequência da burla de qualquer dever jurídico segue a mesma: nasce um dano indenizável.

A preocupação com a *justiça material das relações contratuais* restringe-se, em maioria, aos campos dos contratantes vulneráveis, como o exemplo recorrente da figura do consumidor. No entanto, em tempos de pandemia, faz-se mister nova reflexão sobre antigos parâmetros, eis que todos os contratantes são atingidos, os tipicamente vulneráveis ou não, em maior ou menor grau, porém inevitavelmente.

Medidas interventivas devem ser precedidas do dever de renegociar. O não atendimento desse preceito, em situação de grave crise, pode gerar repercussões a balizar a própria intervenção judicial, podendo, no limite, implicar a inobservância de pretensões de modificação ou extinção de contratos, por violação à boa-fé objetiva.

O princípio do equilíbrio contratual, para alguns derivado da boa-fé objetiva e para outros princípio autônomo, não fornece qualquer critério de distinção entre os contratantes. Tais critérios derivam de outros instrumentos jurídicos que, conquanto também possam se inspirar nos valores constitucionais da igualdade substancial e da solidariedade social, oferecem eficácia própria, como a nulidade das cláusulas abusivas em desfavor do consumidor ou a hipervulnerabilidade de idosos e crianças (RODRIGUES JUNIOR, 2014).

O dever de renegociar é consonante com a liberdade contratual, que se baseia, em última instância, na livre iniciativa, que não deve ser eliminada ainda que em momentos de agravada instabilidade mundial. É necessário, pois, refletir sobre o sentido, a função e os limites da intervenção estatal nos contratos paritários entre particulares, tanto no grave contexto presente quanto na fase pós-crise.

Os efeitos da pandemia do novo coronavírus sobre as relações obrigacionais, tanto no âmbito civil e empresarial quanto consumerista, provocam o reexame de institutos atinentes à perturbação das prestações e impossibilidade de cumprimento dos contratos. Frente à realidade de riscos excepcionais, a preservação do interesse das partes no contrato rivaliza com as exigências de interesse público, representado pelas medidas de polícia e suas consequências sociais e econômicas.

Por outro lado, destaca-se a disciplina legal de uma série de relações jurídicas previstas no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e em outras leis, exigindo sua interpretação em acordo com a situação na qual a impossibilidade do cumprimento dos contratos, ou as situações sobre as quais incidem as balizas da responsabilidade por

danos, embora transitórias, podem ser de grave repercussão ao interesse das partes envolvidas.

Tais circunstâncias exigem do intérprete o exame da disciplina dessas várias relações jurídicas envolvidas, articulando a incidência das diversas leis incidentes, emprestando-lhes sentido útil ao interesse das partes envolvidas e do interesse público a ser preservado no enfrentamento da pandemia.

Das catástrofes emergem duas facetas: as manifestações de fraternidade e de responsabilidade social, e também são terreno fértil para ganância e oportunismo (DUARTE, 2020). Frente a tantas inseguranças e incertezas, o olhar solidário não pode desconsiderar a realidade de empresas que definham, demissões em massa, a tormenta do isolamento social para quem vive do trabalho informal, a inadimplência e a curva ascendente de doentes e mortos – não são apenas números, mas almas.

É preciso repensar, mais uma vez na história do Direito, os princípios liberais do *pacta sunt servanda*, da relatividade da relação contratual e da autonomia privada, e sopesá-los com os princípios sociais da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio contratual.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 128.

BARBOSA, Samuel. **Calibragem jurídica em tempos de epidemia**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/calibragem-juridica-em-tempos-de-epidemia-15042020>. Acesso em: 16 abril 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.179, de 2020a**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8081779&ts=1594025237138&-disposition=inline>. Acesso em: 03 maio 2020.

_____. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020b**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado

(RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020c.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020d.** Reconhece, para os fins do artigo 65 da Lei Complementar nº 101/2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada pela Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Portaria GM/MS nº 188 do Gabinete do Ministro da Saúde, de 03 de fevereiro de 2020e.** Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>, Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº. 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. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995a.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995b.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de julho de 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.** Institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

CAMPOS, JOANA VICTORIA ALVARES FURQUIM DE. **Governança em Contratos de Impacto Social (CIS).** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/governanca-em-contratos-de-impacto-social-cis-11052020>. Acesso em: 20 maio 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil. Enunciados Aprovados.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 25 jul. 2020.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Entre vítimas e aproveitadores.** Disponível em: <https://www.instagram.com/p/BsEZaUj2Di/?igshid=973rbeth49fw>. Acesso em: 03 maio 2020.

FUX, Luiz. **A lição de Santo Agostinho.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/04/a-licao-de-santo-agostinho.shtml>. Acesso em: 11 abr. 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Revisitando o Direito Intertemporal: vigência e eficácia da Lei da Pandemia (Lei nº 14.010/20; RJET).** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/06/26/lei-14010-20-vigencia-eficacia/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução por Gilmar Mendes. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1991, p. 30-33.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traduzido por Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 95.

MARQUEZ, Gabriel Garcia. *O amor nos tempos do cólera*. 54.ed. Rio de Janeiro: Record, 1986.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 655-656.

MELO, Fabiano Cotta de. *A reformulação da ideia da imprevisão após o covid-19: Uma nova lei failliot?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/> Acesso em: 05 maio 2020.

MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de Crise e Pensamento Possível: Caminhos Constitucionais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-declara-coronavirus-emergencia-de-saude-publica-internacional/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A força obrigatória dos contratos nos tempos do coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhascontratuais/322653/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>. Acesso em: 31 mar. 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A célebre lei do deputado Failliot e a teoria da imprevisão*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-comparado-celebre-lei-deputado-failliot-teoria-imprevisao>. Acesso em: 05 maio 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A Revisão Judicial dos Contratos de Consumo*. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo Oliveira (org.). I Congresso Luso Brasileiro de Direito. Coimbra: Almedina, 2014, p. 45.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23 e 126-132.

SCHREIBER, Anderson. **Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro**. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 109-132.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. 1.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 305-313.

STOLZE, Pablo. **Direito Privado na Covid-19: Visão Crítica do Regime Jurídico Emergencial Transitório**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MHWZJ51OqyA>. Acesso em: 04 maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciado da Súmula nº 229 do STJ**: O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula229.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 411-424.

CAPÍTULO 13

AS RELAÇÕES ENTRE CONTRIBUINTE E FISCO EM TEMPOS DE PANDEMIA



THIAGO BATISTA DA COSTA

Mestrando em Direito (UFRGS)

Procurador da Fazenda Nacional

<http://lattes.cnpq.br/8158440303554077>

1 INTRODUÇÃO

A declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) de que a doença provocada pelo vírus *Sars-Cov-2*¹, a chamada “Covid-19”, alastrou-se pelo mundo de forma pandêmica (GHEBREYESUS, 2020) provocou no Brasil, quase que de forma imediata, ações de Estados e Municípios no sentido de restringir a circulação de pessoas e a realização de atividades sociais e econômicas não-essenciais.

No que diz respeito às atividades econômicas, o fechamento temporário de setores da indústria, comércio e serviços causou severos danos ao caixa de muitas empresas, estando o turismo (UNWTO, 2020) e a aviação (ANAC, 2020) dentre os mais prejudicados. Estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) aponta que, para cada mês de vigência das medidas de restrição e distanciamento de pessoas, pode haver uma redução de até 2% (dois por cento) no Produto Interno Bruto (PIB) anual dos países afetados (OECD, 2020).

Diante desse cruel panorama, o Direito Tributário não pode e não está alheio. Desde Adam Smith, estudiosos analisam o quanto a

¹ Mais conhecido, fora dos círculos médico-científicos, como “coronavírus”.

tributação afeta a economia e vice-versa, sendo certo que um dos princípios jurídicos que mais ganhou atenção nos últimos anos é o da *neutralidade fiscal*, o qual reclama a busca de um ótimo sistema tributário, reduzindo os efeitos da tributação sobre a decisão dos agentes, de maneira a evitar distorções e ineficiências no sistema econômico (SILVEIRA, 2009, p. 113). Ainda que se reconheça que a neutralidade fiscal tem origens na ideologia econômica liberal precursada por Smith – mais exatamente, relacionada com os chamados quatro *cânones da tributação* (SMITH, 1776, p. 423-425) –, não se pode negar que o alheamento do Fisco às dificuldades apresentadas pelas empresas poderia causar não apenas as consequências mais óbvias (falências e demissões), mas também uma queda na arrecadação de receitas com efeitos irreversíveis no curto e médio prazo.

Assim, é pretensão do presente trabalho, logo de início, desfazer um falso dilema envolvendo a obrigação tributária e a indisponibilidade do crédito público: o de que não haveria espaço para acordos entre Fisco e contribuinte, diante da suposta “supremacia do interesse público”.

Em seguida, serão analisadas algumas medidas, de iniciativa da Fazenda Nacional, que demonstram o amadurecimento, ao menos no âmbito da União, da ideia de que é possível satisfazer o *melhor* interesse público na arrecadação de tributos com o uso de ferramentas de cooperação fiscal, é dizer, instrumentos jurídicos que promovem ajustes amigáveis entre o Fisco e o contribuinte.

Por fim, dedicar-se-á um tópico para demonstração das medidas específicas que a União, por meio de seus órgãos de administração tributária, vem implementando para auxiliar contribuintes a superar o período de crise hoje vivenciado em razão da pandemia – de maneira que as dificuldades econômicas não sobrevivam à doença, mas, tanto quanto possível, cessem junto com ela.

2 A PANDEMIA E O INTERESSE PÚBLICO

Embora a chamada “supremacia do interesse público” seja princípio declarado e visto fartamente na literatura jurídica², e invocado ainda no presente em decisões judiciais³, já é ele objeto de contestação há mais de uma década, sendo Humberto Ávila um dos primeiros a questionar os contornos desse *axioma*, visto que sua suposta incidência no ordenamento implicaria no reconhecimento de uma regra de preferência *a priori* do interesse público sobre o particular, ignorando que as relações de prioridade só podem ser verificadas diante do caso concreto e fixando-se por premissa, decerto equivocadamente, que tais interesses costumam ser conflitantes (ÁVILA, 2001).

O entendimento que será defendido neste trabalho alinha-se com a opinião de Ávila e, mais recentemente, revigorada por Juliano Heinen (2019, p. 97): não há contradição necessária entre os interesses público e privado, mas, antes, há uma conexão e até mesmo uma coincidência, tanto quanto possível, entre o interesse público e o conjunto de interesses privados. Com efeito, não se consegue extrair da Constituição Federal (CF) nenhuma norma a indicar uma suposta prevalência *prima facie* do interesse público, havendo verdadeiramente ali, desde seu art. 1º, dispositivos que indicam um dever do Estado em promover

2 Por todos: “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2009, p. 69).

3 “Conforme consignado no aresto embargado, a remoção do servidor para outra localidade, independentemente do interesse da administração, nos casos em que envolva motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que vive às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, fica condicionada à comprovação por Junta Médica Oficial, sendo lícito à administração, dessa forma, submeter o enfermo à perícia médica periódica para verificar a gravidade da moléstia e eventual recuperação. Assim, uma vez cessados os motivos que ensejaram o ato administrativo de remoção, é possível a determinação do retorno do servidor à lotação originária, com amparo na *supremacia do interesse público*” (grifo nosso) (BRASIL, 2019).

o bem comum, o que em última análise implica numa *harmonização* dos diferentes interesses privados.

Esse introito se fez necessário para destacar a posição que o Fisco, nos dias de hoje, deve assumir em suas relações com os contribuintes: a ideia de supremacia carrega consigo uma conotação amplamente desfavorável aos direitos e interesses do contribuinte, reforçando a impressão de que a administração tributária não passa de um *leão devorador*, enorme e faminto (de dinheiro). No entanto, à luz das normas tributárias extraídas da Constituição Federal, conclui-se que, associada ao poder de tributar do Estado, há uma série de limitações a serem por ele observadas, sendo a competência tributária mesma um limite essencial à atuação do poder tributante. Não há dúvidas, pois, de que o contribuinte não apenas possui um dever – fundamental, segundo Casalta Nabais (2009, p. 679) – de pagar tributos, mas também é um sujeito de direitos em face do Estado⁴: tem, por exemplo, o direito de ser esclarecido acerca dos impostos que incidem sobre mercadorias e serviços, conforme regulado pela Lei nº 12.741/2012, além de estar protegido de uma eventual atuação surpresa do Fisco, nos termos do inciso III do art. 150 da CF (BRASIL, 1988).

Um outro direito – segundo alguns, garantia – conferido ao contribuinte é o de não sofrer tributação com efeito de confisco, conforme o art. 150, IV, da Constituição. Ainda que o “confisco” seja um conceito extremamente indeterminado, ficando por isso mais identificado com uma simples “interdição do exagero”, é possível extrair-se dele, como apontado por Luís Eduardo Schoueri (2018, p. 356), o seguinte:

4 O reconhecimento do contribuinte como um sujeito de direitos também se verifica no âmbito do direito comparado. Nos Estados Unidos, a lei de reestruturação e reforma do *Internal Revenue Service*, aprovada em 1998, promoveu profundas mudanças no modo de atuação desse que é o mais importante órgão da administração tributária federal norte-americana, fazendo-o evoluir de um comportamento excessivamente zeloso (*overzealous*) com a conformidade fiscal para uma preocupação maior com os contribuintes, “clientes” do Fisco (LEDERMAN, 2003, p. 972).

Não se justifica uma tributação excessiva por parte do Estado se com aqueles recursos não se acrescentará parcela de liberdade coletiva, enquanto, ao mesmo tempo, tais recursos, nas mãos da sociedade civil, revelam-se mais aptos a promover a inclusão social.

Ademais, é notório que, em tempos de pandemia e profunda crise econômica, uma atuação implacável do Fisco em face de todo o universo de inadimplentes, independentemente das razões que levaram cada contribuinte a descumprir suas obrigações tributárias, seria não apenas imprudente, mas também poderia causar abalos ainda maiores à economia, esgotando as fontes produtivas de riqueza e empurrando os agentes econômicos à informalidade ou, pior, ao estado de falência.

Nessa linha de ideias, é indubitável que o interesse público, em situações tais como a hoje vivenciada em razão da pandemia, possui estreita identificação com a pluralidade de interesses privados: a tributação é necessária, mas a preservação de atividades econômicas e empregos também o é, a fim de que a tributação mesma não incida sobre uma base de cálculo nula. Assim, considerando os tempos excepcionais vividos, medidas tributárias excepcionais também podem se fazer imperiosas para que a crise seja, por fim, superada.

