

ORGANIZADORES

MICHAEL CÉSAR SILVA

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETA

SABRINA TORRES LAGE PEIXOTO DE MELO

VALÉRIA EDITH CARVALHO DE OLIVEIRA

IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO

DIÁLOGOS, REFLEXÕES E
PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS

VOLUME I

Editora
Newton



ORGANIZADORES

MICHAEL CÉSAR SILVA

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETA

SABRINA TORRES LAGE PEIXOTO DE MELO

VALÉRIA EDITH CARVALHO DE OLIVEIRA

IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO

DIÁLOGOS, REFLEXÕES E
PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS

VOLUME I



ESTRUTURA INSTITUCIONAL

Antônio Roberto Beldi
Presidente da mantenedora

Camila Romeiro
Reitora

Patrícia da Silva Klahr
Pró-Reitoria Acadêmica da Newton

Ana Paula Matias
Procuradora Institucional

Marcelo Maduell Guimarães
Coordenação da Escola de Direito

Michael César Silva
Coordenador do Programa de Pesquisa
da Escola de Direito (PPED)

Michael César Silva
Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafeta
Sabrina Torres Lage Peixoto de Melo
Valéria Edith Carvalho de Oliveira
Organizadores

isbn 978-65-87392-17-2

I34

**Impactos do coronavírus no Direito: diálogos, reflexões e perspectivas contemporâneas: volume I / Organização Michael César Silva... [et.al.] – Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2022.
1185 p.**

ISBN 978-65-87392-17-2

1. Direito. 2. Direito Público. 3. COVID-19. I. Silva, Michael César. II. Título

CDU 342:614

(Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Centro Universitário Newton)

Ariane Lopes

Responsável pelo Núcleo de Publicações Acadêmicas do Centro Universitário Newton Paiva



SETOR DE MARKETING E COMUNICAÇÃO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Av. Presidente Carlos Luz, 650 - Caiçara
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Mafalda Miranda Barbosa..... 11-17

PARTE I

REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NAS RELAÇÕES CULTURAIS, ECONÔMICAS E SOCIAIS

SEÇÃO I

CORONAVÍRUS: TRANSFORMAÇÕES CULTURAIS, ECONÔMICAS, FILOSÓFICAS E SOCIOLÓGICAS

O DIREITO E A PANDEMIA DE COVID-19: DOS BINÓMIOS FUNDAMENTAIS
À CONCLUSÃO NECESSÁRIA

Eduardo Vera-Cruz Pinto..... 20-44

CORONAVIRUS: TRANSFORMACIONES CULTURALES, ECONÓMICAS, FILOSÓFICAS Y POLÍTICAS

Borja Muntadas Figueras..... 45-56

EL CUERPO ROTO. LA DERIVA ONTOLOGICA POST-MODERNA

Rubén Darío Salas..... 57-78

MEDICINA, CIÊNCIA E OPINIÃO

Marco Antônio Ribeiro Tura..... 79-93

CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS SOBRE A PANDEMIA

Émilien Vilas Boas Reis e Marcelo Antônio Rocha..... 94-111

PARTE II

REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NO DIREITO PÚBLICO

SEÇÃO I

DIREITOS HUMANOS E SOLIDARIEDADE INTERNACIONAL

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

Salvador Morales Ferrer..... 114-126

BREVE HISTORIA RECIENTE DE LAS MIGRACIONES HASTA LA ACTUALIDAD DEL COVID-19

Pedro Garrido Rodríguez..... 127-137

PANDEMIA Y DERECHOS DE LA NATURALEZA

Gina Chávez Vallejo..... 138-148

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

Krúpskaya Ugarte Boluarte..... 149-171

SOLIDARIEDADE INTERNACIONAL: BREVE REFLEXÃO SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO DO DEVER
DE COOPERAR FACE À PANDEMIA DA COVID-19

Helena Telino Neves..... 172-183

COVID-19 E A SEMÂNTICA CONSTITUCIONAL SOLIDÁRIA Ernani Contipelli e Daniel Francisco Nagao.....	184-193
OS REFUGIADOS NA PANDEMIA: UM OLHAR HUMANISTA A PARTIR DO COMUNITARISMO DE AMITAI ETZIONI Stéfani Reimann Patz e Thami Covatti Piaia.....	194-207
FRATERNIDADE, SOLIDARIEDADE E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19 Clara Cardoso Machado Jaborandy e Liziane Paixão Silva Oliveira.....	208-224
A SOCIEDADE INTERNACIONAL, AS DESIGUALDADES E A PROTEÇÃO SOCIAL DIANTE DAS PANDEMIAS Cynthia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá.....	225-239
SEÇÃO II	
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS	
APORTACIONES DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA CRISIS DEL COVID-19 EN ESPAÑA Joaquín Sarrión Esteve.....	241-254
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS Rosa Maria Guerra.....	255-263
REPERCUSIONES DEL COVID EN EL ESTADO DE DERECHO Y EL SISTEMA JURÍDICO. CASO EL SALVADOR Ruth María Argueta Hernández e José Ricardo Hernández Pereira.....	264-276
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONTEXTO DE PANDEMIA Gabriel R. Juan.....	277-292
ACCIONES DE GARANTÍA FRENTE AL COVID-19: UN ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EL DERECHO A LA SALUD ENTRE BOLIVIA Y BRASIL Alex Cabello Ayzama e Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa.....	293-309
CONTROLE ORÇAMENTÁRIO VERSUS ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA Mônia Clarissa Henning Leal e Marcia Fernanda Alves.....	310-324
SAÚDE PÚBLICA EM TEMPOS DE COVID-19 E RESPONSABILIDADE POLÍTICA André Del Negri.....	325-335
RESPOSTAS À PANDEMIA E A ESTRATÉGIA BRASILEIRA Carlos Luiz Strapazzon.....	336-365
PANDEMIA E FEDERAÇÃO: A NOVA DIRETRIZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A INTERPRETAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNS E ALGUNS DESAFIOS PARA SUA UNIVERSALIZAÇÃO Ana Paula de Barcellos.....	366-381
PATRIARCALISMO, CAPITALISMO E GÊNERO: VULNERABILIDADES FEMININAS EM TEMPOS DE PANDEMIA Fábio Rezende Braga e Melina Girardi Fachin.....	382-402

ESTADOS EXCEPCIONAIS CONSTITUCIONAIS E PANDEMIA: A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS REGIMES DO ESTADO DE SÍTIO E DO ESTADO DE DEFESA Alexandre Walmott Borges, Pedro Ferreira e Clayton Korb Jarczewski Júnior.....	403-421
O CONFLITO FEDERATIVO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE SANEAMENTO BÁSICO NA PANDEMIA DO COVID19: UMA ANÁLISE DA LEI CATARINENSE Nº 17. 933 DE 24 DE ABRIL DE 2020 Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz e Guilherme Polinário Aragão.....	422-434
COVID-19 E CONSTITUIÇÃO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO X ESTADO DE EXCEÇÃO Paulo de Tarso Brandão e Eduardo Pereira Brandão.....	435-448
O PRINCÍPIO DA LEALDADE INSTITUCIONAL E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM TEMPOS DE PANDEMIA Pedro Henrique Costa e Moreira e Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo.....	449-461
SEÇÃO III	
DIREITO ADMINISTRATIVO, REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO DO CORONAVÍRUS	
COMPRAS PÚBLICAS Y MEDIDAS FRENTE AL COVID-19 EN EL DERECHO ESPAÑOL José Antonio Moreno Molina.....	463-472
OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES LEGAIS DOS CIDADÃOS NA PANDEMIA DA COVID-19 - TOMANDO A LEI DE PREVENÇÃO, CONTROLO E TRATAMENTO DE DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS DE MACAU COMO UM EXEMPLO Jiang Yi Wa	473-483
MEDICAMENTOS & PANDEMIA COVID-19 AUTORIZAÇÃO DE INTRODUÇÃO DE MEDICAMENTO NO MERCADO Paula de Castro Silveira.....	484-493
DUCTILIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE EMERGENCIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19 EN HONDURAS: LA JURIDICIDAD DEL ESTADO COMO LÍMITE A LA EXCEPCIÓN NORMATIVA César Stuardo Rivera Licona.....	494-504
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO, REGULAÇÃO E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 Carlos Roberto de Oliveira.....	505-521
COVID-19 E CORRUPÇÃO NO BRASIL: DESAFIOS E RECOMENDAÇÕES DE GOVERNANÇA EM SITUAÇÃO DE CRISE Ligia Maura Costa.....	522-533
A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/20 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ANALISAR A SUA CONSTITUCIONALIDADE Felipe Dalenogare Alves e Gabriela de Souza Graeff.....	534-547
DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS: DIVULGAR PARA PROTEGER? Edith Maria Barbosa Ramos, Maria Célia Delduque e Sandra Mara Campos Alves.....	548-565

A FUNÇÃO DE AJUSTE SOCIAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LICITAÇÕES E REGIMES FISCAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA João Marcelo Rego Magalhães.....	566-576
DEFICIÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO CONSEQUÊNCIA DAS PRÁTICAS CORRUPATIVAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E AS PESSOAS MAIS POBRES COMO AS PRINCIPAIS VÍTIMAS Caroline Fockink Ritt.....	577-590
O CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM TEMPOS DE CRISE: UMA PROPOSTA DE PARÂMETROS E DIRETRIZES Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Jéssica Acocella	591-607
SEÇÃO IV	
REPERCUSSÕES TRIBUTÁRIAS DO CORONAVÍRUS	
TRIBUTAÇÃO E FUNÇÕES ECONÔMICAS DO ESTADO EM TEMPOS DE PANDEMIA Ricardo Antonio Lucas Camargo.....	609-625
TRIBUTAÇÃO SUSTENTÁVEL E A COVID-19: POLÍTICAS FISCAIS DE CURTO, MÉDIO E LONGO PRAZO Marciano Buffon e Matheus Costella Menegussi.....	626-647
SEÇÃO V	
PROCESSO CIVIL, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: SOLUÇÕES JURÍDICAS NO CONTEXTO DO CORONAVÍRUS	
EL ACCESO A LA JUSTICIA LOS JUICIOS EN LINEA Y LA E-DEMOCRACIA María Macarita Elizondo Gasperín.....	649-663
MEDIDAS PROCESALES FRENTE AL CORONAVIRUS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/2020, DE 18 DE SEPTIEMBRE Leticia Fontestad Portalés.....	664-684
LAS ANTINOMIAS PROCESALES, SU INTERPRETACIÓN Y SOLUCIÓN Martin Eduardo Pérez Cázares.....	685-697
PODER JUDICIÁRIO E COVID-19 NO BRASIL: PANORAMA E PERSPECTIVAS SOBRE O PROCESSO ELETRÔNICO, AS AUDIÊNCIAS E SESSÕES DE JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA E A PRODUTIVIDADE Larissa Clare Pochmann da Silva.....	698-709
PANDEMIA E AS MATRIZES PUBLICÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau.....	710-723
AS CLÁUSULAS MULTI-ETAPAS E HÍBRIDAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO SOLUÇÃO PARA TEMPOS DE INCERTEZAS: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO Daniel Brantes Ferreira e Cristiane Junqueira Giovannini.....	724-734
AUDIÊNCIAS ONLINE EM TEMPO DE PANDEMIA DE COVID-19 NO ÂMBITO DO TJ-CE Dayse Braga Martins e Iara Alcantara de Holanda.....	735-753
REFLEXÕES SOBRE RESOLUÇÃO ON-LINE DE DISPUTAS (“ODR”) EM TEMPOS DE COVID-19 Fernanda Tartuce.....	754-765

PRINCIPAIS MUDANÇAS NO PANORAMA DAS AÇÕES JUDICIAIS DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA Mariana Dionísio de Andrade.....	766-778
POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INCENTIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS Alessandro Jacomini e Carlos Alberto Ferri.....	779-791
REFLEXÕES SOBRE A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO EM TEMPO DE CRISE PANDÊMICA Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino.....	792-804
NEGOCIAÇÃO ELETRÔNICA E COMUNICAÇÃO NÃO-VERBAL COMO INSTRUMENTOS RELEVANTES DE PROMOÇÃO DA CULTURA DE PAZ EM TEMPOS DE PANDEMIA Bianca Oliveira de Farias.....	805-815
A PANDEMIA E O AVANÇO DO USO DA TECNOLOGIA NOS TRIBUNAIS Giselle Santos Couy.....	816-836
SEÇÃO VI	
DESAFIOS DO CORONAVÍRUS PARA O DIREITO DO TRABALHO	
EL TELETRABAJO COMO ELEMENTO ALTERNATIVO EN LA ÉPOCA DE LA POSPANDEMIA DEL COVID-19 EN ESPAÑA Salvador Morales Ferrer.....	838-852
MEDIDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL APROBADAS EN ESPAÑA FRENTE A LA CRISIS DEL COVID Emma Rodríguez Rodríguez.....	853-869
ENQUADRAMENTO DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL Sebastião Geraldo de Oliveira.....	870-899
O MOVIMENTO COLETIVO DOS ENTREGADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO CONTEXTO PANDÊMICO Gabriela Neves Delgado e Bruna V. de Carvalho.....	900-914
ASPECTOS CONTROVERSOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DECORRENTE DO COVID-19 Samantha Caroline Ferreira Moreira e Rodolfo Pamplona Filho.....	915-927
MEIO AMBIENTE DO TRABALHO, DOENÇA OCUPACIONAL E COVID-19 Valmir César Pozzetti.....	928-943
DA RELEITURA DO REGIME JURÍDICO TRABALHISTA À PROPOSTA DE UM NOVO MARCO REGULATÓRIO: REFLEXÕES A PARTIR DOS DESAFIOS AGRAVADOS PELA PANDEMIA DE COVID-19 Amauri César Alves e Roberto Henrique Pôrto Nogueira.....	944-962
O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO DIREITO DO TRABALHO E O PANORAMA FUTURO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS Davidson Malacco Ferreira e Rafael Alves Nunes.....	963-981

SEÇÃO VII

NOVOS CONTORNOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO FRENTE AO CORONAVÍRUS

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA CRISIS POR EL CORONAVIRUS SARS-COV-2 EN ESPAÑA Jesús Barceló Fernández.....	983-1005
IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA Roberto de Carvalho Santos e João Batista Lazzari.....	1006-1020
REGIME FISCAL EXTRAORDINÁRIO E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO: A FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE PROVA DE REGULARIDADE COM O INSS Marco Aurélio Serau Junior e Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff.....	1021-1030
A ETIOLOGIA DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DECORRENTES DE ACIDENTES DO TRABALHO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 Miguel Horvath Júnior, Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro e Henrique Lourenço de Aquino.....	1031-1045

SEÇÃO VIII

CORONAVÍRUS E O DIREITO AMBIENTAL

ECOLOGIA E PANDEMIA Paulo de Bessa Antunes.....	1047-1061
IMPACTOS DO COVID 19 E DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA FLEXIBILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL Annelise Monteiro Steigleder.....	1062-1080
PANDEMIA E AS LIMITAÇÕES SISTÊMICAS DO DIREITO AMBIENTAL PARA DEMANDAS COMPLEXAS André Rafael Weyermüller e Pedro Ernesto Neubarth Fernandes.....	1081-1095
CORONAVÍRUS E DIREITO SOCIOAMBIENTAL: ENTRE O “COLAPSO ECOLÓGICO” E A PROTEÇÃO JURÍDICA INTEGRAL QUE ESTÁ POR VIR Alessandra Marchioni.....	1096-1109
LA FORMACIÓN AMBIENTAL MEDIADA POR EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA Y LAS COMUNICACIONES EN TIEMPOS DE COVID-19 Alcides Antúnez Sánchez e Rosa María Álvarez Valerino.....	1110-1130
REFLEXIONES PARA ADECUAR LAS AUDIENCIAS TELEMÁTICAS DE CASACIÓN PENAL Y DE EXTRADICIÓN A LAS RELACIONES SOCIALES A PARTIR DEL COVID-19 Gustavo Adolfo Amoni Reveron.....	1131-1150

SEÇÃO IX

DIREITO PENAL EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

ANÁLISE DAS MEDIDAS CONTRA OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO CÁRCERE BRASILEIRO Antonio Eduardo Ramires Santoro e Rodrigo Grazinoli Garrido.....	1152-1166
O AUMENTO DO NÚMERO DE FEMINICÍDIOS DURANTE A PANDEMIA E A NECESSÁRIA RESPOSTA JURÍDICA E SOCIAL Caroline Fockink Ritt e Eduardo Ritt.....	1167-1183

APRESENTAÇÃO

COVID-19: ALGUMAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Mafalda Miranda Barbosa

Doutora em Direito pela Universidade de Direito de Coimbra, Portugal.
Univ. Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
University of Coimbra, Institute for Legal Reserch, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Professora Associada.

Surgido na China, em finais de dezembro de 2019¹, rapidamente se percebeu que, fruto da globalização, o novo coronavírus seria exportado para o resto do mundo. Os infetados iam-se multiplicando um pouco por toda a parte, ao ponto de, repentinamente, a entrada de nacionais de determinados países que houvessem viajado para certos destinos configurar um risco com que as autoridades de saúde haveriam de ter de lidar. Porém, a estratégia inicial dos responsáveis pela área nunca passou por uma política de contenção severa, com imposição de formas de quarentena obrigatória. Por outro lado, mesmo conscientes da existência de um período de incubação, as autoridades sanitárias não foram pródigas em aconselhar o distanciamento social, levando, em alguns casos, pessoas que estavam infetadas a trabalhar em ambientes partilhados por muitas pessoas (escolas, fábricas, etc.).

A proliferação dos surtos epidémicos, associada aos relatos do dramatismo do caso italiano, inverteu o cenário. Um pouco por todo o lado, foram decretados estados de emergência e impostas formas de confinamento mais ou menos rigoroso. A necessidade de conter a progressão de um vírus novo, do qual pouco se conhecia e se conhece, aliada ao medo que se instalou nas sociedades, determinou que fossem adotadas muitas medidas, algumas das quais com impacto direto nos direitos fundamentais dos cidadãos.

Seja pela necessidade de os poderes públicos (governamentais, policiais, sanitários ou outros) ou de entidades privadas (por indicação daquelas) adotarem medidas precaucionais; seja como consequência dos novos hábitos que foram sendo adotados para satisfazer necessidades primordiais da população confinada (maioritariamente) ao seu domicílio, emergiu – não se sabe se de forma transitória ou não – uma nova forma de construção societária.

Lentamente, instalou-se nas sociedades contemporâneas um cenário orwelliano que ainda há pouco tempo predizíamos como impossível: utilização de *drones* para vigilância dos obrigados à quarentena; recolha e partilha de dados relativos à saúde dos cidadãos; utilização de aplicações de telemóvel que, com base em dados de geolocalização e biométricos ou com base em metadados, permitem controlar eventuais deslocações e sintomas das pessoas e alertar as restantes, sempre que tenham estado em contacto com algum infetado ou suspeito de infeção; controlo e registo de temperaturas; colocação de *micro-chips* debaixo da pele para controlo das condições médicas dos cidadãos; aceleração do teletrabalho; proliferação da utilização de plataformas de *streaming*.

Apar da digitalização – e consequente desumanização – das relações pessoais, familiares, afetivas, culturais, laborais, a implicar, por si só, problemas complexos em sede de proteção

¹ Estudos mais recentes apontam, contudo, para a possibilidade de existência de casos desde março de 2019, facto de, comunicando a natureza endémica do vírus, altera a ponderação valorativa da realidade que agora se vive.

de dados pessoais, assistiu-se a uma restrição de inúmeros direitos de personalidade, tidos como direitos fundamentais: direito à integridade física (ou mesmo à vida), direito à liberdade de circulação, direito à liberdade de exercício da profissão, direito à liberdade religiosa, direito à igualdade, entre muitos outros.

Ao mesmo tempo que a sociedade se via, autónoma ou heteronomamente confinada, os diversos Estados sentiram a necessidade de reagir. A par de medidas sanitárias reclamadas, adotadas um pouco por todo o mundo para conter a progressão da doença, tornou-se imperioso lidar com as consequências económicas e sociais da pandemia, dando-se origem a um quadro normativo transitório com implicações nos mais variados domínios da juridicidade.

As alterações legislativas não foram, contudo, capazes de conter todas as consequências que a pandemia de covid-19 gerou. Ao mesmo tempo que se foi assistindo a modificações pontuais e transitórias nos diversos ordenamentos jurídicos, os problemas juridicamente relevantes agigantaram-se a um ritmo avassalador.

Nenhum ramo do direito ficou incólume.

Os desafios colocaram-se e colocam-se, desde logo, no plano do direito constitucional: os estados de emergência e/ou de calamidade que foram sendo decretados em diversas latitudes, a implicar restrições fortíssimas a direitos fundamentais, trouxeram à luz do dia problemas complexos da doutrina constitucionalista. O debate passou a centrar-se não só na delimitação do âmbito de relevância de alguns desses direitos fundamentais, como também aos princípios que não poderiam deixar de ser respeitados. Algumas ideias assomam como nucleares: excecionalidade; necessidade; adequação e proporcionalidade passam a ser critérios principiológicos para aferir da legitimidade das diversas intervenções estaduais.

De facto, as medidas que abstratamente consideramos devem afigurar-se excecionais, ou seja, devem assumir uma duração limitada no tempo, não podendo superar os estados de emergência e/ou de calamidade que tenham sido decretados. Por outro lado, devem, e, concreto, mostrar-se necessárias e adequadas. Esta necessidade – atentos os valores em causa – não pode equivaler à mera aptidão das medidas para lidar com o surto epidémico. Ao invés, deverá ser entendida no sentido de ser imperioso adotar os procedimentos em questão, por não existirem outros que, sendo menos gravosos, cumpram o mesmo desiderato. *In fine*, as medidas têm de se revelar proporcionais, isto é, as restrições impostas devem limitar-se ao que é cientificamente razoável para conter a expansão do vírus.

Estes dados assumem particular importância no quadro dos diversos ordenamentos jurídicos. Um domínio onde, ao nível europeu, se tem dado eco às ideias de necessidade e proporcionalidade é exatamente o referente à proteção de dados pessoais, talvez fruto da imposição pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados. Os desafios que a este nível se colocam são inúmeros. As potencialidades intrusivas na privacidade incrementam-se a cada passo com a utilização de novas tecnologias; por outro lado, o alastrar do medo fez com que, paulatinamente, as pessoas aceitassem prescindir da sua privacidade/liberdade em nome de uma segurança (muitas vezes falsamente) alcançada. É exatamente este ponto que nos leva a questionar se não estaremos a assistir ao surgimento de uma nova ordem, a determinar uma alteração do modo de ser do jurídico. Dito de outro modo, estaremos diante de ações ao serviço do direito, naquilo que ele tem de especificamente jurídico, ou, pelo contrário, estaremos diante da negação de direitos fundamentais, a implicar a negação do próprio direito e a antecipar a emergência de uma nova ordem jurídica. Na verdade, aquilo a que se assiste é a um facto sanitário de gravidade incontestável que legitima formalmente legislação que nem sempre se inibe a ultrapassar os limites que se demarcam aos direitos fundamentais. De certo modo, é a *raison d'Etat* que surge como justificação para o quadro de medidas adotadas, em nome de uma ideia de segurança e felicidade de toda a humanidade. Mas aquilo a que se assiste, também, é, por um lado, à inexistência de uma barreira temporal de referenciação das medidas – já que ninguém sabe quanto tempo durará a epidemia, por quantas ondas se refratará e com que proporções se afirmará –, e, por outro, como

decorrência deste dado, a uma habituação do homem a uma nova forma de relacionamento, fazendo-nos lembrar o brocardo “primeiro estranha-se, depois entranha-se”. Com o que se pergunta se o próprio homem não se estará a desumanizar e a perder o referencial de sentido que fundamenta a juridicidade. A resposta a esta questão leva implicado o sentido do direito, donde a problematização de alguns aspetos constitucionais garante a ponte para a reflexão no plano da própria filosofia do direito.