3 A FAZENDA NACIONAL E A COOPERAÇÃO

No Brasil, as soluções de governo para auxílio aos contribuintes em apuros já possuem uma certa tradição sob a figura do *parcelamento*, previsto no art. 151, VI, do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, 1966) e classificado, por setor da doutrina, como uma espécie do gênero moratória (SCHOUERI, 2018, p. 662-663).

Paralelamente ao parcelamento ordinário, acessível a qualquer contribuinte e a qualquer tempo (BRASIL, 2002), foram instituídos ao

longo das últimas décadas diversos *parcelamentos especiais*, nascidos em tempos de crise econômica com período de adesão restrito, mas onde eram garantidos prazos mais longos para pagamento e também, muitas vezes, descontos generosos em juros e multa. O primeiro deles surgiu em 1999 (BRASIL, 2000) com o nome de Programa de Recuperação Fiscal, e sua sigla – *Refis* – acabou se tornando popular entre meio político e imprensa, servindo de designação informal inclusive para os parcelamentos especiais mais recentes – o último, instituído pela Lei nº 13.496/2017 (BRASIL, 2017), tem o *Pert* – Programa Especial de Regularização Tributária – como nome oficial.

Ocorre que, com a sucessão de parcelamentos especiais experimentada nos últimos vinte anos, foram observados sinais de que tal experiência se esgotou, visto que a extensão de seus benefícios à generalidade de contribuintes inadimplentes, independentemente de sua capacidade de pagamento, fragilizou a execução forçada da dívida tributária⁵ e estimulou agentes econômicos a ingressar ou permanecer em situação de inadimplência, na expectativa por um *novo Refis*⁶.

Ora, a cooperação fiscal não é uma via de mão única: além do gesto de bom grado do Fisco, no sentido de auxiliar o contribuinte,

5 Em 2018, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional publicou um relevante estudo por meio da Nota SEI nº 58/2018/PGDAU-CDA-COAGED (PASSOS FILHO, 2018), analisando os efeitos dos parcelamentos especiais sobre a recuperação de créditos inscritos na dívida ativa da União. Nesse estudo, focado especialmente nos benefícios lançados nos últimos anos, restou demonstrado que os parcelamentos especiais pouco contribuíram no incremento da arrecadação, e que os aderentes a tais programas são em sua maioria (83%) devedores de *ratings* A e B, com alta ou média capacidade de pagamento – ou seja, créditos com boas chances de recuperação acabaram sofrendo significativos descontos, ao tempo em que os devedores de créditos fiscais de difícil recuperação pouco se movimentaram no sentido de quitar suas dívidas.

6 Tal fenômeno restou verificado por Frederico Faber e João Paulo Martins da Silva, ao observarem o comportamento dos contribuintes diante dos parcelamentos especiais abertos pela União para quitação de dívidas tributárias vencidas. Os autores, analisando diversos dados de arrecadação entre 2000 e 2015, concluíram que, com o passar do tempo, os contribuintes optantes do parcelamento especial estavam participando cada vez menos da arrecadação espontânea, na expectativa de que, tempos depois, surgisse um novo parcelamento especial para quitação (com descontos em juros e multas) dessas dívidas (FABER e SILVA, 2016).

também é necessário que esse busque sua conformidade fiscal. Nas palavras de Jules Michelet (SILVA, 2016, p. 20):

É evidente, por outro lado, que essa nova perspectiva de relacionamento do fisco e do contribuinte deve envolver, por parte deste, uma contrapartida necessária: o comprometimento com a conformidade voluntária das obrigações tributárias. Se bem sucedida, uma medida dessa natureza tem o potencial até mesmo de promover o incremento da cidadania fiscal do empresariado, o que acaba por reduzir o montante de tributos levados a cobrança coativa.

Na tentativa de superar o quadro, e também para marcar um novo horizonte de atuação da Fazenda Nacional em prol da cooperação fiscal, surgiram nos últimos anos dois importantes instrumentos que podem vir a substituir esse antigo modelo, tratando os contribuintes em desconformidade, se não de maneira individualizada, ao menos observando melhor sua realidade econômica – e tendo em vista, sempre, as necessidades financeiras do Estado. É o que se verá a seguir.

3.1 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Com o advento do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, surgiu em nosso ordenamento um novo instituto jurídico, apelidado pela doutrina de negócio jurídico processual (NJP). O art. 190 da lei adjetiva (BRASIL, 2015) assim dispõe sobre o tema:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Segundo Fredie Didier, o *caput* do artigo acima transcrito é uma cláusula geral dos negócios processuais *atípicos*, os quais “tem por objeto situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes”, mas “também pode ter por objeto o ato processual – definição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos” (2018, p. 443-444). Frise-se, porém, que não é próprio desse negócio jurídico tratar sobre o direito litigioso, objeto da autocomposição (arts. 165 a 175 do CPC): o objeto do negócio jurídico processual é alterar regras do próprio processo (DIDIER JR., 2018, p. 444), ampliando ou reduzindo prazos, ajustando sobre substituição de penhoras, dentre outras questões.

Pois bem. Objetivando disciplinar o tema no âmbito das execuções fiscais da União, foi editada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a Portaria nº 742, de 21 de dezembro de 2018 (BRASIL, 2018), de maneira a possibilitar o ajuste amigável entre contribuinte e Fazenda de certas questões envolvendo débitos inscritos em dívida ativa: garantias do crédito, constrição e alienação de bens, fixação de prazos na execução fiscal e a negociação de um “plano de amortização do débito fiscal” (art. 1º, § 2º, II, da citada portaria).

Como se trata de um acordo exclusivamente processual, sem envolver o mérito da dívida⁷, não é possível, segundo o art. 1º, § 1º, da portaria, celebrar negócio que implique em redução do valor inscrito ou em “renúncia às garantias e privilégios do crédito tributário”. Por outro lado, será possível entrar em acordo em outras questões de penhora de bens (oferecimento de garantias adicionais, por exemplo) e na fixação de prazo para pagamento – *in casu*, a portaria aduz que a vigência do negócio não poderá ser superior a cento e vinte meses (art. 3º, IX).

7 A não ser pela disposição do inciso I do art. 3º da portaria, que fala sobre confissão de débitos, as condições (bases) de negociação do NJP são exclusivamente processuais. Por não ser objeto deste trabalho, deixaremos de lado a discussão sobre a pertinência ou não da confissão de dívida constar do negócio jurídico processual tributário.

Da leitura do art. 3º da portaria, que lista as condições a serem previstas no plano de amortização de débito⁸, se vê que o NJP possui alguns pontos de contato com os parcelamentos tributários, mas com esses não se confunde. Em primeiro lugar, o parcelamento não envolve, em regra, negociação entre as partes: seus requisitos e procedimento são todos detalhados em lei e nos regulamentos administrativos, havendo nenhuma ou muito pouca margem de discricionariedade para a autoridade fazendária deferir ou não o parcelamento. Em segundo lugar, diferentemente do negócio jurídico processual, a adesão a programa de parcelamento implica na suspensão da exigibilidade dos créditos incluídos nesse acordo, e pode ser deferida *antes do ajuizamento* da execução fiscal⁹ – até mesmo antes da inscrição em dívida, hipótese em que o par-

8 *In verbis*:

“Art. 3º. Sem prejuízo da previsão de outras obrigações decorrentes das peculiaridades do caso concreto, o NJP que objetive estabelecer plano de amortização do débito fiscal deverá prever, cumulativa ou alternativamente, as seguintes condições:

I - confissão irrevogável e irretratável dos débitos inseridos no NJP, renovada a cada pagamento periódico;

II - oferecimento de depósito em dinheiro de parcela dos débitos inscritos;

III - oferecimento de outras garantias idôneas, desde que observada a ordem do art. 11 da Lei nº 6.830, de 22 de novembro de 1980, se não houver compromisso de gradual substituição por depósito em dinheiro, em prazo certo;

IV - quitação de parcela dos débitos inscritos em dívida ativa da União, ajuizados ou não;

V - constrição de parcela sobre faturamento mensal ou de recebíveis futuros;

VI - compromisso de garantir ou parcelar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, débitos inscritos em dívida ativa após a celebração do NJP;

VII - rescisão em hipótese de superveniência de falência ou outro mecanismo de liquidação judicial ou extrajudicial;

VIII - apresentação de garantia fidejussória dos administradores da pessoa jurídica devedora, independentemente da apresentação de outras garantias

IX - prazo de vigência não superior a 120 (cento e vinte) meses, salvo autorização expressa da Coordenação-Geral de Estratégias de Recuperação de Créditos;

X - modificação da competência relativa para reunião dos processos no juízo prevento;

XI - condição resolutória a ulterior homologação judicial, quando for o caso, observado o disposto no art. 11.

9 A celebração de negócio jurídico processual pressupõe a existência de execução fiscal ajuizada e, caso o contribuinte queira incluir no acordo inscrições em dívida ainda não ajuizadas, deverá anuir expressamente com o ajuizamento, conforme art. 3º, § 2º, da Portaria nº 742 (BRASIL, 2018).

celamento será inteiramente administrado pela repartição competente da Receita Federal do Brasil (RFB).

Assim sendo, é mister concluir que o acordo de parcelamento – ou a transação, como se verá a seguir – acabará sendo, em boa parte dos casos, o instrumento de maior utilidade para o contribuinte comum que deseja regularizar sua situação perante o Fisco, ficando o negócio jurídico processual resguardado para situações complexas, que envolvam grandes empresas ou entidades em dificuldades, mas com bens aptos a garantir as dívidas em aberto.

3.2 TRANSAÇÃO

Em outubro de 2019, o Poder Executivo federal editou a Medida Provisória (MP) nº 899, posteriormente convertida na Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, 2020a), a qual tem a pretensão de ser uma *norma geral* das transações tributárias autorizadas pelo art. 171 do CTN. Embora não caiba nesta obra fazer qualquer análise mais detalhada acerca das regras e institutos previstos na lei, é curial ressaltar que algumas das características dos parcelamentos estão também aqui presentes, a exemplo da regra de que a transação “confissão irrevogável e irretratável dos créditos abrangidos”, conforme o art. 3º, § 1º, da lei em tela. No entanto, o § 2º disposto logo em seguida indica que a transação não se esgota em um parcelamento da dívida mas, antes, esse parcelamento pode ser um dos objetos da transação, podendo constar desse acordo várias outras cláusulas com o fim de encerrar o litígio em torno do pagamento da dívida tributária.

Por outro lado, seria possível identificar-se uma certa sobreposição entre a transação e o negócio jurídico processual, já antes retratado. Nada obstante, é de se reforçar o argumento que o NJP envolve *exclusivamente* negociações em matéria processual, enquanto a transação diz mais respeito a ajustes de caráter material, geralmente sobre a

própria dívida, independentemente de execução fiscal. Além do mais, as modalidades de transação previstas na lei e no seu atual regulamento¹⁰ indicam que esse acordo, quando não realizado mediante adesão do contribuinte às cláusulas pré-fixadas pela PGFN, se dará via proposta individual estritamente vinculada aos termos legais¹¹, enquanto que no NJP há uma margem de negociação sensivelmente mais aberta.

Nada obstante, é possível vislumbrar a partir da nova lei de transação uma maior preocupação do Fisco e do legislador com o tratamento diferenciado a ser dado aos contribuintes em dívida, particularidade não verificada nas leis de parcelamento especial, já mencionadas anteriormente. De fato, o art. 11, I, da Lei nº 13.988/2020 deixa claro que “a concessão de descontos nas multas, nos juros de mora e nos encargos legais” somente se aplica aos créditos tidos por “irrecuperáveis ou de difícil recuperação, conforme critérios estabelecidos pela autoridade fazendária”. Por seu turno, e para ficar num único exemplo, pela Lei nº 13.496/2017, qualquer contribuinte com dívidas tributárias vencidas até 30 de abril de 2017 poderia, parcelando as dívidas, fazer jus a descontos em juros e multas na forma e nos prazos do art. 2º da referida lei (BRASIL, 2017) – independentemente, pois, de ter ou não condições de saldar a dívida com todos os seus consectários legais.

Com isso, se quer demonstrar que as soluções de conformidade fiscal devem ser postas à disposição dos contribuintes conforme as necessidades e características que cada um deles apresenta, não sendo possível, ainda mais em tempos de crise, tratar todo contribuinte inadimplente como que possuindo as mesmas dificuldades. Essa dife-

10 Trata-se da Portaria PGFN nº 9.917, de 14 de abril de 2020, substituta da Portaria nº 11.956, de 27 de novembro de 2019, que foi o regulamento inaugural da matéria no âmbito da PGFN.

11 Anote-se que, conforme o art. 4º, § 1º, da Portaria nº 9.917 (BRASIL, 2020b), as propostas individuais somente são admitidas quando a dívida consolidada do contribuinte supera quinze milhões de reais, enquanto que os contribuintes com dívida inferior a esse valor – e que constituem a grande maioria dos devedores da União – somente podem transacionar por meio de adesão à proposta formulada pela PGFN.

renciação ficará mais clara no tópico a seguir, onde será abordado, de forma detalhada, sobre as medidas tomadas pela Fazenda Nacional para contenção da crise e manutenção, na medida do possível, dos contribuintes dentro do sistema e em situação de regularidade.

4 MEDIDAS TRIBUTÁRIAS DE ENFRENTAMENTO DA CRISE

Como visto, a Fazenda Nacional já vem há algum tempo amadurecendo seu pensamento acerca da necessidade de dispor ao contribuinte a maior gama possível de soluções para manutenção da regularidade tributária. No entanto, diante de uma crise econômica, ainda mais medidas, mesmo que excepcionais, podem se mostrar necessárias. Como bem afirma John Brondolo (2019, p. 9):

O primeiro elemento de estratégia de conformidade fiscal para uma crise econômica é ampliar a assistência aos contribuintes. Fornecer um forte apoio aos indivíduos e às empresas é fundamental para conter a desconformidade e manter os contribuintes no sistema.

As medidas adotadas pela administração tributária, mais especificamente pela Fazenda Nacional, para mitigação de danos relacionados à crise podem ser divididas em dois singelos grupos, cada qual relacionado com a posição adotada pelo Fisco perante o contribuinte: em primeiro lugar tratar-se-á das estratégias de *conformidade fiscal*, que não apenas se relacionam com os instrumentos listados no tópico anterior, mas vão além, incluindo até medidas que atingem o crédito tributário logo no seu nascedouro, ou seja, enquanto ainda estão sob administração da RFB. Em seguida, far-se-á menção às estratégias do *contencioso tributário*, que se referem mais propriamente à defesa, pela PGFN, do crédito tributário e de suas garantias, essenciais para a realização das

despesas suportadas pelo Estado, inclusive aquelas extraordinariamente criadas em razão da pandemia.

4.1 ESTRATÉGIAS DE CONFORMIDADE FISCAL

As estratégias adotadas pela Fazenda Nacional no sentido de contribuir para a manutenção da atividade econômica das empresas e do mínimo existencial dos indivíduos podem ser divididas em duas fases de atuação:

- a) fase de resposta imediata à crise, quando são aplicadas ações de política monetária e fiscal visando preservar a solvência dos contribuintes;
- b) fase de recuperação, em que são veiculadas medidas de estímulo fiscal e administração de dívidas tributárias, visando a recuperação da economia.

No que respeita aos fatos que constituem pano de fundo do presente trabalho, é possível afirmar que as medidas compreendidas na primeira fase foram em sua maior parte adotadas ainda no mês de março de 2020, dias após a declaração da pandemia. Listamos a seguir as principais ações tomadas:

- ✓ Por meio da Resolução nº 152, de 18 de março de 2020, ab-rogada pela Resolução nº 154, de 03 de abril, o Conselho Gestor do Simples Nacional prorrogou por até seis meses o prazo para recolhimento dos tributos apurados no âmbito do Simples Nacional nos meses de março, abril e maio de 2020;
- ✓ Por meio da MP nº 927, de 22 de março de 2020, restou diferido por três meses o prazo para recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, igualmente para as competências de março a maio de 2020;

- ✓ Através da MP nº 932, de 31 de março de 2020, foi reduzido em 50% (cinquenta por cento) a alíquota das contribuições devidas pelas empresas ao chamado “Sistema S”;
- ✓ Através da Portaria nº 139, de 03 de abril de 2020, o Ministério da Economia prorrogou os prazos para recolhimento de contribuições sociais das competências de março e abril;
- ✓ Por meio da Portaria Conjunta nº 555, de 23 de março de 2020, a RFB e a PGFN prorrogaram o prazo de validade das certidões negativas de débitos e das certidões positivas com efeito de negativas;
- ✓ Já por meio da Portaria nº 201, de 11 de maio de 2020, foram postergadas as datas de vencimento das prestações de parcelamentos administrados tanto pela RFB como pela PGFN;
- ✓ Por fim, através da Portaria nº 103, de 17 de março de 2020, o Ministério da Economia autorizou a PGFN a suspender, por até noventa dias, atos de cobrança de dívida, inclusive a apresentação de certidões de dívida ativa para protesto.

Como se pode observar, as cinco primeiras medidas listadas acima tiveram como destinatários precípuos contribuintes regulares perante o Fisco, e isso como um claro indicativo, por parte da autoridade tributária, que não apenas contribuintes com histórico de dificuldades são alvo de ações para mitigação de danos imediatos associados à crise, mas também os contribuintes em conformidade merecem atenção especial em momentos críticos da economia.

Nada obstante, as ações supramencionadas direcionadas aos contribuintes em crise possuem efeito limitado, podendo serem insuficientes para manutenção da força produtiva da empresa ou para evitar sua insolvência. Por isso, a PGFN fez por bem editar a Portaria nº 9.924, de 14 de abril (mesma data em que sancionada a Lei nº 13.988/2020), e, mais recentemente, a Portaria nº 14.402, de 16 de junho de 2020, que

estabelecem condições para transação na cobrança da dívida ativa da União.

Pela leitura das portarias, embora ambas tenham seu fundamento na Lei nº 13.988, vê-se que a primeira tinha uma base de destinatários mais ampla, pois que visava minorar os efeitos da pandemia na capacidade de geração de resultados dos devedores inscritos em dívida – isto é, evitar que a carga tributária fosse mais um fator de corrosão das finanças de pessoas físicas e jurídicas logo nas primeiras semanas da crise. Já na segunda portaria se vislumbra o futuro após a fase crítica da pandemia: para os contribuintes com comprometimento na capacidade de pagamento de tributos são concedidas condições mais benéficas para quitação das dívidas, inclusive com a previsão de descontos, não registradas na portaria de abril.

Dessa forma, ao diminuir o impacto da tributação nas finanças das pessoas mais afetadas pela crise, o Fisco estimula que tais contribuintes permaneçam gerando riqueza. Nada obstante, é importante frisar que as condições para transação previstas na Portaria nº 14.402 não se estendem a todo e qualquer contribuinte, mas apenas para (BRASIL, 2020f):

- a) as pessoas físicas e jurídicas cuja dívida é considerada irrecuperável ou de difícil recuperação, segundo os parâmetros previstos no próprio ato normativo (arts. 3º a 7º);
- b) devedores com personalidade jurídica de direito público; e
- c) para as pessoas jurídicas em recuperação judicial, liquidação ou falência.

Assim, a administração tributária compromete-se efetivamente com uma das principais garantias constitucionais deferidas ao contribuinte, que é o princípio da *isonomia tributária* (art. 150, II, da Constituição Federal), o qual exige não apenas um tratamento semelhante entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, mas requer ainda que tratamentos desiguais se baseiem em critérios de diferencia-

ção com propriedades relevantes (VELLOSO, 2010, p. 84). Há de se recordar que o dever de pagar tributos se estende a todos, atendendo-se, porém, tanto quanto possível, à capacidade contributiva de cada um (art. 145, § 1º, da CF). Por isso, não somente é aceitável como se pode mesmo considerar que é uma *exigência* do ordenamento jurídico vedar a extensão de benefícios tributários a agentes econômicos que não os necessitam – antes, o Estado necessita da contribuição deles, para que o momento de crise seja o mais breve possível superado.

4.2 ESTRATÉGIAS DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO

Conforme já antecipado supra, a adoção de medidas cooperativas para com os contribuintes não significa que o Fisco deverá conceder o mesmo tratamento, indistinto, a todos. Brondolo (2019, p. 17) destaca que:

Os atrasos nos impostos tendem a aumentar acentuadamente durante uma recessão econômica. As agências fiscais devem considerar a liberação do uso de acordos de pagamento para ajudar os contribuintes em dificuldades, mas devem ser tomadas medidas de execução firmes contra empresas que tenham a capacidade de pagar seus impostos mas se recusam a fazê-lo.

Com efeito, há situações de inadimplência fiscal cujos motivos passam ao largo de crises econômicas: créditos fiscais constituídos em razão de planejamentos tributários agressivos e sobretudo como resposta a fraudes fiscais não podem ser objeto de negociação em bases semelhantes à negociação aberta com contribuintes outros em reais dificuldades econômicas. Do contrário, haveria uma clara violação à isonomia tributária, na medida em que diferenças relevantes entre os dois grupos de contribuintes seriam indevidamente deixadas de lado a fim de que fossem aqueles tratados igualmente¹².

12 É dizer, à luz da teoria da igualdade tributária preconizada por Humberto Ávila

Outrossim, há de se considerar que as políticas fiscais de enfrentamento à crise tem como destinatários precípuos os contribuintes em risco, não podendo os contribuintes com posição financeira saudável requerer ao Judiciário a extensão de tais benefícios sob o argumento da isonomia, visto que, na verdade, tal acolhimento configuraria ele mesmo uma violação ao princípio. Aliás, como se pode ver do julgado a seguir (BRASIL, 2020e), o Supremo Tribunal Federal reconhece que não lhe cabe substituir o juízo político do Poder Executivo, responsável pela gestão do Fisco:

Não se ignora que a situação de pandemia, ora vivenciada, impôs drásticas alterações na rotina de todos, atingindo a normalidade do funcionamento de muitas empresas e do próprio poder público, em diversas áreas de atuação. Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica em detrimento de outro, ou mesmo do próprio poder público, a quem incumbe, precipuamente, combater os nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia. Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento. Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.

Nessa linha de ideias, se cabe ao Fisco, por um lado, promover ações para buscar garantir a conformidade tributária do maior número de contribuintes possível, também é papel dos gestores fazendários, na seara do contencioso, advogar para que as medidas excepcionais não

(2015, p. 65), a medida de comparação utilizada para o tratamento isonômico (estar inadimplente) não seria significativa ou não estaria detalhada o suficiente a fim de se promover verdadeiramente a finalidade da norma (manter ativa a fonte produtiva de riqueza, abalada temporariamente pela crise).

sejam indevidamente estendidas à generalidade de contribuintes, independentemente de situação financeira ou área econômica, sem motivo suficiente e justo, o que configuraria violação à isonomia tributária.

É natural que, em fases agudas de recessão econômica, o Judiciário seja “inundado” com milhares de ações trabalhistas, de revisão de contratos, e também de demandas tributárias. No que tange à Fazenda Nacional, já há algum tempo está ela organizada de maneira a identificar demandas que possam alcançar grande volume processual, ou que contenham teses que podem trazer riscos às receitas tributárias. Diante de tais hipóteses, a PGFN destaca alguns de seus profissionais para elaborar materiais de auxílio aos procuradores nas mais diversas unidades de atuação, assim como é feito um monitoramento do andamento dessas demandas e, se necessário, são atualizadas as orientações institucionais para defesa dos interesses fazendários na matéria.

É importante frisar que não apenas os contribuintes sujeitam-se a dificuldades econômicas, mas também o próprio Estado. Esse, além de poder sofrer decréscimo em sua arrecadação¹³, obriga-se ainda, em face de uma crise sem precedentes como a da pandemia do coronavírus, a contrair despesas extraordinárias, provocando até, como de fato ocorreu, a edição de uma emenda à Constituição (*in casu*, a de nº 106, de 7 de maio de 2020). Essas considerações foram levadas em conta pelo Judiciário, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, na negativa de liberação de depósitos judiciais de empresas em litígio com o Fisco (BRASIL, 2020c):

Havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade, o que nos damos por escusado de apreciar, ou mediante aqui-

13 No início do mês de maio de 2020, o Ministério da Economia estimou em cerca de R\$ 350 bilhões o impacto, até aquele momento, das medidas fiscais de mitigação das consequências da pandemia, parte delas listada no tópico anterior. Na mesma oportunidade, estimou em R\$ 600 bilhões o *déficit* primário nas contas do setor público e em até 5,34% a queda do Produto Interno Bruto brasileiro para o ano (BRASIL, 2020d).

lo que a doutrina denomina superação (*defeasibility*) da regra legal. (...) Na espécie, a provável repercussão para a maioria dos casos milita contra o pleito da companhia. Os depósitos judiciais para a suspensão de exigibilidade de crédito tributário são destinados à conta única do Tesouro Nacional (art. 1º, § 2º, da Lei 9.703/98) e à conta única dos Tesouros Estaduais (art. 3º da Lei Complementar 151/2015). União e Estados, portanto, contam com os valores na gestão de seus fluxos de caixa. Em meio à pandemia, o levantamento dos depósitos, sem decisão judicial transitada em julgado, pode comprometer o emprego dos valores pelo Poder Público na implantação de políticas sociais e na implementação de medidas econômicas anticíclicas. Claro está, pois, o risco à economia pública e à ordem social.

Em suma, há de se concluir que as alternativas oferecidas pelo Fisco para manutenção da conformidade tributária destinam-se precipuamente aos contribuintes que estão a sofrer uma *crise pontual*, com capacidade de pagamento comprometida, não decorrente de irregularidades e nem mesmo de desorganização em seus fatores de produção. Do contrário, a extensão de medidas mais benéficas à totalidade dos contribuintes geraria, para o Estado, uma crise muito maior que a já vivenciada, abrindo espaço, inclusive, para uma cultura de evasão fiscal que, definitivamente, não seria desejável.

5 CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a crise provocada pela pandemia do coronavírus vem se provando a mais grave na economia mundial desde a crise de 1929 (GOPINATH, 2020). Por outro lado, há de se reconhecer que os governos, hoje, também possuem instrumentos mais efetivos para debelar crises, não só levando em conta o que foi aprendido com as experiências anteriores, mas também considerando a simbiose que

muitos autores atualmente admitem existir entre o interesse público e a pluralidade dos interesses privados.

No campo tributário, as crises econômicas surgidas a partir de 1999 foram, no Brasil, remediadas com o uso de parcelamentos especiais, criados a princípio com o objetivo de manter os contribuintes em situação de conformidade fiscal com a União e, assim, acelerar a recuperação da economia. No entanto, com a sucessão de crises e leis veiculando novos Refis, tais parcelamentos ficaram cada vez mais afastados de sua intenção inicial, sendo efetivamente utilizados por alguns contribuintes com alta e média capacidade de pagamento como medida de planejamento tributário, colocando-se assim em posição de privilégio ante os concorrentes que mantinham em dia o pagamento de suas obrigações tributárias.

Por isso, a partir de 2017 o Fisco federal buscou introduzir novos instrumentos para auxiliar contribuintes a manter ou recuperar sua conformidade fiscal, e assim reduzir a dependência dos parcelamentos especiais. Com a transação e o negócio jurídico processual, a administração tributária federal possui então ferramentas mais eficazes para, além de negociar o pagamento de dívidas de particulares em bases razoáveis, evitar que contribuintes que não necessitam de auxílio tenham acesso aos principais benefícios – respeitando-se, com isso, a isonomia tributária.

Nada obstante, diante de uma crise de grandes proporções, essas medidas regulares de cooperação tributária podem ser insuficientes para salvar empresas e, sobretudo, empregos. Dessarte, fez por bem a União em, indo além da transação e NJP – dirigidos aos contribuintes inadimplentes –, promover ações de efeito mais imediato, aplicadas logo que declarada a pandemia, evitando assim que contribuintes em conformidade tivessem dificuldades em se manter regulares. Ao mesmo tempo, a PGFN não descurou os litígios tributários que, invariavelmente, surgem em razão das crises, realizando acompanhamento detido das

causas que teriam maior repercussão ou impacto financeiro, as quais poderiam abalar ainda mais a já frágil condição das finanças públicas, para as quais o ingresso de recursos advindos da tributação é – e sempre será – essencial.

6 REFERÊNCIAS

ANAC. Demanda por voos domésticos recua 93,1% em abril. **ANAC**, 15 mai 2020. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2020/demanda-por-voos-domesticos-recua-93-1-em-abril>>. Acesso em: 15 jun 2020.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 7, outubro 2001.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 22 jun 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun 2020.