Não é esta, porém, a única ponte que, a partir da ponderação dos direitos fundamentais e das limitações que lhes são impostas, pode ser estabelecida. O próprio direito internacional é chamado a depor em domínios como o que respeita à liberdade religiosa e liberdade de culto, em ordenamentos jurídicos como o português. Na verdade, para além dos evidentes problemas constitucionais suscitados pela inadmissível supressão da liberdade de culto, a Concordata firmada entre Portugal e a Santa Sé torna de muito duvidosa legalidade a ingerência das autoridades sanitárias na organização do culto, uma vez levantadas as restrições a que aludimos.

Mas são também o direito administrativo – com os problemas suscitados, por exemplo, no âmbito da contratação pública, mas também com os aspetos referentes ao direito contraordenacional – e o direito fiscal que, por um lado, são chamados a depor em tempos de pandemia e que, por outro lado, são objeto de alterações várias, de modo a dar resposta às necessidades suscitadas pela nova realidade. Com não menos importância, entra igualmente em cena o direito da segurança social, também ele direito público, ordenado à satisfação de necessidades primárias de muitos que se viram privados de empregos e casas como consequência do surto epidémico, bem como o direito penal e o direito penitenciário, atenta a necessidade de garantir a salvaguarda dos bens jurídicos essenciais, a possível tipificação de novos comportamentos penalmente relevantes e a salvaguarda dos condenados em relação aos riscos de contágio.

Do ponto de vista do direito privado, as repercussões da covid-19 não são menores. Desde logo, colocam-se problema ao nível do direito contratual.

A, médico dentista, contratou com o banco um financiamento para aquisição de material para o seu consultório. Em virtude da crise pandémica, viu-se impossibilitado de exercer a sua profissão e deixa de ter possibilidade para pagar as prestações do mútuo. B, arrendatário de um apartamento pertencente a C, tendo ficado impossibilitado de exercer a sua atividade profissional, que vinha desempenhando em regime de recibos verdes/prestação de serviço, vê-se a braços com grandes dificuldades para pagar as rendas a que se obrigou; D, comerciante e arrendatário de uma loja, encontra-se em grande dificuldade para pagar a renda do locado, tendo em conta a impossibilidade de abertura do seu estabelecimento comercial. E, proprietário de um ginásio, vê-se impossibilitado de receber os alunos e atletas que habitualmente o frequentam, do mesmo modo que F, proprietário de uma creche, se vê impossibilitado de receber as crianças que ali são deixadas diariamente pelos pais; G, diretor de uma escola, determina que o ensino passe a ser feito à distância, através de plataformas de *streaming*, para evitar o contágio dos professores, mesmo depois do levantamento do estado de emergência. H, advogado, tendo sido contaminado com o novo vírus, deixa de poder cumprir o mandato forense em relação a I, seu cliente. J, artesão, deixa de poder cumprir uma encomenda, por falta de matérias primas.

Muitos outros exemplos poderiam ser cogitados, na sequência da pandemia de covid-19 e das medidas de contenção que foram sendo adotadas pelas autoridades políticas

2 Cf., a este propósito, VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, II, 7 ed., Coimbra: Almedina, 1997, p.67 s.; ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das obrigações*, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1966, p.407; SERRA, A. Vaz “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 46, 1955, p.45 s. Acerca da questão da impossibilidade, v., igualmente, CANARIS, C.-W., “Zur Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen”, *Die Schuldrechtsreform vor der Hintergrund des Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, 2001, p.43 s.

e sanitárias. Estes exemplos não pretendem, portanto, funcionar como um elenco taxativo de problemas, sendo apresentados com uma intencionalidade meramente ilustrativa. Mas servem, ainda, um outro propósito: é que, não obstante apresentarem notas de similitude entre si, escondem diferenças de não pequena monta. Na verdade, a doutrina tem vindo a separar dogmaticamente as hipóteses de mera dificuldade de prestação (*difficultas praestandi*), nas quais a execução da prestação, envolvendo um maior esforço para o devedor e tornando-se mais onerosa, continua a ser formal e factualmente possível, das situações de impossibilidade em sentido estrito, nas quais um facto imprevisível e/ou inevitável impede a sua realização². E se à impossibilidade fáctica e legal se associam as formas de impossibilidade prática e moral, oferecidas diretamente pelo direito germânico, às quais podemos aceder pelo funcionamento do princípio da boa-fé, não é menos certo que o problema da distinção entre a impossibilidade e a excessiva onerosidade ou da dificuldade de prestação – a implicar, agora, uma ideia de impossibilidade económica – passa a assumir importância vital no contexto do impacto que a pandemia de covid-19 tem no mundo contratual. O problema da alteração superveniente das circunstâncias ganha relevância a este nível e exige do jurista um diálogo atento com muitas das medidas adotadas pelos legisladores: é que a mobilização do regime (em Portugal, consagrado no artigo 437.º do CC) não é automática, implicando, pelo contrário, a ponderação dos critérios plasmados pelo legislador e concretizados por anos de labor doutrinal, por um lado, e, por outro lado, a análise da repartição do risco prevista pelo legislador, através de algumas das soluções que, afastando-se da pureza dos mecanismos contratuais, visam encontrar formas de salvaguarda da economia familiar e empresarial.

Do ponto de vista delitual, os problemas não se atenuam. A pandemia de covid-19 gerou, aos mais diversos níveis, profundos prejuízos. Ultrapassada a primeira fase de propagação da doença, começam agora a suscitar-se problemas relativos aos danos experimentados, quer tenham sido provocados direta ou indiretamente pela contaminação, quer tenham sido causados pelas medidas de contenção aprovadas para sustentar a epidemia. Se não é difícil imaginar (ou mesmo constatar) os danos que podem emergir numa situação de contágio ou de suspeita de contágio, a necessária conjugação de diversos pressupostos da responsabilidade civil pode determinar maiores problemas. O fundamental será, então, tentar perceber quais as diversas possibilidades de surgimento de uma pretensão indemnizatória ao nível delitual.

Desde logo, aventa-se a possibilidade de responsabilização do Estado e outros entes públicos. Pode ou não o Estado ser responsabilizado pela lesão da saúde e/ou da vida de uma pessoa contagiada? Pode ou não o Estado ser responsabilizado pelas perdas patrimoniais sofridas por uma sociedade comercial que, fruto desse mesmo contágio, teve de suspender a produção de uma unidade fabril de que é proprietária? A questão da responsabilização pode ocorrer também por referência a uma pessoa singular. A contágia B com o covid-19. Poderá ser por isso responsabilizado? A resposta não é inequívoca. Tudo depende das especificidades do caso concreto. Problemas referentes à ilicitude, à culpa, ao dano e à imputação objetiva, outrora conhecida como causalidade, cindida agora em causalidade fundamentadora da responsabilidade e em causalidade preenchedora da responsabilidade, desafiam o pensamento jurídico.

Por outro lado, poderá haver situações danosas que não resultam diretamente da covid-19, mas da reação que a mesma conhece. Na verdade, tendo sido decretado o estado de emergência, em muitas outras partes do globo, importará indagar em que medida, ultrapassados que sejam os limites impostos pela proporcionalidade e pela necessidade,

3 LG Heilbronn, Urt. v.29.4.2020, Az.: I 4 O 82/20, Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Heilbronn&Datum=2020-04-29&Aktenzeichen=4%20%2082/20>. Também publicado na *Revista de Direito da Responsabilidade* (na secção de recolha de jurisprudência – dia 19.6.2020)

podem os Estados ser responsáveis pela lesão grave e danosa de inúmeros direitos (direito à vida, direito à saúde, direito à liberdade religiosa, direito à integridade moral, direito à tranquilidade e à paz, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, direito à igualdade, direito à liberdade de iniciativa económica). O *Landgericht* Heilbronn³, numa decisão de 29 de abril de 2020, pronunciou-se sobre um caso enquadrável neste âmbito, sem que, contudo, a solução predisposta pela jurisprudência germânica possa ser transposta sem mais para os restantes ordenamentos jurídicos, mormente o ordenamento jurídico português. A realidade oferece alguns exemplos de possíveis casos de responsabilização. A saber: a) situações em que um determinado sujeito fica privado de cuidados de saúde, vindo agravar a sua situação de base ou procrastinando um diagnóstico, com diminuição de chances de cura, por o plano de contingência estabelecido por um determinado hospital suspenderem cuidados primários de saúde; b) situações em que, contra aquilo que a CRP impõe, mesmo sendo declarado o estado de emergência, um sujeito fica privado da possibilidade de exercer culto, vindo limitada a sua liberdade religiosa de que aquele faz parte incindível; c) situações em que o Estado decreta a proibição de encerramento de determinados estabelecimentos com as mesmas características de outros e na mesma área de retalho, com base em critérios arbitrários e não justificados cientificamente; d) situações de tratamento desnecessário de dados pessoais.

Repare-se que, por referência a muitas situações com as enunciadas, pode não estar em causa exclusivamente a responsabilidade do ente público, mas de particulares que, na concretização dos planos de contingência recomendados pelas autoridades, ultrapassam os limites que devem ser estabelecidos em nome da exigível concordância prática entre direitos. Pense-se, por exemplo, num médico que recusa um tratamento ou adia um diagnóstico de outra doença com medo de eventuais contágios.

Isto leva-nos a colocar o problema da eventual responsabilidade de outros sujeitos que não o Estado ou os particulares que diretamente contribuíram para o contágio. As diversas constelações que a este propósito surjam (ou possam surgir) suscitam problemas dogmáticos diferenciados, podendo convocar, inclusivamente, disciplinas jurídicas diversas. Pense-se, por exemplo, na eventual responsabilidade do médico que aplica um método terapêutico não adequado; na eventual responsabilidade do produtor de máscaras ou outro equipamento de proteção que, tendo sido fabricado de forma defeituosa, não impediu o contágio de profissionais de saúde ou de cidadãos em geral, a convocar a disciplina da responsabilidade do produtor; na eventual responsabilidade do produtor de testes de despiste da infeção que, sendo mal produzidos, ditam o contágio de uma pessoa ou, não o ditando, geram falsos positivos ou falsos negativos; na eventual responsabilidade do sujeito que elaborou estudos científicos que se vieram a revelar errados, com base nos quais se alicerçaram as medidas adotadas pelos Estados.

Por outro lado, a responsabilidade parece decair se as autoridades sanitárias ou os governos tiverem decretado ou omitido medidas de contenção em função de projeções oferecidas pelos especialistas médicos e matemáticos. Ainda que as medidas se afigurem desproporcionais, no momento em que foram adotadas, os dados disponíveis para a tomada de decisão podiam permitir que fossem assumidas como adequadas. Num outro cenário, os dados disponibilizados pelos especialistas podem ter subestimado o perigo, levando a que não se decretassem medidas que, afinal, se afigurariam essenciais. Não interessando entrar na discussão que divide negacionistas e catastrofistas, importa mostrar que, nesse caso, poderá ser difícil descortinar a culpa por parte do pretense lesante. E é aí que surge a questão: *e quando o algoritmo erra?* E se os dados preditivos – que influenciaram decisões num sentido ou no outro – tiverem sido produzidos por um *software* que, simplesmente, errou? A inteligência artificial e os problemas por ela patenteados conflui com a nova realidade surgida no contexto pandémico e coloca novos e ainda mais desafiantes problemas ao jurista.