_____. Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19964.htm>. Acesso em: 28 out 2019.

_____. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em: 28 out 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 out 2019.

_____. Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13496.htm>. Acesso em: 28 out 2019.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria nº 742, de 21 de dezembro de 2018. **Imprensa Nacional**, 2018. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57215404>. Acesso em: 21 mar 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.805.591/DF, rel. Min. Og Fernandes, j. em 05 de novembro de 2019. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, 07 nov 2019. Acesso em: 08 jun 2020.

_____. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm>. Acesso em: 22 jun 2020.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria nº 9.917, de 14 de abril de 2020. **Imprensa Nacional**, 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-9.917-de-14-de-abril-de-2020-252722494>>. Acesso em: 22 jun 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Petição no Recurso Especial nº 1.717.330-PR, rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 27 de abril de 2020. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, 04 mai 2020. Acesso em: 08 jun 2020.

_____. Brasil investe mais que a média dos países avançados no combate ao coronavírus. **Ministério da Economia**, 01 mai 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/brasil-investe-mais-que-a-media-dos-paises-avancados-no-combate-ao-coronavirus>>. Acesso em: 23 jun 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5.374-SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 06 de maio de 2020. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, 25 mai 2020. Acesso em: 08 jun 2020.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria nº 14.402, de 16 de junho de 2020. **Imprensa Nacional**, 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-14.402-de-16-de-junho-de-2020-261920569>>. Acesso em: 23 jun 2020.

BRONDOLO, John. Collecting taxes during an economic crisis: challenges and policy options. **International Monetary Fund**, 14 jul 2019. Disponível em: <<https://imf.org/external/pubs/ft/spn/2009/spn0917.pdf>>. Acesso em: 08 jun 2020.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2018.

FABER, Frederico Igor Leite; SILVA, João Paulo Ramos Fachada M. da. Parcelamentos tributários – análise de comportamento e impacto, Brasília, v. 3, n. 1-2, p. 161-187, 2016.

GHEBREYESUS, Tedros Adhanom. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19. **World Health Organization**, 11 mar 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 15 jun 2020.

GOPINATH, Gita. O Grande Lockdown: a mais grave retração da economia desde a Grande Depressão. **International Monetary Fund**, 14 abr 2020. Disponível em: <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/04/14/blog-weo-the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression?sc_mode=1>. Acesso em: 22 jun 2020.

HEINEN, Juliano. **Interesse público**: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: Jus Podivm, 2019.

LEDERMAN, Leandra. Tax compliance and the reformed IRS. **Kansas Law Review**, Lawrence, v. 51, p. 971-1011, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2009.

OECD. Evaluating the initial impact of COVID containment measures on economic activity. **OECD iLibrary**, 27 mar 2020. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=126_126448-kcrc0cs6ia&title=EVALUATING_THE_INITIAL_IMPACT_OF_COVID_CONTAINMENT_MEA>. Acesso em: 15 jun 2020.

PASSOS FILHO, Everaldo Souza. Nota Técnica CDA nº 58/2018. Processo nº 10951.105726/2018-80. **Sistema Eletrônico de Informações**, 2018. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/sei>>. Acesso em: 23 jun 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz e. Execução fiscal: eficiência e experiência comparada. **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em: 24 jun 2020.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of wealth of nations, vol. II.** London: W. Strahan and T. Cadell, 1776.

UNWTO. International tourist numbers could fall 60-80% in 2020. **World Tourism Organization**, 07 mai 2020. Disponível em: <<https://www.unwto.org/news/covid-19-international-tourist-numbers-could-fall-60-80-in-2020>>. Acesso em: 15 jun 2020.

VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPÍTULO 14

A ORDEM ECONÔMICA, OS INSTRUMENTOS FINANCEIROS CONSTITUCIONAIS E O DEVER DE ATUAÇÃO ESTATAL NO COMBATE À COVID - 19

VINÍCIUS ADAMI CASAL

Mestrando pela UFRGS

<http://lattes.cnpq.br/>

LUCAS BRESSANELLI TOMÉ

Advogado formado pela UFRGS

<http://lattes.cnpq.br/>

1 INTRODUÇÃO

Desde a vigência do Decreto Legislativo nº 6, publicado em 20 de março de 2020, o Brasil reconheceu, formalmente, o estado de calamidade pública decorrente da emergência de saúde de caráter internacional em virtude do Coronavírus (COVID-19).

A partir de então, uma série de medidas foram tomadas visando a, justamente, tentar frear a propagação do novo vírus, o qual, até o momento, não possui tratamento e nem meio de prevenção aptos a barrar a sua desenfreada expansão.

Assim o sendo, haja vista a tentativa de contenção da propagação da doença, o mercado nacional (GRAU, 2018) restou quase que majoritariamente fechado, isso porque a grande maioria das cidades do Brasil impôs o chamado distanciamento social por intermédio de decretos que fortemente restringiram a atuação do comércio e da indústria.

Para se ter uma ideia da dimensão do problema do COVID-19 no Brasil, os Municípios produziram ao menos 9.477 (nove mil quatrocentos e setenta e sete) normas para tratar da doença e de suas conse-

quências nos mais variados planos possíveis, além de os Estados terem feito uma média de 523 (quinhentos e vinte e três) atos normativos da mesma espécie (LEIS MUNICIPAIS, 2020).

Não há dúvidas de que tal prática restou acertada, nem de perto servindo o presente texto para questionar as corretas medidas de isolamento e fechamento da economia *lato sensu*, até porque não há que se falar de mercado econômico sem pessoas – as quais este deve sim, haja vista deveres constitucionais, vir a socorrer.

Deste modo, o cenário delineado nestes anormais tempos foi e é o seguinte: o mercado interno se encontra frontalmente afetado em virtude do seu fechamento (salvo, por óbvio, serviços essenciais), as pessoas se encontram reclusas, sendo que uma grande maioria está impedida de trabalhar, as empresas tiveram fortes quedas de arrecadação, fato que fez com que, via de regra, aumentassem as demissões e a quantidade de fechamento de negócios.

Neste contexto de incertezas, todavia, um movimento acabou por ocorrer que de há muito não se falava, ou melhor, se evitava: a relembração dos deveres do Estado perante a economia. A crise do COVID-19, haja vista a ineficiência de os particulares poderem, *de per se*, atuarem no cenário econômico, fez com que todos os olhos se voltassem, mais uma vez, para o relegado Estado.

Por mais que propositalmente esquecido, os deveres de atuação do Estado encontram azo no texto da Constituição de 1988, a qual trouxe um emaranhado de normas que trazem um verdadeiro dever de atuação do ente público. Para tanto, os autores deste breve ensaio resolveram chamar a atenção para este fenômeno, o que se dará da seguinte forma.

Inicialmente, estudaremos a fundamentação destes deveres do Estado perante o econômico, para isso nos valendo do conceito de ideologia constitucionalmente adotada formulada pelo professor Washington Peluso Albino de Souza (SOUZA, 2002), a qual deita os olhos

para o texto constitucional. Após, como não poderia ser diferente, destacar-se-á que a atuação estatal na economia se dá para muito além de cenários de crise, sendo isto bem demarcado.

Posteriormente, faremos um recorte e analisaremos alguns dos institutos que a Carta Magna dotou o Estado. Dentre eles, estudaremos, de forma central, a abertura de créditos extraordinários por meio de medida provisória, a instituição de empréstimos compulsórios via lei complementar e a concessão de benefícios fiscais.

Tudo isto para virmos a concluir que a COVID-19 cobra do Estado e do governo ora instituído a sua atuação, sendo esta trazida de forma direta pela Constituição vigente, o que não pode ser negado pelos defensores da doutrina liberal, a qual, em momentos como o ora posto, acaba por ter sua importância restringida em virtude de em sua grande maioria negar a existência do Estado perante o mercado.

2 O COVID-19 E A LEMBRANÇA DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA: O ESTADO TEM DEVERES PERANTE O CENÁRIO ECONÔMICO

Conforme trazido no bojo da introdução, o COVID-19 promoveu uma frontal modificação do cenário econômico nacional, vindo a simplesmente obrigar o mercado a parar para se evitar, ainda mais, a expansão da doença.

Assim, como não poderia ser diferente, antes mesmo de ultrapassada a crise sanitária, surgiu fortemente o *medo* da crise econômica advinda posteriormente (chamada de segunda onda), a qual foi transformada em discurso político e usada para fins nem de perto louváveis.

Pois bem, neste contexto turbulento, a sociedade, de forma curiosa, voltou seus olhos, como de há muito não ocorria, para o Esta-

do, este rejeitado ator político e jurídico que vem nos últimos anos sendo taxado de interventor ou o limitador do desenvolvimento nacional (UEBEL, 2020).

De forma resumida, haja vista os limites do presente texto, a tentativa de limitação à atuação do Estado na ordem econômica vem encampada, de maneira forte, na edição da Medida Provisória nº 881 de 2019 e de sua respectiva Lei nº 13.874/19, norma esta que instituiu a chamada “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica”.

Tal dispositivo legal foi comemorado pelo setor liberal, chegando-se ao extremo de se afirmar que a normativa encamparia de modo incontestável a consagração do princípio da subsidiariedade na atuação estatal, vide artigo doutrinário de Amauri Feres Saad em obra coletiva que comenta a Lei nº 13.874/2019 (SAAD, 2020).

No entanto, os autores desta norma, a doutrina liberal e o setor econômico privado acabam por esquecer, infelizmente, que a adoção do sistema econômico não se trata de uma escolha, mas sim é uma imposição constitucional, haja vista ser a Constituição a norma que surge como paradigma a ser respeitado e que, de forma indubitosa, impõe a sua ideologia constitucional (SOUZA, 2002).

Logo, no caso brasileiro a atenção a ser dada para a atuação estatal – como afirmado muito esquecida até o surgimento da pandemia do COVID-19 – encontra azo nas normas constitucionais, notadamente as previstas nos artigos 3º, 170, 172, 173, 174, 175 e 176, as quais encampam a chamada Constituição Econômica, conforme dito pelo saudoso professor Washington Peluso Albino de Souza, introdutor em terras pátrias do Direito Econômico.

Desta feita, uma detida análise da atuação do Estado na economia nem de perto sustenta o seu afastamento conforme pregado pela doutrina editora da Lei da Liberdade Econômica, devendo o ente público vir a atuar perante o cenário econômico justamente para a promoção dos fins constitucionais encampados na Constituição visando, como

não poderia ser diferente, a superação do subdesenvolvimento que ainda vigora no Brasil (BERCOVICI, 2011).

Assim o sendo, importa dizermos que, tendo em vista o impedimento no exercício da atividade econômica em decorrência da crise sanitária, mesmo os defensores mais fervorosos de um afastamento do Estado do econômico acabaram e acabam por esperar, deste ente, uma resposta para a superação da crise, motivo que faz com que surja forte a defesa de sua atuação enquanto regulador e ator do cenário econômico, conforme os moldes constitucionais.

Ao fim e ao cabo, a discussão sobre a atuação do Estado na economia em *terrae brasilis* vem deixando de lado este importante fator, qual seja, dever este debate ser permeado pela Constituição de 1988, a qual não é inerte sobre o tema, vindo a definir a política econômica a ser praticada pelo mercado e pelo Estado, nem de perto excluindo este último (CAMARGO, 2016).

O que é necessário para um debate digno sobre o tema é a influência constitucional, sendo que a interpretação do texto da Constituição Cidadã não abre margem para dúvidas de que deve sim o Estado atuar na ordem econômica, servindo o direito econômico como um duplo instrumento para tanto, conforme afirmado por Bercovici (2016, p. 53):

O desafio da reestruturação do Estado no Brasil envolve, assim, uma reflexão sobre os instrumentos jurídicos, fiscais, financeiros e administrativos necessários ou à disposição do Estado para a retomada do projeto nacional de superação do subdesenvolvimento. Ou seja, é uma tarefa preponderantemente do direito econômico, com sua característica, denominada por Norbert Reich, da “dupla instrumentalidade” (“*doppelte Instrumentalität des Wirtschaftsrechts*”): ao mesmo tempo em que oferece instrumentos para a organização do processo econômico capitalista de mercado, o direito econômico pode ser utilizado pelo Estado como um instrumento de influência, manipulação e transformação da economia, vinculado a objetivos sociais ou coletivos.

Como afirmado, nos exatos limites do texto constitucional deve o Estado vir a promover os fins constitucionalmente delimitados para a sua atuação a qual resultará, para além do necessário desenvolvimento nacional, a promoção do bem estar social (GRAU, 2018).

3 A ATUAÇÃO DO ESTADO PARA ALÉM DA CRISE SANITÁRIA E A INEXISTÊNCIA DE UM ESTADO LIBERAL CONSTITUCIONALMENTE INSTAURADO

É importante de se destacar que a atuação do Estado na economia não se limita à superação da crise sanitária decorrente do COVID-19. De forma oposta, deve ele atuar, nos limites constitucionais estampados, independentemente da existência de crises, sejam elas sanitárias, econômicas ou políticas.

O que de peculiar ocorreu no cenário da crise ora enfrentada é que serviu esta de estopim para a relembração de existência do Estado e de seus deveres os quais, conforme destacado supra, foram gradativamente diminuídos. Todavia, uma autêntica e correta interpretação constitucional não deixa dúvidas a respeito dos deveres de prestação positiva a serem praticados pelo ente público.

A leitura constitucional da matéria econômica, assim, deve englobar a atuação do Estado na seara econômica, vindo a trazer a tônica existente no texto da Carta Política, a qual deve imperar também, por óbvio, em cenários de normalidade e para muito além de apenas cenários de crises.

Tal ressalva surge importante porque é possível que defensores da impossibilidade de atuação estatal na economia exsurjam neste momento defendendo, de forma temporária, a atuação do ente público, para, posteriormente, pugnarem pela volta do Estado ao cenário de penumbra de atuação.

No entanto, tal posicionamento nem de perto encontra guarida no texto constitucional, sendo que uma rápida observação da ordem econômica da Constituição, ou melhor, da Constituição Econômica, faz-nos perceber que não há uma ideologia liberal pura encampada, mas uma mescla ideológica infensa a modelos teóricos rígidos e que acaba por privilegiar sim a atuação estatal. (SOUZA, 2002)

O que se está a dizer, de forma resumida, é que o sistema econômico pátrio adotado pela Constituição de 1988 privilegia sim a intervenção do Estado, justamente para a realização de fins propostos no próprio texto, notadamente o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades, além da promoção do bem de todos os brasileiros.

Deste modo, nem de perto se está a defender a inexistência de um sistema capitalista, mas muito pelo contrário, o que se defende no presente texto é a correta aplicação do capitalismo de bem estar social e desenvolvimentista previsto no texto, o que não pode ser negligenciado pelo intérprete, ainda mais quando diante da interpretação do texto constitucional, o qual é permeado de valores jurídico-sociais (MAXIMILIANO, 2018).

Logo, urge dizermos que o sistema econômico imposto pela ordem constitucional vigente nem de perto consagra um modelo liberal conforme o pregado por defensores do Estado mínimo, mas sim um sistema misto, permeado de ideologias primariamente conflitantes, mas que, no contexto constitucional, acabam por se conjugar visando à realização dos fins constitucionalmente definidos.

Desta feita, haja vista os estritos limites do presente trabalho, os autores escolheram fazer um recorte e analisar, conforme se verá abaixo, alguns importantes instrumentos financeiros de que o Estado foi dotado pela Constituição, sendo seu uso, como dito, não apenas uma possibilidade, mas sim um dever por parte dos administradores públicos.

4 INSTRUMENTOS FINANCEIROS CONSTITUCIONAIS PARA A ATUAÇÃO DO ESTADO FRENTE À SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Como visto, a ordem econômica adotada pela Constituição Federal de 1988 impõe a atuação estatal para a promoção de fins constitucionalmente determinados, entre eles, a superação das crises de calamidade pública. Espera-se que parta do Estado respostas que possam solucionar os momentos de abalo, para que se prossiga com o desenvolvimento harmônico do País.

Como grande parte das medidas que possam vir a ser tomadas envolvem dispêndios de valores não previstos no orçamento, a Carta Magna apresenta ferramentas que visam a possibilitar a atuação estatal em meio à crise. Entre elas: a abertura de créditos extraordinários por meio de medida provisória, a instituição de empréstimos compulsórios via lei complementar e a concessão de benefícios fiscais.

Antes de adentrar a cada um desses instrumentos, é importante perceber a ocorrência de um duplo-efeito na existência dessas ferramentas. É que esses mecanismos não só viabilizam a operação estatal, mas também confirmam a existência de um dever do Estado em atuar em meio ao estado de calamidade. Não há, assim, expectativa de inércia estatal durante a crise.

Pois bem, a evolução histórica do orçamento público demonstra que houve uma forte modificação do papel e da responsabilidade quando se trata das receitas e despesas do Estado. Essa transformação teve início com a regulação da arrecadação, para, somente séculos depois, ser superada a imagem de que o produto desta pudesse ser gasto como bem convinha ao Rei, sem qualquer obrigação de que as despesas fossem realizadas a favor do povo (SCAFF, 2018).

Mesmo no Estado Moderno, a concepção de que o orçamento impunha responsabilidades aos administradores do dinheiro público não foi de prontidão verificada. A lei orçamentária por tempo foi considerada peça de cunho meramente contábil. Por mais que a legislação previsse as formas de arrecadação e despesas do Estado, os Governos não necessariamente precisariam buscar obediência aos seus preceitos. Tal fato fez com que a doutrina atribuisse o título de “peça de ficção” ao orçamento público (CONTI, 2018).

Na regência da Constituição de 1988, notamos uma realidade diversa. Tanto na sua redação original, quanto nas Emendas Constitucionais aprovadas posteriormente, foram impostas despesas orçamentárias em áreas consideradas essenciais para o desenvolvimento do País.

Um bom exemplo desta sistemática é a vinculação mínima da arrecadação dos impostos que deve ser aplicada na manutenção e desenvolvimento do ensino, por força do art. 212 da CF. Dispositivos dessa natureza servem para limitar a possibilidade de que o Governo eleito faça uso da totalidade do orçamento conforme a sua discricionariedade, deixando de lado investimentos e gastos que a Carta Magna solidifica como essenciais.

Em paralelo ao Texto Constitucional, instrumentos legislativos foram criados para vincular o cumprimento da lei orçamentária. Entre eles, a definição, pela Lei nº 1.079/1950, do crime de responsabilidade contra ato do Presidente da República que atente contra a lei orçamentária e a normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal instituída pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2020). Nesta senda, tem-se atualmente a concepção de um orçamento conceituado como “a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público” (OLIVEIRA, 2019, p. 541).

É claro que a lei orçamentária aprovada e promulgada trata de uma previsão das movimentações do exercício financeiro seguinte, não sendo possível prever as receitas e despesas com exatidão milimétrica. Assim, a execução do orçamento é orientada pelo princípio da flexibilidade, o qual impõe a busca pelo cumprimento da lei orçamentária na sua essencialidade. Deste princípio também decorre a existência de mecanismos que permitam o ajustar da lei orçamentária à realidade fática do exercício financeiro (CONTI, 2019).

Nestes termos, nos casos em que detectada a necessidade de realizar despesa não computada ou insuficientemente dotada pela lei de orçamento, o Poder Público poderá receber autorização para realizar tais despesas a partir do uso dos chamados *créditos adicionais*. Esses créditos são divididos em três categorias, conforme redação da Lei nº 4.320/64. Dois deles - os créditos suplementares e os créditos essenciais - serão autorizados somente por meio de lei e na existência de recursos disponíveis, devendo o pedido de autorização ser precedido de exposição justificativa.

A terceira categoria de crédito adicional, que importa ao trabalho, são os créditos extraordinários. Conforme o parágrafo terceiro do art. 167 da Constituição, esses créditos serão admitidos para atender “a despesas imprevisíveis e urgentes como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”. Pelo seu caráter excepcional, urgência e importância, a autorização não necessita de lei, podendo ser alcançada pelo Poder Executivo por meio de Medida Provisória.

Esse mecanismo - adequado para a situação atual - já veio a ser utilizado pelo Governo Federal para combate à pandemia da COVID-19 no país. Dias após a decretação do estado de calamidade pelo Decreto Legislativo nº 6, publicado em 20 de março de 2020, o Presidente da República abriu crédito extraordinário para enfrentamento do vírus por meio da Medida Provisória nº 929/2020. Com isto, foi incluída a Atividade de “*Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Im-*

portância Internacional Decorrente do Coronavírus” no orçamento dos Ministérios da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, no Ministério das Relações Exteriores e no Ministério da Defesa. Igualmente, foi aberto crédito desta natureza para o Ministério da Cidadania, alocado na Atividade “Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 2004)”.

Na exposição de motivos, houve preocupação em esclarecer não só a relevância e a urgência da medida (pressupostos para a implementação de qualquer Medida Provisória), mas também a sua imprevisibilidade, requisito imposto pelo Art. 167, §3º, da CF. De acordo com o documento, o coronavírus, por ter sido descoberto no final de 2019 e ter seu primeiro caso em solo pátrio somente ao final do mês de fevereiro de 2020, não permitiu ao Governo que reunisse condições “de determinar o aparecimento, nem a gravidade do surto, bem como a situação de alastramento da doença pelo mundo”. (BRASIL, 2020)

Veja-se que a efetiva constatação da imprevisibilidade no plano empírico possui especial relevância no que diz à validade da Medida Provisória que abre créditos extraordinários. Isto porque, conforme posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.048, diferente da ampla margem de discricionariedade dada ao Presidente da República na caracterização da relevância e urgência do artigo 62 da CF, os requisitos do art. 167, § 3º, foram densificados normativamente pelo diploma constitucional. De modo que esses requisitos devem estar fielmente atrelados como a realidade fática imposta, podendo ser revisitados pelo Poder Judiciário.

De nossa avaliação, padece que a pandemia do coronavírus constitui situação empírica capaz de validar juridicamente a abertura de créditos extraordinários por força de urgência e imprevisibilidade decorrente de calamidade pública.

Portanto, os créditos adicionais de caráter extraordinário constituem o primeiro dos instrumentos aqui estudados que prestam para auxiliar o Estado no cumprimento do seu dever de combater à crise.

Em âmbito arrecadatório, nota-se que o art. 148, I, da CF permite à União que institua empréstimo compulsório para atender despesas ordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência. Esta espécie tributária, de natureza excepcional, se caracteriza pela vinculação dos recursos arrecadados às despesas que fundamentaram sua instituição e pela necessidade de restituição dos valores arrecadados. Inclusive, sobre esse segundo ponto, para garantir que o empréstimo compulsório seja de fato um empréstimo, o Código Tributário Nacional obriga a fixação do prazo e as condições do resgate dos valores arrecadados.

Ainda sensível às causas que motivam a instituição desse tributo, a Constituição Federal posiciona o empréstimo compulsório no rol de tributos que cujo princípio da anterioridade não alcança aplicação. De tal forma, uma vez instituído empréstimo, este passa a valer para o próprio exercício em que publicada a lei e tampouco existe a necessidade de aguardar noventa dias para iniciar a sua cobrança.

Neste ponto, é pertinente a colocação do Professor Luís Eduardo Schoueri de que a guerra externa e a calamidade pública não são os fatos geradores do empréstimo compulsório, mas sim, indicativos de que a justificação deste tributo é a “necessidade de a União ser provida de recursos específicos para o atendimento de reclamos previstos pela própria Constituição” (SCHOUERI, 2018, pp. 202-204). Assim, não está delimitada pelo texto constitucional a materialidade que ensejará a incidência do tributo. Esta deve vir a ser definida e inserida no texto da Lei Complementar que institui a cobrança.

Contudo, a ausência do fato gerador no Texto Constitucional não permite que qualquer pessoa possa ser eleita como contribuinte do empréstimo compulsório. É imprescindível que se faça uma avaliação

do fato que está justificando a imposição deste tributo, seus reflexos, para adequar o fato gerador a toda a gama de princípios e preceitos tributários, em especial, ao princípio da capacidade contributiva.

Numa eventual contenção dos efeitos da pandemia de COVID-19 a partir de recursos oriundos de empréstimo compulsório, a materialidade eleita para a instituição do tributo deverá requerer especial atenção. No caso, a situação que justifica a imposição do empréstimo também está afetando economicamente milhares de brasileiros, ao mesmo tempo que outra enorme gama de empresas está impossibilitada de operar, na tentativa de facilitar o distanciamento social e romper o ciclo de contágio do vírus.

Deste modo, caso a ferramenta tributária viesse a ser utilizada nesta situação, parece juridicamente prudente que sejam deixados de fora da incidência do tributo as pessoas que reconhecidamente recebem o auxílio emergencial dado pelo Governo Federal e as pessoas jurídicas que fazem parte de setores que não estão podendo atuar em meio à crise.

Por fim, o último dos instrumentos que resta avaliar neste trabalho é a concessão de benefício fiscal pelo Ente Tributante. Como é notório, diferente do que ocorreu com os outros dois mecanismos analisados, não há disposição expressa na Constituição que mencione a concessão de benefícios em meio ao estado de calamidade pública. Contudo, como é assente na doutrina que competência para conceder benefícios fiscais é decorrente da competência tributária e esta, por sua vez, é outorgada pela Constituição (NETO, 2016), considera-se aqui que os benefícios podem ser enquadrados como instrumentos constitucionais de contenção da crise.

Basicamente, os benefícios fiscais trabalham com a extrafiscalidade dos tributos. Isto é, a possibilidade de que a tributação seja utilizada para fim diverso do da arrecadação tributária (seu fim fiscal). No caso da pandemia agora instaurada, duas parecem ser as frentes nas quais a ferramenta pode ser aplicada. Podem-se conceder incentivos de

ordem fiscal para fomentar atividades que auxiliem no combate ao vírus e, igualmente, esses benefícios podem ser utilizados para resguardar economicamente contribuintes que possam estar em situação desfavorável em frente à situação instaurada.

Nota-se que, no caso do Brasil, os benefícios fiscais estão já estão sendo aplicados para ambos os motivos. Logo após a decretação do estado de calamidade, a União zerou o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de produtos indicados pelo Ministério da Saúde como essenciais ao enfrentamento da crise. Assim, a partir dos Decretos de nº 10.285/2020 e 10.302/2020, restaram reduzidas a zero as alíquotas de materiais como gel antisséptico, óculos de segurança, luvas, máscara de proteção, entre outros.

Em outra esfera, o Governo trabalha para aliviar o peso dos tributos na população, que, somados com os impactos do vírus na economia, podem ser insustentáveis e causar prejuízos não só momentâneos, mas definitivos. Nesta frente, pode-se mencionar as Portarias do Ministério da Economia de nº 245/2020 e 201/2020, as quais prorrogaram as datas de vencimentos de contribuições sociais e de parcelas de parcelamentos federais, respectivamente.

Desta forma, a partir dos instrumentos financeiros acima estudados, percebe-se que os créditos adicionais extraordinários, o empréstimo compulsório e os benefícios fiscais fazem parte uma gama de possibilidades de atuação estatal em frente à crise. De modo que o Estado não só tem o dever de atuar em meio à pandemia do COVID-19, como está munido constitucionalmente para tanto.

5 CONCLUSÃO

As mudanças trazidas pelo vírus causador da COVID-19 fizeram aparecer objeções de cunho político, econômico e social, que to-

maram o centro das discussões dos mais variados nichos da sociedade. Entre essas discussões, destacaram-se os questionamentos acerca de qual papel do Estado na contenção da pandemia.

Nesta seara, o presente capítulo se propôs a investigar, primeiramente, a existência e fundamentação dos deveres de interferência do Estado na esfera econômica, para, então, em específico, analisar quais os instrumentos financeiros outorgados pela Constituição Federal ao Estado para os períodos vivenciados pela calamidade pública.

Ficou assim resignado que, ao longo do Texto Constitucional, vários dispositivos implementam o chamado sistema econômico. De modo que sua adoção, na forma como estipulada pela Constituição, não é uma escolha daqueles que dominam a máquina pública, mas uma verdadeira imposição constitucional. Portanto, é do Texto Constitucional que surge o dever de atuação do Estado brasileiro na ordem econômica.

Quanto à sua natureza, a intervenção econômica do Estado brasileiro advém de um sistema misto, que conjuga ideologias primariamente conflitantes, visando à realização de fins constitucionalmente definidos. Fez-se essencial, também, ao longo do trabalho, a constatação de que o dever de atuação imposto pela Constituição não deve ser entendido como *dever de atuação mediante crise*, sendo inequívoco que o Estado também é obrigado a atuar durante os períodos de normalidade.