Não se ficam, contudo, por aqui os problemas com que o direito privado tem de lidar. Outros ramos de direito privado especiais são provocados pela abertura da realidade. Entre eles destaca-se o direito do consumo, a clamar pela necessidade de medidas protetivas da parte mais fraca da relação em domínios como os serviços públicos essenciais, o crédito ao consumo ou o crédito à habitação; o direito do trabalho, a exigir respostas para garantir a tutela do trabalhador, sem desconsiderar a posição do empregador; o direito do arrendamento, com a mesma lógica protecionista do arrendatário, atentos os interesses subjacentes, designadamente quando em causa esteja um arrendamento para habitação, sem poder ignorar – numa tentativa de equilíbrio contratual materialmente considerado – a posição do senhorio; o direito da família, nomeadamente no que diz respeito ao cumprimento do regime de visitas e à proteção de menores em situações vulneráveis; o direito comercial, societário e insolvencial (ainda que este último apresente uma dimensão publicista); o direito bancário; o direito dos seguros; o direito médico e farmacêutico.

Em termos gerais, os direitos de personalidade – a coincidir em muitos casos com os direitos fundamentais – são igualmente questionados: direito à liberdade de movimentos; direito à liberdade religiosa e direito ao culto; direito à tutela dos sentimentos, incluindo o sentimento de piedade pelos mortos; direito à afetividade; direito à liberdade de iniciativa económica; direito à privacidade; direito ao livre desenvolvimento da personalidade (que não se pode alcançar sem ser no seio da comunidade: afetividade, partilha, contacto pessoal, entrega, dimensão cultural, dimensão desportiva). Repare-se que estes direitos não podem ser compreendidos no isolamento solipsista do seu titular. Pelo contrário, ao reconhecermos que a fundamentação do direito na personalidade implica um salto do patamar da ontologia para o patamar da axiologia, somos forçados a reconhecer que a mobilização que se faça de cada um destes direitos não pode deixar de ter como limite o sentido da responsabilidade pessoal (pelo outro e por si mesmo). Isto significa que o sujeito não pode invocar o direito para atentar contra si próprio, por um lado, e, por outro lado, que não pode invocar o direito abdicando de uma relação de cuidado com o próximo. Do ponto de vista prático, isto implica que não seja possível invocar um direito de personalidade, tido como direito fundamental, se e quando tal implique necessariamente a lesão do nosso semelhante. Mas implica, também, que a limitação aos referidos direitos deve ser proporcional e excecional, de tal modo que na era pós-pandémica não será possível perpetuar um *status quo* que possa pôr em causa dimensões essenciais da personalidade. E, nessa medida, a digitalização do mundo que se acelera com a covid-19 não pode ir ao ponto de desumanizar o ser humano, privando-o das suas dimensões essenciais.

Nestes tempos complexos e perigosamente desumanizadores, os juristas são chamados a depor, refletindo sobre estes e outros problemas juridicamente relevantes que a realidade apresenta. Na obra que se apresenta, procura-se, através do contributo de diversos autores, dar a conhecer algumas das reflexões que os primeiros meses da pandemia permitiram e suscitaram. Torna-se, por isso, uma referência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel de. *Teoria Geral das obrigações*, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1966.

CANARIS, C.-W.. “Zur Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen”, *Die Schuldrechtsreform vor der Hintergrund des Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, 2001.

SERRA, A. Vaz. “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”. *Boletim do Ministério da Justiça*, 46, 1955.

VARELA, J. Antunes. *Das obrigações em geral*. II. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 1997.

PARTE I

REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NAS RELAÇÕES CULTURAIS, ECONÔMICAS E SOCIAIS

SEÇÃO I

CORONAVÍRUS: TRANSFORMAÇÕES CULTURAIS, ECONÔMICAS, FILOSÓFICAS E SOCIOLÓGICAS

O DIREITO E A PANDEMIA DE COVID-19: DOS BINÓMIOS FUNDAMENTAIS À CONCLUSÃO NECESSÁRIA¹

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Catedrático convidado da Universidade Europeia e da Universidade Lusíada de Angola. Coordenador do Centro de Investigação Interdisciplinar (IURIS) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro eleito do Conselho Geral da Universidade de Lisboa. Ex-Membro do Conselho Superior da Magistratura e do Conselho dos Julgados de Paz.

Sumário: 1 Televisão *versus* Tribunais; 2 Jornalistas *versus* Juízes; 3 Liberdade *versus* medo; 4 Justiça *versus* Política; 5 Universidade *versus* empresas; 6 Juridicização *versus* legalização; 7 Advogados tradicionais *versus* advocacia do futuro; 8 Constituição *versus* *iusprudentia*; 9 A conclusão necessária; Referências.

¹ O texto serviu de base a um contributo, em Inglês, para projeto "Corona and the Law", registado no *World Pandemic Research Network*.

1 TELEVISÃO VERSUS TRIBUNAIS

A Pandemia de Covid-19 abalou o Mundo². Surgiu no debate público do “Direito da Pandemia” a ideia de haver uma oposição radical entre vida e liberdade, concretizada no binómio saúde coletiva/liberdade individual. Existe um dever jurídico fundamental de não mobilidade de cada pessoa fora do regime jurídico do estado de exceção³, logo em plena normalidade constitucional⁴? Ou trata-se apenas de um dever cívico de cidadania responsável no “cuidar do outro”⁵, sem outra censura a não ser a do *apelo cidadão*? Voltamos atrás na civilidade jurídica conquistada ou regressaremos a mecanismos sociais eficazes de censura pessoal, próprios do obscurantismo medieval⁶, fora da lei e dos tribunais? A história da regra *nullum crimen, nulla poena sine lege* já foi esquecida⁷?

Não havendo norma expressa que imponha o isolamento social, os órgãos do Estado, com titulares de cargos eleitos, não podendo intervir para garantir o comportamento dos cidadãos no sentido do isolamento, estão a transferir a censura desses comportamentos, da lei para os “agentes sociais”⁸. Assim, aqueles que não o fazem ficam expostos a uma censura social veiculada pelos mass media (alarmismo mediático) e legitimada pelos “comentadores da Estação”, fiéis da idolatria científica - apontados como maus cidadãos, irresponsáveis sociais e alvo de reprovação pública e até de violência física pela “milícias do Covid”⁹. As pessoas assim visadas e expostas, em defesa dos seus direitos fundamentais, podem recorrer

2 Ver ZIZEK, Slavoj. *A Pandemia que Abalou o Mundo*. Lisboa: Relógio d'Água, 2020.

3 DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1f0cf94512f963e>; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2009; MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008; NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998; RUSCHEL, Caroline Vieira. *O dever fundamental de proteção ambiental*. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, 33, n.2, dez.2007, p.231-266; RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010; SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, v. I-IV, Rio de Janeiro, Forense, 1996; SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.95, abr./jun., 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.06.PDF.

4 Constitutional normality, an expression of the Democratic State of Law that obscures the Democratic State of Law when the Law is exhausted in the word law and thus removes the legal rule from the legal norm. In: *Sopa de Wuhan: pensamento contemporâneo em tempos de pandemias*. Pablo Amadeo (Org.), Aspo, 2020; BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

5 LEVINAS, Emmanuel. “Mourir pour...”, in *Entre nous: Essais sur le penser-à l'autre*. Paris, 1991, p.228-229.

6 BRIDLE, James. *A nova idade das trevas: A tecnologia e o fim do futuro*, trad. port. Érico Assis, 2019.

7 Que está muito além de um marco na história do princípio da legalidade. Ver : BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, Lisboa, trad. de José de Faria Costa (COSTA, José Francisco de Faria. “Ler Beccaria Hoje”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (BFDUC)*, vol. LXXIV, 1998, p.89-105); FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Criminal Português, in *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, nº 155, Abr., 1966, p.05-202 e nº 156, Maio, 1966, p.69-168. Entre nós: ANDRADE, Manuel da Costa. “O princípio constitucional «nullum crimen sine lege» e a analogia no campo das causas de justificação”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nºs. 3924 e 3925-3926, respetivamente, p.72-77; 130-139; CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, 6a. ed., 2002; CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, vol. I (colaboração de Figueiredo Dias), reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1999; “A Evolução Histórica das Penas”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (BFDUC)*, vol. LIII, 1977, p.51-150; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário* (Separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nºs. 3714 e 3720), Coimbra Editora, 1984; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal* (O Direito Penal na “Sociedade do Risco”), Coimbra Editora, 2001; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, parte geral, I, 4a. ed., Lisboa-São Paulo: Editorial Verbo, 1992; MARCOS, Rui de Figueiredo. “Traços da Legislação Penal Pombalina.” In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra Editora, 2001; NEVES, Antonio Castanheira. O Princípio da Legalidade Criminal, in *BFDUC*, número especial, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984.

8 THOMSON, Janice E.. Mercenaries, Pirates, and Sovereigns. *State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*. Princeton, 1994.

9 We cannot deal here with the difference between strength and violence. KEANE, J.C., *Reflexiones sobre la violencia*. Alianza, 2000; HASSNER, Pierre. *La violence et la paix: De la bombe atomique au nettoyage ethnique*, Paris, 1995; KEANE, John. “The Long Century of Violence”, in *Reflections on Violence*. London and New York, 1996.

aos tribunais nacionais e europeus para reagirem contra essa forma de censura fora da lei que viola direitos elementares de personalidade, defendidos pelas Constituições dos Estados e pela legislação europeia. Ainda há Juízes em Estrasburgo.

Recordo que esta é uma situação que expõe e agrava a crise do Estado¹⁰ quando mais precisamos dele. A construção de uma realidade digital pelas redes sociais¹¹ e comunicacionais, pelas TV's e jornais, alternativa à realidade legal (que impõe direitos e deveres às pessoas e ao Estado e um processo judicial justo pelas autoridades públicas competentes) e com pretensões de a substituir é um dos perigos para o Estado de Direito Democrático que a pandemia pode agravar. Os Juízes são aqui, no pós-covid, atores principais no palco das Democracias europeias que defendem os Direitos dos seus cidadãos.

2 JORNALISTAS VERSUS JUÍZES

Se o Estado digital intrusivo é preocupante¹², as empresas com meios de intrusão digitais são-no mais. As Televisões (empresas privadas) contratam as empresas de alta tecnologia (mais sofisticada que a dos Estados) - sem fiscalização adequada e sem responsabilidade política ou controlo democrático – que violam sem censura e com “boa causa” os mais elementares direitos das pessoas (os fundamentais e os de personalidade¹³). Isso pode considerar-se jornalismo de investigação e serviço público de comunicação? É apenas uma forma de ganhar dinheiro violando direitos e incumprindo deveres à luz de um estatuto de impunidade dos “jornalistas” socialmente aceite e garantido por lei e pelos tribunais?

Todos sabemos a importância axiológica da liberdade de imprensa e de expressão numa Democracia com conteúdos¹⁴. Não ignoramos que o seu exercício não pode afastar a defesa dos direitos dos suspeitos. As empresas de vigilância eletrónica¹⁵, os mercadores de

10 Tema por demais tratado. Ver OWEN, Taylo. *Disruptive Power: The Crisis of the State in the Digital Age* by Taylo. Oxford University Press, 2015; BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *State of Crisis*, Zahar, 2014; KAPFERER, Bruce; BERTELSEN, Bjørn Enge (Eds.). *Crisis of the State: War and Social Upheaval*, 2009. 11 TUFEKCI, Zeynep. *Twitter and Tear Gas: How Social Media Changed Protest Forever*, 2017; PARKER, Emily. *Now I Know Who My Comrades Are: Voices From the Internet Underground*. New York: Sarah Crichton Books, 2020.

12 BOIS, François du. *Private Law in the Age of Rights* In: REID, Elspeth; VISSER, Daniel (Eds.). *Private Law and Human Rights: Bringing Rights Home in Scotland and South Africa*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013; BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1989; DANTAS, Miguel Calmon; CONI, V. *Constitucionalismo digital e indignação na sociedade da informação*, in *A Transdisciplinaridade e o Direito: Os desafios dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação*, IV ed. Porto Alegre: Evangraf, 2017, v.1, p.97-111; FERRAJOLI, Luigi. “Il virus mette la globalizzazione con i piedi per terra”, in *Il Manifesto*, 17-03-2020. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/il-virus-mette-la-globalizzazione-con-i-piedi-per-terra/>; CARDENAS, J. Garcia. *Democracia interna en los partidos y democracia participativa*. Disponível em: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf, p.151; JORENTE, M. J. V.; NAKANO, N.. *Inovação, Tecnologias de Informação e Comunicação e processo disruptivos*. Londrina, Inf. v. 17, n. 2, p. 37-54, maio/ago., 2012; KUHN, Thomas S.. A estrutura das revoluções científicas, 9ª ed., tradução port. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 2006; MASSIMINO, Daniel. Reflexões sobre democracia líquida e sua fundamentação no plano das teorias democráticas. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, 2017; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Editorial S.A., 2012; STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração heremênutica da construção do Direito*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; REDEKER, D.; GILL, L.; GASSER, U.. *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 2018, 80(4), P302-319. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1748048518757121>; RUE, Frank La. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion*, 2010; SUNSTEIN, Cass R.. *Democracy and the Internet: Republic. Com*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2001, p.224 in *Journal of Law, Technology and Policy*, n.2, Fall 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=286293> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.286293>; VAN DIJK, Jan. *The network society*. London: Sage Publications, 2012.

13 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

14 KEANE, John C.. “Journalism and democracy across borders”, in: G. and K.H. Jamieson (Eds.), Overholser. Oxford: UK Oxford University Press, 2005, p.92-114; “Liberty of the Press”, in *The Media and Democracy*. Oxford and Cambridge, Ma., 1991, p.2-50.

15 ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, 2020; AA. VV. *Tecnopolíticas da vigilância: Perspectivas da margem*. BRUNO, Fernanda et al. (Orgs.). São Paulo: Boitempo, 2018; AA. VV. *A sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais*. SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo (Orgs.), 2019; MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: A ascensão dos dados e a morte da política*, 2018; TORRES, Manuel Poêjo; DANTAS, Afonso de Freitas. “State Surveillance: how is face-recognition technology impacting the politico-judicial landscape?” *Revista do CJIC/IURIS-FDUL*, 2020.

dados pessoais¹⁶ (escândalo da *Cambridge Analytica*¹⁷) e as empresas de comunicação social, em tempo de soberania do *Big Other*¹⁸, fazem reportagens com recurso a meios eletrónicos vedados às polícias (sem mandato de juiz) em obediência a leis construídas em longos processos históricos de abuso e injustiça contra inocentes. Em tempos de Comunicação intensiva e totalitária como estes de pandemia, esse tipo de atuação aumentou.

As autoridades do Estado (policiais e judiciárias) aproveitam esse “trabalho de investigação” de “jornalismo eletrónico” para colher elementos a que não podem ter acesso investigando, porque têm de cumprir regras legais e processuais. Contornam-se assim regras fundamentais do Estado de Direito Democrático. Corremos o risco de ter os Estado europeus com muitas leis e instituições a defender as pessoas suspeitas de praticar crimes e depois a deixá-las completamente desprotegidas quando são consideradas suspeitas por jornalistas, em cenários mediáticos onde a sua fragilidade e isolamento são completas na resposta que o Estado deve dar através da lei e dos tribunais.

A sociedade em geral e a comunidade jurídica em particular estarão mais atentas a este tipo de atuação dos *mass media*, quando em claro abuso do estatuto que é conferido ao jornalismo de investigação em sociedades abertas e democráticas, atuarem ao abrigo de máximas antijurídicas como “quem não deve não teme” e “os fins justificam os meios”, violando direitos das pessoas visadas. Os juízes devem estar atentos a estas alterações pós-covid-19, do juízo coletivo e no grau do admitido, sobre o tema, revendo de forma crítica a jurisprudência em busca de novos equilíbrios entre a liberdade de informar e o direito à privacidade.

3 LIBERDADE VERSUS MEDO

Um dos maiores inimigos da nossa liberdade garantida por lei é o medo. O Covid-19 relembra-nos o valor político do medo e os seus efeitos no exercício da liberdade¹⁹. A situação é ainda mais alarmante quando as defesas contra os manipuladores pelo medo, que encontrávamos na família e na escola não estão lá. O Estado venceu a família e os

16 The data extracted massively and intensively to Internet users, were gathered and processed forming the Big Data used to influence personal behavior on a planetary scale. The big global technology companies, taking advantage of the difference in information that exists between those who provide the data and those who own it, use Big Data as market products that they sell. Covid-19 revealed the extent of this practice and the degree of intrusion and data crossing already achieved (drones, facial recognition technology, infrared scanners, application to classify people by the degree and risk of contagion, etc.). See EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. *Privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia da COVID-19*. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/824478175/privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais-durante-a-pandemia-da-COVID-19>.

17 KAISER, Brittany. *Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque*, trad. port. Bruno Fiuza, 2019; WYLIE, Christopher. *Mindfuck: Inside Cambridge Analytica's Plot to Break the World*, 2019; SHAFFER, Kris. *Data versus Democracy: How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, 2019; LEVY, Steven. *Facebook: The Inside Story*, 2020; SNOWDEN, Edward. *Permanent Record*, 2019.

18 Characterized by new forms of accumulation, new state and business policies and innovative social relations that replace contracts, the rule of law and social trust with the sovereignty of Big Other. (ZUBOFF, Shoshana. “Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação” in *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*, tradução port. Heloísa Cardoso Mourão. São Paulo: Boitempo, 2018, p.49).

19 JOST, John T. *et alii*. “The Politics of Fear: Is There an Ideological Asymmetry in Existential Motivation?” In: “Beyond Threat and Uncertainty: The Underpinnings of Conservatism,” special issue, *Social Cognition*, 35, no. 4, 2017, p.324–353; ROBIN, Corey. *Fear: The History of a Political Idea*, 2004; DELUMEAU, Jean. *La peur en Occident, XVe-XVIIIe siècles*. Paris, 1978; BUZAN Barry. *People, States and Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*. Boulder, 1991; JEFFERS, Susan. *Feel the Fear and Do it Anyway*. London, 1991; BECKER, Gavin de. *The Gift of Fear*. London, 2000; KYI, Aung San Suu. “Freedom from Fear 1991”, in *Freedom from Fear and Other Writings*. London and New York, 1995, p.184 ss.

novos programadores sociais colhem os frutos do seu trabalho: jovens isolados, solitários, dependentes de novas cadeias de solidariedade, facilmente influenciáveis pelo modelo MTV e aderentes às causas do momento.

Os juristas precisam de compreender a dimensão empírica da percepção do risco em situações de medo coletivo induzido pelos meios de comunicação de massas para poderem dar uma resposta jurídica adequada²⁰. A globalização pandémica do “medo de morrer” permitiu verificar o impacto cultural que as diferentes visões do mundo tiveram nas respostas estaduais legais à necessidade de isolamento social e confinamento doméstico, mesmo na União Europeia. Entre os modelos social e liberal, entre democratas e autoritários, entre institucionalistas e populistas o mundo dividiu-se ao legislar sobre a pandemia. A defesa da liberdade está diretamente relacionada com a forma de organizar politicamente as nossas sociedades pela regra de Direito e isso requer maior cuidado com a educação/informação e a comunicação e maior exigência aos que, nos tribunais, defendem os nossos direitos decidindo com uma interpretação jurídica adequada na aplicação das normas legais convocadas.

Importa compreender como a capacidade dos cidadãos para racionalizarem o risco (afastando-se de uma apelativa emotividade²¹ ansiosa²²) pelo dever de cuidado no comportamento pessoal em sociedade está ligada ao agir pelo medo²³ e no que a sociedade civil global²⁴ está disposta a aceitar dos Estados²⁵ como repressão policial legalizada por estados de exceção que se vão perpetuando fora dos limites constitucionais. É a democracia que está em perigo, a partir da sua base que é a liberdade individual regulada por lei. Mais uma vez, numa época de tantos perigos coletivos e angústias pessoais, espera-se que os tribunais sejam a barreira para aqueles que, tendo poder (qualquer que ele seja), não possam usar a força para ganhar vantagens, exercer privilégios ou garantir impunidades. A palavra fica com os juízes.

4 JUSTIÇA VERSUS POLÍTICA

Numa situação em que as ideias são criadas e massificadas por quem tem acesso ao espaço de comunicação, a governação passa dos representantes eleitos para os CEO's das empresas e isso está já a acontecer. Governam através dos políticos que criam como *produtos de mercado*. Os políticos com ideias próprias, personalidade vincada e

20 SUNSTEIN, Cass R. *Laws for Fear: Beyond the Precautionary Principle*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2005; KAHAN, Dan M., “Fear of Democracy: A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk”, 2006, Faculty Scholarship Series, Paper 104. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/104; PHILIPSON, Tomas J.; POSNER, Richard A. *Private Choices and Public Health. The AIDS Epidemic in an economic Perspective*, 1993, p.57–83.

21 DAMASIO, Antonio R. *et al.* “Subcortical and Cortical Brain Activity During the Feeling of Self-Generated Emotions”. *Nature Neuroscience* 3, nº10, 2000, p.1049–1056; GIGERENZER, Gerd; TODD, Peter M.. ABC Research Group. *Simple Heuristics That Make Us Smart*. New York: Oxford University Press, 1999; MARCUS, George E.; NEUMAN, W. Russell; MACKUEN, Michael B.. “Measuring Emotional Response: Comparing Alternative Approaches to Measurement”, in *Political Science Research and Methods* 5, nº 4, 2017, p.733–754.

22 NEUMANN, Franz. “Anxiety and Politics”, in *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*. New York, 1957, p.271; ALDEN, Edward; MCNULTY, Sheila. “Fear and rumour leave America in grip of anxiety”, in *Financial Times Europe*, 11 Oct. 2001, p.18; KRUGMAN, Paul. “Fear Itself”, in *The New York Times*, 30 Sep. 2001; NEUMANN, Franz. “Anxiety and Politics”, in *The Democratic and Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*. London, 1964, p.270-300.

23 GLASSNER, Barry. *The Culture of Fear. Why Americans Are Afraid of the Wrong Things*. New York, 1999.

24 KEANE, John C.. *Global civil society? Contemporary political theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

25 ELIAS, Norbert. “The Fisherman in the Maelstrom”, in *Involvement and Detachment*. Oxford, 1987, p.46; DRAGICA, Vujadinović-Milinković. “Degradation of Everyday Life, Destruction of Society and Civil Society Suppression”, paper presented at the University of Bradford, Mar. p.25-26, 2000; KEANE, John. “Despotism and Democracy. The Origins and Development of the Distinction Between Civil Society and the State, 1750-1850”, in KEANE, John (ed.). *Civil Society and the State: New European Perspectives*. London and New York: 1988, p.35-71.

compromisso ideológico estão reféns dos empresários das várias formas de comunicação. Ou encaixam nas ideias e nos modelos por eles definidos nos Conselhos de Administração das suas empresas ou são ostracizados.