Na parte em que se dedicou a analisar os instrumentos financeiros dos quais podem se valer o Estado para o combate à crise do coronavírus, foram analisados os créditos adicionais extraordinários, a instituição do empréstimo compulsório por meio de medida provisória e a concessão de benefícios fiscais.

Os três instrumentos alcançados pela Constituição possibilitam que o Governo modifique suas expectativas orçamentárias implementando novas despesas, aumentando a sua arrecadação e induzindo os agentes econômicos no sentido da superação da crise.

Mas não apenas isso, a existência dessas ferramentas confirma as premissas antes estudadas pelo trabalho, ou seja, de que o Estado tem o dever de atuar em meio à crise de calamidade pública causada pela pandemia do COVID-19.

6 REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. **Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao-Compilado.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm >. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Decreto nº 10.285, de 20 de março de 2020**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10285.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Decreto nº 10.302, de 1º de abril de 2020**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10302.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** *Código Tributário Nacional.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. **Medida Provisória nº 929, de 25 de março de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv929.htm>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. Ministério da Economia. **Portaria nº 201, de 11 de maio 2020.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=109256>>. Acesso em 22 de julho de 2020.

_____. Ministério da Economia. **Portaria nº 245, de 15 de junho de 2020.** Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-245-de-15-de-junho-de-2020-261921317>>. Acesso em 22 de julho de 2020.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Fundamentos Constitucionais da Política Econômica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário.** 1. ed. São Paulo: Blucher, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEIS MUNICIPAIS. **Coronavírus.** Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/coronavirus>>. Acesso em 21 de junho de 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NETO, Celso de Barros Correia. **O Averso do Tributo.** 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SAAD, Amauri Feres. O princípio da subsidiariedade e a liberdade econômica. *In*: CRUZ, André Santa, DOMINGUES, Juliana Oliveira & GABAN, Eduardo Molan, orgs. **Lei da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019 Comentada Artigo por Artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

UEBEL, Paulo. Prefácio. *In*: CRUZ, André Santa, DOMINGUES, Juliana Oliveira & GABAN, Eduardo Molan, orgs. **Lei da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019 Comentada Artigo por Artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CAPÍTULO 15

TRIBUTAÇÃO EM ESTADO DE CALAMIDADE: UMA ANÁLISE PRÁTICA DOS CASOS TRIBUTÁRIOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

CLAIRTON KUBASSEWSKI GAMA

<http://lattes.cnpq.br/7748674600537901>

THIAGO VIDEIRO SCHMITT

<http://lattes.cnpq.br/3179966063461984>

1 INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento notório, a pandemia do novo Coronavírus (COVID-19) enfrentada pelo Brasil, assim como em grande parte do mundo, ainda apresenta crescimento diário no número de casos confirmados e, lastimavelmente, de óbitos. Em decorrência desta grave situação de saúde pública, os Governos Federal, Estaduais e Municipais adotaram uma série de medidas visando evitar ou ao menos reduzir a onda de propagação do novo vírus. Em síntese, estas medidas adotadas pelos Governos das três esferas da Federação, entre outras, envolve o distanciamento social e o fechamento do comércio, serviços e indústrias não consideradas como “essenciais”.

Todo este cenário acarreta uma inegável e também grave crise econômica, cujas consequências já são perceptíveis entre as empresas, principalmente no que se refere a drástica redução de faturamento. E, indiferente a este contexto de redução de receita, há a primordial necessidade de manutenção de despesas como folha de pagamentos, aluguéis, fornecedores, entre outras.

É certo que os Governos, sobretudo o Federal, adotaram medidas, mormente nos campos econômico e tributário, visando minimizar

os impactos econômicos da pandemia do COVID-19 sobre as empresas¹. Contudo, de forma geral pode-se perceber uma insatisfação por parte de empresários que entendem as medidas como insuficientes. Principalmente porque os próprios Governos buscaram medidas para si que podem ser vistas como bem mais protetivas do que as disponibilizadas às empresas².

Assim, diante da excepcionalidade e gravidade da situação, aportaram ao Judiciário diversas ações propostas por contribuintes que buscavam a concessão de medidas que lhes assegurassem mecanismos para enfrentar a crise. As principais medidas requeridas, na área do Direito Tributário, dizem respeito ao esvaziamento da capacidade contributiva e a prorrogação das datas para pagamento dos tributos e para o cumprimento de obrigações acessórias.

No presente trabalho, pretende-se identificar quais os principais argumentos utilizados pelos contribuintes para buscar tais medidas no

1 E.g.: criação do Programa Antidesemprego, com destinação de R\$ 10 bilhões para criação do auxílio emergencial para trabalhadores que tiverem sua remuneração e jornada de trabalho reduzida; adiamento do recolhimento do FGTS pelas empresas; prorrogação do prazo de validade das Certidões Negativas de Débitos; redução de tarifas de importação de produtos farmacêuticos e médico-hospitalares utilizados no combate à Covid-19 e facilitação do processo de importação; criação de linha de financiamento a juros reduzidos para pequenas e médias empresas; redução das contribuições das empresas para o Sistema S; adiamento do prazo de pagamento da contribuição de empresas para o PIS/Pasep e COFINS; prorrogação de prazos de impostos para o Simples Nacional; prorrogação dos prazos de vencimento de parcelamentos.

2 E.g.: o Senado Federal, por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 20/03/2020 (BRASIL, 2020a), reconheceu o estado de calamidade pública e, de forma inédita, passou a permitir que o Executivo gaste mais do que o previsto e desobedeça às normas da Lei de Responsabilidade Fiscal; e, mais recentemente, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 106/2020 (BRASIL, 2020b), que institui um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública, o qual ficou conhecido como “Orçamento de Guerra”. Cabe ainda o desataque da Lei Complementar 173 de 27/05/2020 (BRASIL, 2020e), que “estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)” e dá outras providências, dentre as quais (art. 5º) a entrega de 10 bilhões de reais para ações de saúde e assistência social nas esferas estaduais e municipais e mais 50 bilhões de reais igualmente divididos entre as unidades internas da federação sem destinação prévia delimitada.

âmbito dos tributos municipais, estaduais e federais e a viabilidade destas pretensões.

Para tanto, dividir-se-á o trabalho em três tópicos: no primeiro, analisaremos as questões de âmbito municipal, sobretudo o que foi utilizado como argumento para buscar a desoneração do IPTU por empresas que, em decorrência dos decretos de calamidade pública, tiveram que reduzir ou mesmo suspender suas atividades. No segundo tópico, nosso foco será o âmbito estadual, onde procuraremos identificar os principais fundamentos para a prorrogação ou suspensão do pagamento do ICMS e tentar traçar uma relação entre o dever de pagar o tributo e a moral tributária em tempos de excepcionalidade. Por fim, o terceiro tópico será dedicado ao âmbito federal, onde buscaremos analisar a aplicação da Portaria nº 12/2012 do Ministério da Fazenda (BRASIL, 2012b) e a (im)possibilidade de prorrogação dos parcelamentos, sob a perspectiva da isonomia tributária.

2 ÂMBITO MUNICIPAL

Um dos casos que aportou ao Poder Judiciário Estadual no período de pandemia refere-se a pretensão do reconhecimento da ausência de fato gerador do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), dado grau de afetação da propriedade.

O IPTU tem por materialidade “a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil” (BRASIL, 1966, art. 32), sendo que a lei civil garante ao proprietário a faculdade de “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la” (BRASIL, 2002, art. 1.228).

Com os decretos que reconheceram o estado de calamidade pública nas três entidades políticas da federação brasileira houve severa restrição ao direito de uso da propriedade, especialmente por estabele-

cimentos comerciais, como shoppings centers, que em determinados momentos sequer puderam ser acessados.

Tal afetação levantou discussão acerca da viabilidade da cobrança do IPTU sobre esses imóveis comerciais, justamente porque estavam sem qualquer potencialidade econômica, principalmente por força da respectiva destinação (uso comercial) e grau de interdição.

Como se sabe, a capacidade contributiva é doutrinariamente apontada como um sobreprincípio do direito tributário, no sentido de que é um pressuposto ao exercício do poder de tributar, isto é, ainda que não estivesse positivado no art. 145 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), serviria de limite ao exercício do poder de tributar pelo Estado (PAULSEN, 2015).

No caso do IPTU, conquanto a nuance de se tratar de um tributo real e não pessoal, vê-se que a capacidade contributiva se manifesta de maneira indireta ou objetiva, ou seja, não por meio das características do sujeito que detém a propriedade, mas sim pelo tão só fato deste exercer o domínio sobre referido bem. Ser proprietário de bem imóvel é forma de manifestação de riqueza, de modo que há respaldo na atuação do Estado ao tributar a propriedade e não por outro motivo temos a previsão do art. 156, I da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Neste ponto, não se pode prosseguir sem uma breve menção ao quanto advogado por Klaus Tipke. O referido doutrinador, em brevíssima síntese, defende que “há apenas uma fonte imponível, a saber, a renda (acumulada)”, de modo que “deve ser tributado o incremento patrimonial (=renda), não o patrimônio tantas vezes quantas se deseje” (2012. p. 18).

Tal posição permite o questionamento da incidência tributária sobre o patrimônio (renda armazenada ou estática), uma vez que já há a incidência sobre a renda auferida, de modo que seria tributar a mesma coisa em momentos distintos (fases distintas do ciclo econômico).

A essa concepção se contrapõe a compreensão de Paul Kirchhof, que enlaça a viabilidade da tributação do patrimônio (nele, a propriedade) sob a perspectiva da liberdade (e não focado no primado da igualdade, como faz Klaus Tipke), no sentido de que a aquisição da propriedade é expressão da liberdade do indivíduo, o qual, de antemão sabe que a “propriedade obriga”, isto é, obriga ao cumprimento da função social e obriga ao pagamento de tributo (KIRCHHOF, 2016).

É verdade que ambas as teorias podem denotar vinculação ao uso da propriedade na justificação da tributação e igualmente se pode dizer que a justificação da tributação da propriedade, na forma como sustentada por Paul Kirchhof, mais reconduz à teoria da equivalência do que à da capacidade contributiva.

De qualquer forma, ainda que se possa questionar mais profundamente o fundamento da tributação da propriedade em si por questão de justiça tributária, o fato é que temos em nosso documento constitutivo a previsão da tributação da propriedade predial e territorial (BRASIL, 1988, art. 156, inciso I) e que tal exigência é corrente e, até aqui, tida como hígida na ordem jurídica brasileira (ou seja, há capacidade contributiva pressuposta na propriedade), até mesmo porque, positivamente, a capacidade contributiva e a competência para a tributação da propriedade são constitucionalmente congênicas e originárias, e não se concebe a viabilidade de controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias.

Havendo, portanto, fundamento posto à tributação da propriedade, há que se analisar qual a afetação que eventual esvaziamento de sua utilidade econômica pode trazer para a imposição tributária.

O questionamento é pertinente, na medida em que, por exemplo, dentre os critérios de aferição do efeito confiscatório nos tributos incidentes sobre o patrimônio, os rendimentos potenciais da propriedade é um deles.

É verdade que o imposto incide sobre a propriedade e não sobre o respectivo rendimento, de modo que a inexistência de rendimento potencial, por si só, não obstará a tributação pelo IPTU. Não é por outro motivo que se admite a tributação quando da existência de Área de Preservação Permanente na propriedade (BRASIL, 2010) ou mesmo a decretação de utilidade pública de determinado bem para fins de desapropriação, pelo menos até a imissão na posse (BRASIL, 2000).

Entretanto, a compreensão do confisco enquanto vedação ao esgotamento da riqueza tributada inevitavelmente remete à capacidade produtiva de determinado imóvel em determinadas circunstâncias (e.g. uso adequado do solo e emprego adequado da tecnologia na exploração). Aliás, exatamente sob tal perspectiva que surgiram limitações ao imposto sobre a propriedade rural na Argentina e sobre impostos patrimoniais na Alemanha (DIFINI, 2006).

Como se vê, a discussão vincula-se à graduação/mensura do tributo incidente sobre o patrimônio e não propriamente sobre a manutenção da capacidade contributiva pressuposta do proprietário e hábil a justificar a tributação.

Nesses termos, entende-se que vedação temporária ao uso da propriedade, embora não seja suficiente a ocasionar a inexistência do fato gerador, certamente afeta a graduação do tributo.

Não é incomum que as legislações municipais estabeleçam alíquotas diferentes em função da destinação de uso do imóvel, como residenciais e não residenciais, como no caso do artigo 5º e da Tabela IX da Lei Complementar Municipal nº 07/1973 do Município de Porto Alegre (PORTO ALEGRE, 1973), de modo que parece perfeitamente viável a atuação do Poder Judiciário para redimensionar o critério quantitativo do IPTU mediante a vinculação à alíquota mínima de acordo com a destinação do uso do bem e mesmo realocação à alíquota máxima exigida para imóveis residenciais.

Tal atuação é legítima, pois, além de preservar a separação dos poderes, já que o Poder Judiciário estaria se vinculando a percentual prévio definido em Lei (ainda que o ônus argumentativo fosse qualificado quando a readequação compreende usos distintos do imóvel), efetivamente viabilizaria a implementação de tributação justa da propriedade no período em que o bem tem seu uso vedado, e isto respeitando a capacidade contributiva objetiva que impede a conclusão pela ausência de fato gerador.

3 ÂMBITO ESTADUAL

No âmbito dos tributos estaduais, como não poderia mesmo ser diferente, dada a alta repercussão econômica e ampla abrangência deste tributo, a grande maioria das ações judiciais intentadas relativamente a situação de crise desencadeada pela pandemia versa sobre o ICMS. Destacam-se dois argumentos que foram frequentemente utilizados. O primeiro deles trata da aplicabilidade do Convênio CONFAZ nº 169/2017 (BRASIL, 2017) e o segundo sobre a necessidade de suspensão do imposto estadual sob uma perspectiva de justiça tributária.

Quanto ao primeiro desses argumentos, iniciamos nossa análise pelo disposto no artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que busca evitar o que se conhece como “guerra fiscal”³ a partir da exigência de que estados e Distrito Federal deliberem conjuntamente para a concessão de incentivos ou benefícios fiscais.