Os partidos políticos democráticos, sobretudo depois da intervenção judiciária/mediática que decapitou as suas cúpulas por corrupção e outros crimes, ficaram privados dos poucos políticos “institucionais” não envolvidos em processos judiciais e de recrutar “servidores de bem comum” para o exercício de cargos políticos, pelos meios tradicionais. Acabaram nas mãos de oportunistas de ocasião criados pelos *mass media*. Esta situação requer reformas profundas nos partidos políticos, nomeadamente, para evitar a endogamia familiar e o amiguismo que os tornaram agências de emprego para incompetentes. Fechados sobre si próprios, porta-vozes de interesses orgânicos particulares, incapazes de autocrítica, os partidos políticos degradaram as instituições democráticas e a credibilidade da Democracia na sua possibilidade de fazer legislação para o interesse coletivo e o bem comum. Não há Democracia sem partidos políticos; a Democracia não se esgota nas eleições; a Democracia precisa de instituições que mereçam o respeito dos eleitores; a rua importa mas não é o palco da democracia; os partidos políticos devem ter uma ideologia, que sirva de bússola aos governantes e de critério de avaliação das oposições dos eleitores; a Administração Pública deve ser transparente ao atuar e recrutar, a corrupção deve ser evitada com educação desde a base. Por isso, é preciso fazer a seguir à reforma da organização e funcionamento dos partidos políticos, uma profunda reforma do Estado e dos órgãos da União Europeia para que a Política domine a tecnocracia, o social o capital e o serviço ao outro a burocracia. Essa reforma já tarda e é vital para o nosso futuro ser orientado pela regra de Direito e pelos princípios que o caracterizam.

Só há Justiça pelo Direito; só há leis capazes de Justiça se procurarem inspiração nas regras jurídicas (muito além da compatibilidade com a Constituição); só há paz se houver justiça. A pandemia mostrou que os poderes do Estado podem estar separados apenas na cosmética constitucional. Pois, revelaram na crise pandémica, uniformidade decisória quando era exigida apenas a união institucional face ao vírus. A debilidade do sistema judicial e a sua dependência do governo ficou à vista de todos quando acabou o estado de exceção. A fragilidade democrática acentuou essa perigosa deriva autoritária que submete o judicial ao legislativo/executivo, em normalidade constitucional. Logo, a base da reforma do Estado no pós-covid-19 tem de assentar na forma e nos conteúdos da legislação; na reforma orgânica e funcional dos tribunais; na recuperação das Faculdades de Direito na sua ligação aos tribunais; na criação de condições para o exercício da atividade de jurisperitos com *auctoritas*. Só assim – e a oportunidade foi criada pela pandemia - a Política através do Estado será orientada, se esse for o desejo das sociedades, pelo Direito. Os juizes não se podem furtar à responsabilidade de participar nessa tarefa de reformas e de agir, em judicatura, em coerência com o seu papel funcional numa Democracia com conteúdos de Justiça.

5 UNIVERSIDADE VERSUS EMPRESAS

O modelo escolar europeu (se é que existe), sobretudo o universitário, tem as suas bases - orgânicas e temáticas - no modelo norte-americano instituído e mantido na Europa pela burocracia governamental e institucional. A desconstrução da identidade europeia pelo ensino e a imitação acrítica do modelo universitário anglo-saxónico tem efeitos catastróficos na defesa do modelo social europeu, na diversidade linguística pelo Direito à Língua e nas defesas

contra o populismo²⁶, o racismo, os modelos autoritários, as demagogias da propaganda. O colonialismo cultural e académico anglo-saxónico é mais eficaz que a sua versão financeira e militar. Mudou de lado na política e instalou-se na versão de capitalismo mediático global²⁷, recrutando na Universidade que – separada da realidade europeia – investiga e ensina o que se passa nos EUA e faz passar, com êxito, por problemas europeus e globais.

Transitando, em porta giratória, entre as empresas, a Universidade e o governo as novas elites político-partidárias praticam o que aprenderam numa escola de pensamento pouco plural e de politicamente correto²⁸. Alimentam, assim, o discurso contra os políticos institucionais, próprio da demagogia populista das democracias autoritárias e nacionalistas assumidas e das que para lá caminham²⁹. A Universidade plural, de pensamento complexo e contraditório, com responsabilidade social, política, científica e cultural é um espaço de diálogo e de liberdade essencial à Democracia e, também, uma escola de políticos com ideias diferentes mas comprometidos na defesa - nas instituições (não nas ruas) através de eleições (não de referendos e de comícios de causas, convocados por redes sociais³⁰) - a liberdade, a democracia, a justiça social, etc.. Por isso, é preciso abrir a Universidade fechada pela cultura do medo pandémico e voltar depressa à Universidade e à sua essência institucional fazendo as necessárias reformas legislativas.

As Universidades não são empresas, nem estão ao serviço dos seus lucros³¹. As Universidades não são escolas de formação profissional para servir “mercados de trabalho”. As universidades não são escolas destinadas a concretizar as políticas educativas dos Governos. O ensino não é um produto que se compra nem essa é a finalidade ou o conteúdo da regra jurídica: “liberdade de aprender e de ensinar”. Estudar numa Universidade é um direito de todos; não um privilégio para quem pode pagar. Essa é a identidade da Universidade europeia no século XXI. Assim sendo, é preciso separar o ensino do Direito nas Universidade do ensino para as profissões jurídicas nas escolas profissionais, para que cada uma da sua sede própria contribua em complementaridade, para a existência de juristas competentes na profissão e capazes e empenhados na política, no associativismo e na participação cívica nas causas do Direito e da Justiça. Cabe aos tribunais aplicar as leis de ensino universitário pela regra de Direito Universitário. Isso sendo óbvio e pouco, é já muito.

6 JURIDICIZAÇÃO VERSUS LEGALIZAÇÃO

Face às injustiças e desigualdades que a política oficial nas Democracias não consegue

26 MULLER, Jan-Werner. *What Is Populism?* Hardcover, 2016; LUKACS, John. *Democracy and Populism – Fear and Hatred*. Yale University Press, 2006; BIHR, A. *Le spectre de l'extrême droite; les Français dans le miroir du Front national*. (Paris, les Editions de l'Atelier - les Editions Ouvrières, 1998; CANOVAN, M. "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy", in *Political Studies*, XLVII, 1999, p.2-16; CASTORIADIS, C.; DROIT, R.-P. "Entretien", in DROIT, R.-P. (ed.). *La compagnie des contemporains: rencontres avec des penseurs d'aujourd'hui*. Paris: Odile Jacob, 2002; COLLOVALD, A. *Le populisme du FN: un dangereux contresens*, Bellecombe-en-Bauges. Ed. du Croquant, 2004; MAYER, N. *Ces Français qui votent Le Pen*. Paris: Flammarion, 2002; MONDON, A.. Nicolas Sarkozy's Legitimation of the Front National: Background and Perspectives. *Patterns of Prejudice*, 2013; MOUFFE, C. "The "End of Politics" and the Challenge of Right-Wing Populism", in PANIZZA, F. (ed.). *Populism and the Mirror of Democracy*. London; New York: Verso, 2005; OBER, J.. "The Original Meaning of 'Democracy': Capacity to Do Things, not Majority Rule", in *Constellations*, 15, 2008, p.3-9; RANCIÈRE, J.. *La haine de la démocratie*. Paris: La fabrique éditions, 2005.

27 KUTTNER, Robert. *Can Democracy Survive Global Capitalism?*, 2018.

28 KEANE, J. C.. "Life after political death: the fate of leaders after leaving high office" in KANE, J.; PATAPAN, H.; HART, P. (ed.) *Dispersed democratic leadership: origins, dynamics, and implications*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.279-298; HARDMAN, Isabel. *Why We Get the Wrong Politicians* Paperback, Apr. 2019; ACHEN, Christopher H.; BARTELS, *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government*. Princeton Studies in Political Behavior, Book 4, Kindle Edition.

29 On trumpism and the Slow Down of Democracy in the see Ted Bagley. *The Demolition of Democracy. Has America Lost Its Soul*, 2019.

30 TUFEKCI, Zeynep. *Twitter and Tear Gas: How Social Media Changed Protest Forever*, 2017; PARKER, Emily. *Now I Know Who My Comrades Are: Voices From the Internet Underground*. New York: Sarah Crichton Books, 2020. Sobre as mudanças sociais na Era Digital da hierarquia (relações verticais) para a rede (relações horizontais) ver FERGUSSON, Niall. *A Praça e a Torre, Redes, Hierarquias e a Luta pelo Poder Global*. Lisboa: Temas e Debates, 2018.

31 Ver, por exemplo, BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral. A Perda da Sensibilidade na Modernidade Líquida*, 2013; Lisboa: Relógio de Água, 2016, p.165 e ss. "A Universidade do Consumo: o novo sentimento de insignificância e a perda de critério".

combater com eficácia é preciso encontrar soluções novas preservando a liberdade pessoal, a coesão social, o pluralismo político e a democracia eleitoral, na Europa³². A melhor proposta é construir a Justiça pelo Direito com combates políticos para um consenso expresso em lei pela igualdade de oportunidades para todas as pessoas, sejam quais forem as suas outras pertenças (a primeira é sempre a da sua cidadania comum). Logo, o Direito e as suas regras (legitimidade jurisprudencial - *auctoritas*) a orientar a lei e as suas normas (legitimidade político-eleitoral - *imperium*). Não é por aí que se está a ir. O discurso académico, político e mediático abandonou o Direito e está a criar um padrão comum em que tudo é visto (cultura, emprego, música, poder...) pela via racial. O modelo de organização política das sociedades europeias em vez de ser a coesão social pela construção política da igualdade³³, caminha para ser a de contratos entre grupos raciais para mera co-existência em espaços estaduais. Caminha para aí porque o meio de combate ao racismo mais difundido e progressivamente aceite é o que adota uma forma de linguagem simétrica ao que usa o racismo xenófobo - também a crescer e a preocupar os democratas - que diz combater. Logo, não é eficaz no combate ao racismo e pode até incrementá-lo³⁴. Os radicais estão dispostos a pagar esse preço. Nós não. Um discurso assente num conjunto de palavras e expressões que têm um significado positivo “anti-racismo” mas que são aplicadas com um sentido contrário e com conteúdos políticos opostos àquilo a que as pessoas aderem - não serve. Esse discurso acaba por ser um logro político (embora não haja uma equivalência moral absoluta entre o discurso racista de extrema-direita e o discurso racista de extrema-esquerda). É um discurso que se quer diferente mas resulta igual ao das ideias racistas, xenófobas, populistas, de matriz anti-democrática que se encontram nos extremos radicais das democracias³⁵. O radicalismo racista, seja qual for a sua orientação racial e a sua influência no espaço público, deve ser constantemente combatido - no espaço político, institucional e mediático - pelas democracias na Europa, depois do genocídio colonial escravagista e do holocausto nazi. É urgente a jurisdicização do Direito Europeu e dos direitos dos Estados europeus. A troca da Política pela Finança na Europa criou a oportunidade para estas causas sem causa assentes no medo, na raiva³⁶, no desespero³⁷. É a Democracia que sofre com uma elite política que não a merece, por falta de comparência e de coragem. O ressurgimento da racialização do discurso político e cultural na Europa, seja qual for a intenção em que se fundamenta, pode levar a resultados idênticos aos anteriores. Os grupos ou partidos radicais anti-democráticos (que escondem a sua intenção autoritária na “política de causas”) tentam, de um lado e de outro do espectro político-partidário, conquistar o poder pela via democrática para impor as suas ideias usando o Estado (muitas vezes infiltrando-se

32 On the failure of American democracy to combat inequality. BARTELS, Larry M.. *Unequal Democracy: The Political Economy of the New Gilded Age*. 2ª Edition. Russell Sage Foundation Co-pub., 2016; EUBANKS, Virginia. *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, 2019; O' NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2017; PASQUALE, Frank. *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, 2016.

33 The democratic basis is the political expression of social conflict; non racial/ethnic, religious, national or others. (HIRSCHMAN, Albert. “Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society”, in *Political Theory*, 22, 2, 1994, p. 56).

34 On the use made recently by the European racist and xenophobic radical parties already implanted in the election. (VASILOPOULOS, Pavlos *et al.*, “Fear, Anger, and Voting for the Far Right: Evidence From the November 13, 2015 Paris Terror Attacks”, in *Political Psychology*, Oct. 14, 2018; MARCUS, George E. *et al.*. “Applying the Theory of Affective Intelligence to Support for Authoritarian Policies and Parties,” in *Advances in Political Psychology*, supplement, *Political Psychology* 40, nº S1, 2019, p.109–139; CONVERSE, Philip E.. “The Concept of the Normal Vote,” in *Elections and the Political Order*. CAMPBELL, Angus *et al.* New York: Wiley, 1966; ROGER, Eatwell. *National Populism: The Revolt Against Liberal Democracy*. Ed. Pelican Books; KAUFMANN, Eric. *Whiteshift, Populism, Immigration and the Future of White Majorities*. Paperback, 29 Aug. 2019.