Coube à Lei Complementar nº 24/1975 (BRASIL, 1975), recepcionada pela nova ordem constitucional (PAULSEN, 2014), o papel

3 Podemos entender “guerra fiscal” como a “concorrência entre unidades da federação para a instalação de empresas ou de indústrias em seus territórios, levada a efeito mediante a concessão de benefícios fiscais, rechaçada em inúmeras decisões do STF e, não obstante isso, continuamente praticada” (VELLOSO, 2012, p. 504).

de definir como esta deliberação deve ocorrer. E a forma definida foi a da celebração de convênios entre representantes de todos os estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal, a fim de autorizar a concessão de benefícios fiscais por um determinado estado.

A reunião destes entes compõe o denominado Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e, dentre os diversos convênios celebrados, nos interessa para o presente estudo o Convênio CONFAZ nº 169/2017 (BRASIL, 2017).

É que o indigitado Convênio trata da concessão de moratória, parcelamento, ampliação de prazo de pagamento, remissão ou anistia, e ainda sobre a celebração de transação, relativamente ao ICMS. Assim, aportaram o Judiciário diversos casos em que os contribuintes sustentavam que havia sido instituída uma moratória através do Convênio CONFAZ nº 169/2017.

Ocorre que, como aliás se extrai da própria redação do Convênio, ele tão somente estabelece condições gerais para concessão de moratória, parcelamento, ampliação de prazo de pagamento, remissão, anistia e transação. Quer dizer, o convênio não estabelece a moratória em si, mas apenas as condições gerais para que os entes federados possam a conceder.

O Convênio CONFAZ por si só não cria, não institui o benefício fiscal. Limita-se a autorizar que o estado competente o crie, o institua. Andrei Pitten Velloso (2012) bem esclarece que existem três pressupostos para a concessão de um benefício fiscal no âmbito do ICMS: primeiramente, é preciso que haja uma lei complementar que regule a forma como o benefício será concedido e revogado – é o que faz a citada Lei Complementar nº 24/1975 (BRASIL, 1975); num segundo momento, é preciso que haja prévia autorização do CONFAZ, outorgada por meio de Convênio; e, finalmente, é necessário que o estado que deseje conce-

der o benefício, no exercício de sua competência legislativa, emane um ato próprio que efetivamente o conceda.

Ressalta-se que, por força do expressamente disposto no artigo 150, parágrafo 6º, da Constituição (BRASIL, 1988), bem como em decorrência do princípio da legalidade, o benefício deve ser concedido por instrumento legislativo, ou seja, por lei ou por decreto legislativo. “O convênio, cabe dizê-lo expressamente, não se presta para tanto, pois não é lei e tampouco possui força de lei” (VELLOSO, 2012, p. 508).

Aliás, a exigência de lei específica para a concessão de moratória decorre também do previsto no Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966, art. 152, parágrafo único; e art. 153) e do princípio da indisponibilidade dos bens públicos⁴.

Portanto, entendemos que não prospera a alegação de que o Convênio CONFAZ nº 169/2017 garantiria aos contribuintes o direito de obter moratória quanto ao ICMS, pois, ainda que expressamente autorizada por convênio, a concessão de tal instituto depende de lei estadual específica que, efetivamente, o institua, fixando suas regras, prazo de duração, condições e eventuais garantias exigidas.

Por outro lado, cabe registrar que há posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a moratória não se trataria de um favor fiscal, pelo que poderia ser concedida pelo estado independentemente da existência de prévio convênio autorizador de tal concessão (BRASIL, 2019). Ou seja, poder-se-ia até mesmo cogitar da desnecessidade de convênio autorizativo da concessão de moratória, podendo o ente estadual ou distrital concedê-la diretamente por meio de ato legislativo seu. Em outras palavras, o convênio CONFAZ pode até mesmo ser dispensável, mas a lei estadual instituidora da moratória não.

Tocante ao argumento referente a necessidade de suspensão dos impostos estaduais sob uma perspectiva de justiça tributária, é preciso que analisemos se esta perspectiva conduz, ou não, a um dever jurídico

4 Esse assunto será melhor abordado no tópico 4 do presente trabalho.

de postergação da data para pagamento do tributo ou de concessão de moratória. Registramos que a premissa da qual se parte é de um dever de imposição isonômica, ligada à forma distributiva de justiça e vinculada à vivência do direito.

A partir do momento em que se compreende a capacidade contributiva como um sobreprincípio do direito tributário⁵, conforme indicado no tópico 2 deste trabalho, vê-se que a imposição tributária se dá não na medida das necessidades do Estado ou na medida do gozo da tutela estatal experimentada por cada sujeito, mas na medida da capacidade que cada cidadão tem de contribuir com a manutenção desse Estado (VELLOSO, 2010). Exatamente por isso a capacidade contributiva é corolário da isonomia, mais precisamente da repartição justa dos tributos dentre aqueles que denotam capacidade de contribuir (justiça distributiva, portanto).

Nesse sentido, importante frisar que os fins de justiça que concernem à justa repartição da carga são exatamente os únicos considerados como totalmente destinados a alcançar a igualdade tributária, correspondendo aos fins internos de Justiça Tributária (VELLOSO, 2010).

De outro lado, a vinculação à vivência do direito significa que a imposição da justiça distributiva, para além de mandamento ao legislador positivo, é no nosso entender precipuamente destinada ao julgador, o qual efetivamente conforma a lei ao interpretá-la. E não para simplesmente extrair dela uma solução, mas sim para por meio dela construir a solução adequada ao caso (direito vivo⁶, ocorrendo na realidade com a

5 A capacidade contributiva também é vista como “máxima fundamental da tributação” (KIRCHHOF, 2016, p. 27); ou “princípio básico do Direito Tributário” (TIPKE; LANG, 2008, p. 201); ou ainda “direito fundamental dos contribuintes” (HERRENA MOLINA; *apud* VELLOSO, 2010, p. 160).

6 Andrei Pitten Velloso destaca uma importante decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha no sentido de que o princípio da isonomia determina uma tributação equânime não apenas no âmbito normativo, mas também no fático. “A relevância desse precedente não reside, obviamente, na afirmação de que se deve promover a igualdade normativa, senão na exigência jurídica de igualdade nos resultados fáticos da imposição. Consiste no reconhecimento de que a isonomia das cargas tributárias

riqueza dos fatos acontecidos e não daqueles meramente previsíveis e ainda pendentes de denotação).

Acreditamos que esta é a premissa da concepção do termo “norma” não como sinônimo de direito legislado, mas sim como produto da interpretação desses textos (ÁVILA, 2006). Em outras palavras, as pessoas não necessariamente acham o sentido das palavras, mas atribuem sentido a elas, mais ou menos limitados por seus conhecimentos prévios e pela capacidade de interação que o sujeito faz entre o objeto interpretado e resto do direito – textos legais, precedentes, etc. Assim, a norma jurídica não é uma prescrição, mas sim uma significação que podemos construir a partir da leitura do texto (CARVALHO, 2015).

Ademais, a justiça não deve ser vista como um termo vago, mas sim como parâmetro objetivo para a resolução dos conflitos intersubjetivos. Quer dizer, a abordagem para o argumento em tela não deve ser a do relativismo moral e jurídico, próprio do positivismo. Pelo contrário, o que o argumento busca é tratar de justiça (tributária) “como um critério objetivo que pode ser aplicado com precisão e segurança” (NETO, 2006, p. 61).

Desta forma, sobressalta o elemento atributivo (ou imputativo) da justiça, segundo o qual se estará diante de uma relação de justiça quando estiver em discussão a adequada atribuição de um bem ou a correta imputação de um encargo àquele que deve recebê-los (NETO, 2006).

Ocorre que a formulação de uma determinada política fiscal não nos parece estar relacionada ao casuísmo da vivência do direito, mas

depende essencialmente do Direito vivo, dos efeitos da tributação real, e não só de leis de papel.” (2010, p. 227). Também nesse sentido, teríamos o “direito-feito-pelo-juiz” (Rule of Law), que em ordenamentos fundados em Constituições escritas poderia entrar em choque com o princípio da separação dos poderes. Sobre o tema, contudo, Cezar Saldanha Souza Júnior observa que, em uma visão inglesa da separação de poderes do francês Montesquieu, poder-se-ia afirmar que a função do Judiciário não é simplesmente a de julgar, mas sim “fazer direito, ou seja, revelar e garantir o direito do país” (2002, p. 120).

muito mais à consideração generalizada e abstrata da imposição de uma exação justa a todos os contribuintes.

Na verdade, a atuação do Poder Judiciário fixando medidas específicas e determinadas em caso de vácuo legislativo por vezes mais se aproxima de uma espécie de ativismo do judiciário do que propriamente da irradiação de uma norma. E isto pelo simples fato de que a depender da rigidez e precisão do mandamento do judiciário, se tolhe espaço legítimo de outros Poderes de Estado que têm a atribuição e por vezes a própria faculdade de regulação.

É possível que esta tendência de buscar no Judiciário o amparo para preencher lacunas legislativas seja uma expressão do que se tem denominado de neoconstitucionalismo, movimento jurídico marcado, dentre outras características, por uma maior presença do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, resultando num forte ativismo judicial (ÁVILA, 2009). Consequência (a nosso ver, negativa) desta mudança é uma perceptível desvalorização da função legislativa e da própria democracia representativa.

O caso da moratória tributária e da postergação das datas de vencimento dos tributos são exemplos das referidas faculdades, já que a moratória depende de Lei (como já dito anteriormente) e a postergação do prazo de vencimento dos tributos é usualmente realizada por ato infralegal (como veremos mais detalhadamente no tópico 4 deste trabalho), ou seja, são relacionadas a atuação do Poder Executivo e Legislativo.

A questão se põe definitivamente em ebulição quando se analisa tal panorama à luz das implicações das medidas de contenção à pandemia do COVID-19 e de enfrentamento da crise econômico desencadeada pelas medidas restritivas determinadas pelos Governos, justamente porque se trata de situação que exige rapidez e coordenação da atuação executiva e regulatória geral e abstrata para a preservação de vidas e manutenção da economia e que, inevitavelmente, inclusive por força do

que ainda não se conhece do novo vírus, pode ser alterada drasticamente em curto espaço de tempo.

Paralelamente a tais exigências, as exatas medidas demandadas para a contenção do vírus acabam por diminuir a arrecadação de tributos pelas entidades políticas, o que, além de comprometer a capacidade de rápida resposta do Estado às mudanças do vírus, implica invariavelmente na quebra de empresas, que cada vez mais se aproximam do desequilíbrio financeiro ao ver mantidas diversas exigências de custos fixos (folha de salário, aluguel, vencimento de obrigações contraídas anteriormente à crise, etc.) sem ou com pouquíssimo faturamento. Afóra o inevitável crescimento do desemprego, gerando uma bola de neve que enfraquece sobremaneira a circulação e geração de riqueza no país, e, de conseguinte, a ampliação das mazelas da pobreza e do vírus.

Nesses termos o conflito: é possível depreender do ordenamento jurídico um dever de concessão seja de moratória, seja da prorrogação do pagamento da exação, que viabilize a atuação do Poder Judiciário por questão de justiça tributária ou eventual medida nesse sentido extrapola não a obediência à justiça tributária, mas a atribuição legítima e oportuna dos demais Poderes de Estado na formulação coordenada da política fiscal?

Tendemos a acompanhar a posição do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautela na Suspensão de Segurança nº 5373 / SE (BRASIL, 2020g), na Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória nº 185 / MA (BRASIL, 2020h) e na Suspensão de Segurança nº 5363 / SP (BRASIL, 2020i), no sentido de que a concessão de tais medidas pode acarretar grave lesão à ordem público-administrativa e econômica.

Confira-se o seguinte trecho da decisão proferida na citada Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5373 / SE (BRASIL, 2020g):

Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determina-

do segmento da atividade econômica, em detrimento de outro, ou mesmo do próprio Estado, a quem incumbe, precipuamente, combater os nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.

Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.

E também porque a antes indicada rapidez de atuação necessária ao combate à pandemia, além de poder esvaziar pretensão de questionamento da Lei, naturalmente dá elasticidade à atuação daquele que está na execução da atividade de estado, o Poder Executivo.

4 ÂMBITO FEDERAL

Na parte final do presente estudo, iremos abordar as questões apresentadas pelos contribuintes ao judiciário pertinentes aos tributos de âmbito federal. As ações identificadas e cujas principais alegações passaremos a analisar visavam, além da prorrogação das datas de vencimento dos tributos, também a postergação dos vencimentos das parcelas de programas de parcelamento em curso.

Muitas ações acabaram sendo atingidas pela perda superveniente de seu objeto, ao menos de forma parcial, o que ensejou a sua extinção em razão da ausência de pressupostos de desenvolvimento regular do processo, conforme dispõe o artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Isto porque, ao passo em que a situa-

ção de pandemia se estendia, o Governo Federal acabou implementado uma série de medidas que acarretaram na redução ou na prorrogação de diversos tributos, esvaziando, assim, a pretensão buscada em tais ações.

De toda forma, ao menos dois argumentos utilizados pelos contribuintes nestas ações merecem destaque: a questão acerca da aplicabilidade da Portaria nº 12/2012 do Ministério da Fazenda (BRASIL, 2012b) e a transgressão ao princípio da isonomia.

Quanto ao primeiro argumento, a tese apresentada pelos contribuintes tem como base o disposto na citada Portaria nº 12/2012, do então Ministério da Fazenda, que estabelece o seguinte:

Art. 1º. As datas de vencimento de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), devidos pelos sujeitos passivos domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha reconhecido estado de calamidade pública, ficam prorrogadas para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente.

§ 1º. O disposto no caput aplica-se ao mês da ocorrência do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública e ao mês subsequente.

§ 2º. A prorrogação do prazo a que se refere o caput não implica direito à restituição de quantias eventualmente já recolhidas.

§ 3º. O disposto neste artigo aplica-se também às datas de vencimento das parcelas de débitos objeto de parcelamento concedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pela RFB.

Registramos também que, de forma bastante semelhante, é o disposto na Instrução Normativa nº 1.243, de 25/01/2012, da Receita Federal do Brasil (BRASIL, 2012a), que, uma vez verificada aquela mesma situação fática, determina a suspensão dos prazos para o cumprimento de obrigações acessórias referentes ao mês da ocorrência do evento que ensejou a decretação do estado de calamidade pública e ao mês subsequente.

Como diversos estados e municípios brasileiros declararam estado de calamidade pública em decorrência da situação de pandemia do COVID-19, os contribuintes passaram a ingressar, via de regra, com Mandados de Segurança visando a concessão de ordem que assegurasse o direito de utilizar do permissivo contido na indigitada Portaria do Ministério da Fazenda para postergar as datas de vencimento dos tributos federais.

Algumas decisões de procedência foram proferidas⁷. Contudo, a grande maioria das decisões foram denegatórias da ordem pleiteada.

Dentre os principais argumentos utilizados para a negativa do pleito dos contribuintes, encontramos, além da já mencionada perda superveniente (ao menos parcial) de objeto, a questão de que se estaria diante de caso de concessão de moratória, o que, por expressa disposição do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966, art. 152), exige Lei específica, não bastando a mera previsão em Portaria ministerial.

De fato, parece-nos que o objeto da Portaria nº 12/2012 se aproxima do instituto da moratória, regulamentada pelos artigos 152 e seguintes do CTN e dependente de lei específica que a institua. Logo, caso trate-se efetivamente de moratória, não poderia mesmo o Judiciário implementar tal instituto sem a existência de lei, sob pena de violação a separação dos poderes.

A exigência de lei específica para instituição de moratória, para antes de decorrer de previsão do CTN nesse sentido, advém da presença do interesse público no campo das imposições tributárias e, consequentemente, do princípio da indisponibilidade dos bens públicos (CARVALHO, 2018).

Assim, a Portaria em tela não poderia por ela própria implantar tal instituto, pois ao fazê-lo sem o suporte de uma lei (em sentido estrito

7 E.g.: processo nº 1016660-71.2020.4.01.3400, da 21ª Vara Federal Cível do Distrito Federal/DF (BRASIL, 2020c); e processo nº 5002358-30.2020.4.03.6110, da 2ª Vara Federal de Sorocaba/SP (BRASIL, 2020d).

to) que lhe sirva de suporte de validade, a Portaria acabaria por incorrer em verdadeira ilegalidade, contrariando o disposto expressamente no CTN e toda a estrutura lógica do sistema. É que o fundamento de validade de uma norma sempre será outra norma, de hierarquia superior e que determina a forma como esta norma, de hierarquia inferior, pode ser criada e sobre qual tema pode versar. Trata-se do sistema piramidal exposto por Kelsen. Desta forma, para que uma norma jurídica seja válida ela precisa estar em conformidade com outra norma – de hierarquia superior – que represente seu fundamento de validade, tanto no sentido de competência e procedimento para sua criação, quanto no que se refere ao seu conteúdo (PIMENTA, 2005).

Porém, ainda que a disposição da Portaria nº 12/2012 se aproxime bastante do instituto da moratória, há que se considerar haver um ponto de importante distinção, que nos conduz a conclusão de que a Portaria em tela não concede uma moratória, mas sim altera a data de vencimento dos tributos. Institutos estes que não devem ser confundidos.

O artigo 154 do CTN (BRASIL, 1966) deixa claro que a moratória abrange os créditos já definitivamente constituídos ou em fase de constituição à data da lei que a institui ou do despacho que a concede. Quer dizer, a moratória não abrange créditos cuja constituição ainda não tenha se iniciado e, tampouco, decorrentes de fatos geradores sequer implementados.

Por outro lado, a Portaria nº 12/2012 (BRASIL, 2012b) prevê a prorrogação da data de vencimento inclusive de tributos referentes ao mês subsequente ao do início de sua incidência, que se dá no mês em que declarado o estado de calamidade. Ou seja, nitidamente a Portaria visa atingir créditos tributários ainda não constituídos e, inclusive, os créditos que serão originados por fatos geradores ainda não praticados. Trata-se de situação bastante distinta da moratória.

A regra do artigo 154 do CTN (BRASIL, 1966), que nos conduz a conclusão de que a moratória somente se aplica à créditos já constituídos, encontra-se em consonância com o efeito a ela atribuído pelo mesmo diploma, o da suspensão da exigibilidade do crédito. Ora, a exigibilidade que se suspende é atributo do lançamento e, desse modo, o ato jurídico administrativo é pressuposto para sua aplicação (CARVALHO, 2018).

E, partindo da premissa de que a Portaria nº 12/2012 altera data de vencimento (e não concede moratória), não há que se cogitar da inexistência de Lei que alcance o devido fundamento de validade à tal Portaria. Isto porque a Lei nº 7.450/1985 atribui ao Ministério da Fazenda a competência para fixar prazos de pagamento de receitas federais compulsórias (BRASIL, 1985). Portanto, há lei que outorga competência para fixar a data de vencimento dos tributos ao Ministério da Fazenda e este, no exercício de tal competência, fixou que, caso declarado estado de calamidade, haverá a prorrogação das datas de vencimento dos tributos.

Ademais, a corroborar a possibilidade de alteração de data de vencimento dos tributos por ato infralegal, registra-se o entendimento de que a fixação de prazo para pagamento de tributo não está sujeita à reserva de lei (VELLOSO, 2012). Inclusive porque a data de vencimento não integra a Regra-Matriz de Incidência Tributária, não se confundindo com o critério temporal da norma, na medida em que este indica o momento em que o fato impositivo ocorre, enquanto que aquele prescreve a data limite para realização do pagamento (CARVALHO, 2018).

Outro argumento bastante utilizado para repelir a aplicação da Portaria nº 12/2012 é o de que teria ela sido editada para combater a crise desencadeada pelo excesso de chuvas que atingiu algumas regiões do Brasil naquele ano, pelo que não teria aplicabilidade para o momento atual. Ocorre que a Portaria não traz em momento algum esta limitação para sua aplicação e nem específica tal finalidade. Logo, não nos parece

razoável dizer que não alcançaria o cenário atual, que inclusive é muito mais grave.

Não se nega a possibilidade de que a geração de efeitos, ou seja, a vigência de determinada norma jurídica possa ser condicionada a certo espaço de tempo. Contudo, para que isto ocorra é preciso que haja expressa determinação deste período de vigência ou, então, que posteriormente a norma tenha sua vigência tolhida, por exemplo pela revogação. Caso não haja esta determinação de período de vigência, tampouco revogação da norma, estaremos diante do que a doutrina denomina de vigência plena (CARVALHO, 2015).

Quanto a outra tese utilizada pelos contribuintes e antes indicada, no sentido de transgressão ao princípio da isonomia, consistia na alegação de que as datas para pagamento dos tributos federais deveriam ser prorrogadas porque os vencimentos das parcelas dos parcelamentos tributários foram suspensos pela Portaria nº 201/2020 do Ministério da Economia (BRASIL, 2020f). Contudo, entendemos que este argumento não tem a mesma sorte do acima analisado.

O princípio da isonomia tributária, positivado no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de fato veda a instituição de tratamento desigual, mas entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Isto implica dizer que há possibilidade de concessão de tratamento desigual sem que haja ofensa a tal princípio, pois o que é vedado é que contribuintes em idêntica situação sejam tratados de formas diferentes pelo ente tributante (PAULSEN, 2015). Quer dizer, não é todo tratamento desigual que se mostra incompatível com a Constituição, pois “afigura-se perfeitamente possível haver desigualdades juridicamente relevantes e legítimas” (VELLOSO, 2010, p. 236).

Devemos recordar que é condição sempre exigida para o ingresso e permanência nos programas de parcelamento tributário que o contribuinte mantenha em dia os pagamentos dos tributos vincendos,

que costumamos chamar de “correntes”, sob pena de ser excluído do programa. Portanto, o contribuinte que possui parcelamento de tributo federal ativo, além do pagamento em dia da parcela, também sob pena de exclusão do programa, deve manter em dia o pagamento dos tributos correntes.

Registramos que o que nos parece questionável do ponto de vista da isonomia, e mais ainda da moral tributária, não é a prorrogação das datas de pagamento das parcelas diante de uma situação de calamidade pandêmica como a presente, mas sim a concessão de parcelamentos especiais de forma recorrente. A realidade brasileira é de reiteradas leis concessivas de parcelamentos, muitas vezes sem maiores preocupações com os critérios para adesão, de modo que se pode verificar uma transmutação do instituto em tela em praticamente um direito subjetivo do contribuinte inadimplente, para não dizer sonegador (MOTA, 2014).

Tal prática, comum principalmente no âmbito federal, acaba por “fabricar devedores”, uma vez que estimula o inadimplemento tributário por parte daqueles que apostam na superveniência de um programa de parcelamento com condições benéficas para o pagamento parcelado e com encargos reduzidos dos débitos decorrentes de tributos que não foram pagos no prazo correto e cujo capital então “economizado” foi utilizado para expansão das atividades, fortalecimento empresarial, ganho de mercado, etc., desvelando uma verdadeira prática de concorrência desleal em relação aqueles que arcam tempestivamente com seus tributos.

5 CONCLUSÃO

Concluído este breve estudo, podemos formular as seguintes considerações:

No que diz respeito ao Imposto Predial e Territorial Urbano, ainda que se possa questionar os fundamentos da tributação com base

na concepção de que a capacidade contributiva é um sobreprincípio do direito tributário e que tributa uma mesma fonte de riqueza em momentos distintos, entendemos que é regular a exigência do IPTU mesmo que com severas restrições à utilidade econômica e ao uso do bem, estando a discussão ligada à mensura do tributo e não à ausência de fato gerador / capacidade contributiva, justamente em função do viés objetivo pelo qual se manifesta a capacidade contributiva nessa exação.

Tocante ao direito à moratória ou postergação da data de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadoria (ICMS), entende-se que o Convênio CONFAZ nº 169/2017 (BRASIL, 2017) importa mera faculdade à concessão dessas medidas, e, ainda que se cogitasse da desnecessidade do Convênio pela discussão relacionada a natureza delas (se benefício fiscal ou não), é sempre imperiosa a existência de Lei da entidade política competente para que se cogite do direito do contribuinte a tanto. Banda outra, entendemos que não é possível extrair do ordenamento um dever jurídico de concessão de moratória ou de postergação da data de recolhimento por um viés de justiça tributária, uma vez que, embora justificado por questões desta natureza, eventual atuação do Poder Judiciário nesse sentido extrapolaria seu âmbito de atuação, desrespeitando atribuições de outros Poderes de Estado e prejudicando a atuação coordenada da federação no combate às mazelas da pandemia.

Por fim, relativamente aos tributos federais entendemos pela aplicabilidade da Portaria nº 12/2012 do Ministério da Fazenda (BRASIL, 2020b), a qual se trata de instrumento normativo válido e vigente, que altera data de vencimento dos tributos – e não institui moratória – em decorrência de circunstância fática específica – decretação de estado de calamidade pública. No que concerne ao argumento da necessidade de postergação dos tributos correntes, por uma questão de isonomia ao que ocorreu em relação as datas de vencimentos das parcelas de programas de parcelamentos tributários, entendemos não haver a alegada ofensa ao princípio, uma vez que não se tratam de situações isonômicas a exigir idêntico tratamento.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito Tributário: Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, nº 17, jan-mar/2009, disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 26 de junho de 2020.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição aos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020a. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020b. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. 21ª Vara Federal Cível do Distrito Federal. Processo nº 1016660-71.2020.4.01.3400. Autor: Services Assessoria e Cobranças EIRELI. Réu: União Federal. Juiz: Rolando Valcir Spanholo. Brasília, 26 de março de 2020c. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-df-aplica-teoria-fato-principe.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária de São Paulo. 2ª Vara Federal de Sorocaba. Mandado de Segurança nº 5002358-30.2020.4.03.6110. Impetrante: Controlflex Aftermarket Motopeças Ltda (e outro). Impetrado: Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo. Juiz: Pedro Henrique Meira Figueiredo. Sorocaba, 26 de março de 2020d. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juizes-sp-concedem-decisoes-postergando.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020e. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-173-de-27-de-maio-de-2020-258915168>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7450.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 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>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. 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/13105.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Ministério da Economia. Conselho Nacional de Política Fazendária. Convênio ICMS nº 169, de 23 de novembro de 2017. Estabelece condições gerais para concessão de moratória, parcelamento, ampliação de prazo de pagamento, remissão, anistia e transação. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV169_17>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Ministério da Economia. Portaria nº 201, de 11 de maio de 2020f. Prorroga os prazos de vencimento de parcelas mensais relativas aos programas de parcelamento administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em decorrência da pandemia da doença causada pelo coronavírus 2019 (Covid-19), declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-201-de-11-de-maio-de-2020-256310621>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa nº 1.243, de 25 de janeiro de 2012a. Altera os prazos para o cumprimento de obrigações acessórias relativas aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, na situação que especifica. Disponível em: < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37261&visao=anotado>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012b. Prorroga o prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e suspende o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na situação que especifica. Disponível em: < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37244&visao=compilado>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 239.687/SP. Recorrente: Município De Jundiá. Recorrido: Ary Massa. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 17 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça Eletrônico** de 20 de março de 2000. RSTJ, vol. 134, p. 155.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.128.981/SP. Recorrente: Haw Empreendimentos Ltda. Recorrido: Município de Araraquara. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 18 de março de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico** de 25 de março de 2010. RT, vol. 898, p. 186.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.405. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 20 de setembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico** de 03 de outubro de 2019, nº 215.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 5.373 / SE. Requerente: Município de Aracajú. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 30 de abril de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico** de 07 de maio de 2020g, nº 145.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória nº 185 / MA. Requerente: Município de São Luís. Requerido: Relator Plantonista do AI nº 0803581-39.2020.8.10.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de abril de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico** de 07 de maio de 2020h, nº 145.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 5.363 / SP. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Relator do AI nº 2062467-83.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator:

Ministro Dias Toffoli. Brasília, 30 de abril de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico** de 07 de maio de 2020i, nº 145.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

DIFINI. Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado Constitucional**. Tradução: Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Opressão Fiscal e Repartição Desigual da Carga Tributária no Brasil: desigualdades e mazelas históricas**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n. 117, p. 37-56, jul./ago. 2014.

NETO, Arthur M. Ferreira. **Classificação Constitucional de Tributos pela Perspectiva da Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 16ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Validade, Vigência, Aplicação e Interpretação da norma jurídico-tributária. *In Curso de Especialização em Direito Tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho* (coord. Eurico Marcos Diniz de Santi). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PORTO ALEGRE (RS). Lei Complementar Municipal nº 7, de 07 de dezembro de 1973. Institui e disciplina os tributos de competência do Município. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=176915>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito Tributário**. Tradução: Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Moral Tributária do estado e dos contribuintes.** Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributária Interpretada.** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **O Princípio da Isonomia Tributária:** da Teoria da Igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.