35 VASILOPOULOS, Pavlos; MARCUS, George E.; FOUCAULT, Martial. *Affective Agency: The Rise of Ethno-Nationalist Parties in Europe and the USA*, (paper, Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, IL, Apr. 4–7, 2019).

36 MISHRA, Pankaj. *Age of Anger: A History of the Present*, 2018.

37 Austerity policies in response to the effects of the financial crisis caused by banks was a tragedy in Europe. Mark Blyth, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*, Paperback, 2015; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O socialismo espera e desespera por um partido socialista que o queira”, in *AA. VV. A Austeridade mata? A Austeridade cura?*. FERREIRA, Eduardo Paz (Org.). Lisboa: Lisbon Law School Editions, 2013, p.1459-1482.

nos partidos mais votados mudando-os de moderados para radicais por dentro – como está escrito e analisado). Basta estudar História³⁸. Conquistado o espaço mediático e a universidade, influenciam as ideias para se tornarem dominantes, tomam os partidos democráticos e formam as elites. Daí chegam facilmente aos cargos do Estado e à feitura de leis cumpridas com zelo pelos militantes, agora titulares de cargos na Administração Pública. Só o Direito pode impedir este caminho devolvendo à política o que é da Política. Só o Direito permite chegar à Justiça e só por ela se mantém a Paz. O Direito luta pela igualdade de todos perante a lei com conteúdos materiais densos de justiça. A resposta, na Europa, será o Estado de Direito Democrático e não o Estado Democrático de Direito, logo a igualdade social pela igualdade jurídica expressa na lei entre iguais na cidadania – antes de tudo. Na Política europeia de igualdade entre as pessoas (todas elas incluindo os refugiados, os emigrantes, os exilados), as máximas jurídicas são: legalização pela juridicização; socialização em vez de racialização; cidadania comprometida em vez de proibicionismo censório. São os juízes que, perante o caso concreto, devem ter isso presente para preservar a possibilidade democrática pela regra de Direito.

7 ADVOGADOS TRADICIONAIS VERSUS ADVOCACIA DO FUTURO

Cada vez mais as profissões forenses recorrem à inteligência artificial³⁹ no seu trabalho quotidiano. A advocacia mudou radicalmente enfrentando novos desafios e problemas éticos difíceis de resolver⁴⁰. A advocacia do futuro, deslocalizada, facilitada pelo recurso ao algoritmo na prontidão das respostas solicitadas e na eficácia das soluções encontradas fragiliza-se na componente humana e social. Os advogados profissionais liberais com escritório aberto e clientes fiéis deu lugar aos grandes escritórios de advocacia, verdadeiras empresas de prestação de serviços. Os advogados passaram a ser trabalhadores dependentes e assalariados. As Ordens profissionais sofrem uma crise de identidade com tendência para se transformarem em associações sindicais, com uma intervenção pública feita nesse registo.

A responsabilidade social e o compromisso com a Justiça, no novo ambiente digital, conhece distorções significativas. Requerem-se conhecimentos interdisciplinares, conhecimento de línguas e de informática, atualização permanente de informações relevantes, sobretudo em relação aos mercados internacionais, integração em redes profissionais de cooperação europeia e internacional, conexão horizontal nas redes de comunicação e sistemas de informação, presença no espaço público mediático, saber gerir pessoas e património, ter conhecimentos de psicologia comportamental aplicada, dominar as praticas forenses.

Mas o maior desafio colocado aos advogados pela situação criada pela pandemia está: na alteração do grau de exigência profissional (celeridade, honorários, acompanhamento personalizado, conhecimentos especializados...); nos novos juízos de censura coletivos sobre as formas de exercício digital desta profissão com reflexo nos deveres profissionais (deontológicos) dos advogados; e na forma de resistir - pela ética aplicada própria da identidade

38 BIESS, Frank. *Republik der Angst. Eine andere Geschichte der Bundesrepublik*. Rowohlt Verlag, 2019.

39 HARTMANN, Fabiano et alii. *Inteligência Artificial e Direito*, 2019; AA. VV. *Inteligência Artificial E Direito - Ética Regulação e Responsabilidade*, MULHOLLAND, Caitlin; FRAZÃO, Ana (Coords.), 2019; REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. Almedina, 2020; LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*, 2019; SOUZA, Allan Rocha de. *Direito Digital: Direito Privado e internet*. 2. ed., 2019. Ver também: LEE, Kai-Fu. As superpotências da Inteligência Artificial. A China, Silicon Valley e a nova ordem internacional. Lisboa: Relógio d'Água, 2019, p.263 e ss. "A Inteligência Artificial Global".

40 SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*, 2019; *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, 2017; FEIGELSON, Giovanni Ravagnani Bruno; BECHER, Daniel. *O Advogado do Amanhã - Estudos em Homenagem ao Professor Richard Susskind*, 2019; NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria, Como a Estatística pode reinventar o Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019; ROCHA Henrique; PECK, Patrícia. *Advocacia Digital*, 2018; SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, 2017; SUSSKIND OBE, Richard. *The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Services*, 2010; RUSSELL, Stuart. *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control*, 2019; PEARL, Judea; MACKENZIE, Dana. *The Book of Why: The New Science of Cause and Effect*, 2019.

e essência do “ser advogado” - às imposições técnicas e às dependências tecnológicas no exercício profissional pós-covid. Todas as profissões forenses, nomeadamente os juizes, vão conhecer alterações profundas pela antecipação acelerada do futuro, provocada pela pandemia do covid-19⁴¹. Os advogados, pela natureza liberal e competitiva da profissão além da instabilidade do mercado em que trabalham, são os profissionais que terão de responder com mais competência e determinação a essas alterações.

8 CONSTITUIÇÃO VERSUS JURISPRUDENTIA

O isolamento social e o recolhimento domiciliário devido à pandemia de COVID-19 obrigou ao teletrabalho “sempre alerta”⁴², acabando por aumentar a exposição dos utilizadores de internet, pela intensa e massiva utilização e pela transferência de atividades, até aqui só presenciais, para o digital. Tudo passou a ser só digital e pela plataforma⁴³. Este novo, agressivo e intrometido⁴⁴ capitalismo de plataforma⁴⁵, além dos seus efeitos despersonalizadores e de devassa da vida privada⁴⁶, obrigará a reequacionar o modelo de produção legislativa que

41 LUBAN, D.. *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988; A Boon “Cause Lawyers and the Alternative Ethical Paradigm: Ideology and Transgression”, 2004, 7 *Legal Ethics*; KLEINBERGER, D. S.. “Wanted: An Ethos of Personal Responsibility – Why Codes of Ethics and Schools of Law Don’t Make for Ethical Lawyers”, 21 *Connecticut* 1989, LR 365; SIMON, W. H.. “The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics”, 1978, 29 *Wis LR* 103; CONDLIN, R.. “The Moral Failure of Clinical Legal Education” in LUBAN, D. (ed). *The Good Lawyer: Lawyer’s Roles and Lawyer’s Ethics*. Totowa, NJ: Rowman and Allanheld, 1983; NICOLSON, D. “Demography, Discrimination and Diversity: Legal Ethics And Social Background”, 2005, 12 *International Journal of the Legal Profession*; NICOLSON, Donald. “Making lawyers moral? Ethical codes and moral character”, in *Legal Studies*, 2005, p.601-626; MARKOVITS, Daniel. “Legal Ethics from the Lawyer’s Point of View”, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, Volume 15, January 2003, p.209-293; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Profissões Judiciárias. Regras Éticas e Deveres Deontológicos*, AAFDL, Vol. 1, O Juiz, 2020; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O ensino do Direito Romano e o exercício de profissões Judiciárias, nomeadamente da magistratura judicial”, in *Interpretatio Prudentium* IV, 2019, 1, p.13-19; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O Futuro da Justiça*. Lisboa: Vega, 2014; COUTINHO, Francisco Pereira. “The Europeanization of portuguese courts”, (with Nuno Piçarra), in *Silesian Journal of Legal Studies* n.º 4, 2012, p.73-88; HESPANHA, António Manuel. “Terão os juizes voltado ao centro do direito?”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, 2013, n.º 332, p.225-254; REGO, Margarida Lima. «Um seguro de responsabilidade civil para os magistrados?» in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, ICJP, 2013, p.159-167; GARDNER, Charles; ALFINI, James J. et alli (eds.). *AA. VV. Judicial Conduct and Ethics*. 5. ed., LegisNixis, 2013; CRANSTON, Ross (ed.). *AA. VV. Legal Ethics and Professional Responsibility*. Clarendon Press, 1996; MCPEAKE, Robert (ed.). *AA. VV. Professional Ethics*, 17. ed. UK, Oxford: University Press, 2016; PHILLIPS, Sir Fred. *Ethics of Legal Profession*, 2004 (London; New York: Routledge, 2012).

42 CRARY, Jonathan. 24/7. *O capitalismo tardio e os fins do sono*. 2013-2014. trad. port. Nuno Quintas. Antígona, 2018.

43 Zoom is a popular choice for videoconferencing meetings and lessons. Unfortunately, hackers have found a way to insert themselves into the meetings and lessons, calling the issue “zoombombing,” where meeting organizers have not properly secured the meetings. The complete automation of our daily lives is changing our way of being human. Major technological disruptions have always been met with fear and suspicion. We are especially afraid of the unknown. Now, what is needed is to give programmers the necessary ethical education to prevent technology from determining choices and asking questions. This task is for humans. The organization of Algorithms using AI by humans is to improve the quality, speed and effectiveness of responses.

44 HARARI, Yuval Noah. The world after coronavirus. In: *Financial Times*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1f6fedcca75>. The text reflects Harari’s technological idolatry that supports a new existentialism that transfers human decisions to machines.

45 SRNICEK, Nick; WILLIAMS, Alex. *Inventar el future*. Barcelona: Malpaso, 2016; SRNICEK, Nick. *Platform Capitalism*, 2017; BEARSON, D.; KENNY, M.; ZYSMAN, J.. *New Work and value creation in the platform economy: a taxonomy and preliminary evidence*. Berkeley, CA: Berkeley Roundtable on the International Economy, 2019 - BRIE Working Paper); CUSUMANO, M.; GAWER, A.; YOFFIE, D.. *The business of platforms: strategy in the age of digital competition, innovation and power*. Nova York: Harper Business, 2019; GRUBER, H.. “Proposals for a digital industrial policy for Europe”, in *Telecommunications Policy*, v.43, n.2, 2019, p.116-127; HAUTAMAKI, A.; OKSANEN, K.. “Digital platforms for restructuring the public sector” in SMEDLUND, A.; LINDBLOM, A.; MILTRONEN, L.. (Eds.). *Collaborative value cocreation in the platform economy*. Springer, 2018; PEREZ, C.. “Structural change and the assimilation of new technologies in the economic and social systems”, in *Futures*. v.15, n.5, 1983, p.357-375; RENDUELES, C.. *Sociofobia: mudança política na era da utopia digital*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016; SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017; TIWANA, A.. *Platform ecosystems: aligning architecture, governance, and strategy*. Waltham, MA: Morgan Kauffman, 2014; UNCTAD. *Information Economy Report 2017: digitalization, trade and development*. Switzerland: United Nations, 2017.

46 Despite a set of normative texts that seek to defend it: UN human rights system: Report of the UN Special Rapporteur on the Right to Freedom of Opinion and Expression, A/HRC/23/40; Report of the UN Special Rapporteur on human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, A/HRC/13/37; General Assembly Resolution 68/167 European Declarations Conventions • Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108). The Data Protection Convention is open to European as well as non-European states. The Convention is currently undergoing a consultation process to modernise it; Convention on Cybercrime (ET S - No. 185) Open to non-Council of Europe states; Declaration of the Committee of Ministers on Risks to Fundamental Rights stemming from Digital Tracking and other Surveillance Technologies. See also: “The rule of law on the Internet and in the wider digital world” Issue paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights. See also: Global Governance and Surveillance Reform; Five Principles. The five principles were developed by AOL, Apple, Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, Twitter, and Yahoo who are calling on states to endorse and enact the principles which relate to: 1) limiting governments authority to collect users’ information; 2) Oversight and accountability; 3) Transparency about government demands; 4) Respecting the free flow of information; 5) Avoiding Conflicts Among Governments.

coloca a Constituição no topo da pirâmide normativa. É a própria ideia de Constituição formal como Lei Fundamental que está em crise e assim o modelo de organização política das sociedades europeias como Estados de Direito em que o Direito é feito exclusivamente pelo Estado. O não retrocesso dos direitos sociais⁴⁷, a defesa dos direitos de personalidade e das minorias e os deveres cívicos de isolamento social e recolhimento domiciliar⁴⁸ só são concretizados/efetivados em situação pandémica⁴⁹ se forem construídos como jurídicos (a Constituição e a lei já revelaram a sua ineficácia em períodos de crise financeira e pandémica). A revisão da teoria dominante das fontes formais de Direito é inevitável. O novo tópico teórico a explorar no pós-covid é: o Direito é fonte da lei; a lei não é fonte de Direito. Trata-se de uma Revolução Jurídica que, quanto mais tarde se fizer, piores efeitos terá na estabilidade das sociedades atuais. A pandemia abriu a ferida no lugar das antigas cicatrizes de feridas mal curadas. A História do Direito Europeu cobra o seu preço. A única resposta jurídica com futuro está na mudança das mentalidades e no combate ao exclusivismo legalista⁵⁰ e ao totalitarismo constitucional pela aceitação de que o Direito não pode ser criado pelo poder mas pela *auctoritas*; que a legitimidade para o criar, interpretar e aplicar está no saber feito de experiência e socialmente aceite dos jurisprudentes e não na eleição para cargos de representação política; que a regra jurídica é feita com base na similitude de soluções de casos concretos idênticos - generalização) e não nas ideologias políticas vencedoras em eleição ou no consenso das maiorias parlamentares. A politicidade/estadualidade da Constituição não permitem que uma crise da Política e do Estado não tenham na causa a Constituição e como

47 ABRAMOVICH Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; NORBERTO, Bobbio. *A era dos direitos*. trad. port. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992; BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La Democracia*, trad. esp. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2000; CANOTILHO, J. J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*, in CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.11-32; DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; Deutch Welle. *Merkel: Coronavirus is Germany’s greatest challenge since World War Two*. Disponível em: <https://www.dw.com/en/merkel-coronavirus-is-germanys-greatest-challenge-since-world-war-two/a-52830797>; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991; MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro; LISBOA, Roberto Senise. “Artigo 1º”, in BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coords.) e COUTO, Mônica Bonetii (Org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013, p.27-37; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra, 2010; ROMAN, Diane. “L’effectivité des droits fondamentaux dans le secteur de la sante, sous le prisme de l’Union Européenne”, in CASALI, Saulo José (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Fundamentais no Mercosul e na União Européia*. Salvador: Paginae, 2010, p.165-200; SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

48 CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2007; KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes, Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, trad. port. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004; BOBBIO, Norberto. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. trad. port. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra, 2000, p.76 ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016; NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2007; PEDRA, Adriano Sant’Ana. “A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos”, in ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.). *Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: UNOESC, 2013; RÁTIS, Carlos Eduardo Behrmann M.. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2009.

49 ARECHAVALA, Arturo Chimal. “Las políticas públicas frente a las emergencias sanitarias a partir de la experiencia mexicana frente a la pandemia de la influenza A (H1N1)” in SESMA, Ingrid Brena (Coord.). *Emergencias sanitarias*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p.137-158; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Poderes Republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil*, in ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolau (Org.). *Direito Sanitário em perspectiva*. vol. 2. Brasília: ESMU/FIOCRUZ, 2013, p.21-44; NABAIS, José Casalta. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, in *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, v.3, n.2, 2002; NUNES, Leandro Bastos. *Crimes relacionados à pandemia do coronavirus*. Disponível em: <https://www.leandrobastosnunes.com.br/coronavirus-consequencias-noambito-penal-relativas-ao-descumprimento-das-determinacoes-do-poderpublico/>; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Virus: tudo o que é sólido se desfaz no ar*. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/agenda-noticias/destaques/2020/virus>.

50 MENÉNDEZ, Agustín J.. “The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo) technocratic Governance”, in *Journal of Law and Society*, vol. 44, mar. 2017, p.56-78.

efeito a crise do constitucionalismo⁵¹. Pode ser esta a oportunidade de iniciar uma mudança no Direito que nos coloque no futuro de uma Humanidade com futuro.

9 A CONCLUSÃO NECESSÁRIA

Mudámos de época histórica e não sabemos. Os juristas têm de colocar as questões fundamentais: o capitalismo é eterno? Resistirá a uma rutura com a cultura que instituiu para a sua sobrevivência? Mostrará agora também a sua capacidade de auto-regeneração numa metamorfose pós-covid-19? O débito de vida saído da sobrevida isolada respeitará o modo de ser capitalista? (Elettra Stimmili, *Il debito del vivente. Ascese e Capitalismo*).

A desigualdade é uma fatalidade económica ou uma construção político-ideológica? E se não existirem pobres? Qual é o compromisso do Direito com a igualdade, a democracia e a pessoa humana? A auctoritas do jurista é possível no mundo da “dominação carismática” (Mas Weber)? O *imperium* e o autoritarismo estão necessariamente ligados? Qual a lição de Roma para o estado de exceção permanente como preterição (não suspensão) do Direito (Giorgio Agamben)? A despersonalização da inteligência pelo algoritmo será o futuro? A desumanização da pessoa ficará como regra inscrita nas leis?. Será eficaz a resistência jurídica à invasão tecnológica globalizada que sustenta o tecno-capitalismo numérico como ideologia de Estado?

A quase totalidade da população mundial terá acesso à conectividade móvel, à banda larga em interligação no momento e à internet das coisas (com substituição da *cloud* pela *edge computing* ou computação de borda). Essa será uma consequência da diminuição do contacto social na normalização da vida com o vírus.

A revolução digital mudou definitivamente a pessoa humana, a vida em sociedade e a economia. Quem ainda não sabe isso? Como viver ignorando isso? Como reagiremos, enquanto sociedade global, a esse fenómeno?

A economia carbonizada é a melhor justificação para a impunidade na quarta revolução industrial que tem uma produção “invisível”. Os negócios são executados eletronicamente e em ambiente exclusivamente digital, muitos sem intervenção humana, todos sem regulação. Logo é uma economia sem fisicalidade, sem regras (desregulada). A economia virtual dos algoritmos instala-se lentamente, prescindido das pessoas em benefício dos poderosos e dos abusadores.

Na UE a Comissão criou o *Observatório Europeu para o 5G* para acompanhar a comercialização da tecnologia móvel de quinta geração (5G) nos Estados-membros. Alguns Estados estão a investir na tecnologia do *blockchain* para reduzir ou mesmo eliminar os intermediários económicos realizando transações comerciais diretas (*peer to peer*) entre quem produz e quem compra e realizar atos públicos sem passar por um funcionário que “só cria dificuldades para obter uma vantagem” (pagamento de uma comissão, uma gorjeta, uma prenda).

Pode ser esta uma forma de reduzir margens ilegítimas de lucro e assim reduzir as desigualdades criadas pela economia digital. Ou pode funcionar exatamente ao contrário?

Outra forma de diminuir os maus efeitos da economia digital é democratizar o acesso às tecnologias, para que não sirvam apenas uma pequena elite empresarial que enriquece

51 PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O future do Direito Constitucional começa no constitucionalismo republicano de Roma Antiga”, in PORTELA Irene *et alli* (Orgs.) AA. *VV. Os Novos Horizontes do Constitucionalismo Global*. IPCA, 2017, p.21-29; “No Bicentenário de Theodor Mommsen em Portugal: algumas reflexões sobre o ensino da Constituição sem a matriz romana”, in *Interpretatio Prudentium*, II, 2017, 2, p.75-116.

com essa vantagem competitiva ou por uma elite política governamental que adquira, por esse meio, mais poder menos controlado.

A utilidade social das inovações tecnológicas tem de ser garantida por regras jurídicas que as impeçam de ficar retidas nas empresas com capacidade para as produzir além da justa remuneração do investimento feito e do risco que correram com tais projetos.

Sobretudo porque para tal contribuíram também cientistas formados nas universidades públicas. As empresas receberam financiamento público para esses projetos e estão em situação de monopólio ou cartel no mercado digital. As entidades reguladoras têm de ter uma base legal para poderem atuar em defesa da difusão das inovações tecnológicas pela economia e a comunidade tem de ser muito exigente em relação à sua eficácia coletiva e ao compromisso de justiça social.

A pessoa humana aumentou imenso o seu conhecimento mas não conseguiu manter a inteligência necessária para a usar consigo e para si. As máquinas aprendem sózinhas (*machine learnig*) e mais do que nós lhes ensinamos. A criação de uma inteligência não humana de difícil controlo pelas pessoas mudará a noção de privacidade e de segurança (cibersegurança). O Direito da Cibersegurança passará a ser uma exigência horizontal no exercício das profissões jurídicas.

As máquinas passam a fazer operações autónomas de associação (inteligência associativa). Trata-se de uma fonte de ação inteligente, não apenas de automação ou internet das coisas. As máquinas e os algoritmos substituem os humanos e o que eles sabem fazer. Num mundo assim, o que significa ser (ou manter-se) humano?

A sociobiologia procura compreender se os avanços tecnológicos terão superado as capacidades naturais do cérebro humano, sobretudo no uso das redes neuronais (Edward O. Wilson). A vigilância total é sempre uma ameaça à privacidade e à intimidade necessárias ao *quantum humano* das pessoas. Os menos preparados (crianças, adolescentes e velhos) estão expostos à pressão social *on line* e ao *ciberbullying* até ao limite da sua saúde mental. A solidão partilhada em comunidades insulares *on line* aumenta o discurso do ódio, as teorias da conspiração e o radicalismo extremista das opiniões *tweetadas*.

As sociedades estão cada vez mais divididas, distópicas e as posições mais extremadas. A adesão emotiva a causas porque “são boas” e dos “bons” contra os “maus” planta a semente da intolerância e da ditadura com discursos *a contrario* de inclusão e de democracia. Nas seitas da net cada vez é mais difícil separar o facto da ficção, o real do inventado, o verdadeiro do falso.

Educar o nosso cérebro para resistir como humano às propostas da tecnologia que o diminuem em racionalidade, inteligência e discernimento é um dos maiores desafios da Universidade de Hoje.

A tecnologia, assim usada, é desagregadora, torna-nos solitários, violentos e predadores, divide-nos e incapacita-nos para (re)agir coletivamente e apela ao que de mais animal e primário existe na condição humana, diminuindo a sua dimensão de pessoa. Por isso, se as plataformas digitais continuarem a ser usadas pelas multinacionais do ciberespaço como estão a ser, a nossa humanidade pode correr perigo.

Circula como informação o que é opinião editada num discurso que, ou confirma as minhas crenças ou não interessa e é considerado como falso. Presos na circularidade daquilo que nos é dado (ou que nós procuramos) perdemos a vontade de inovar, a capacidade crítica sem hipercriticismo e a possibilidade de nos adaptarmos para viver como pessoas humanas em ambientes tecnológicos claustrofóbicos que nos aprisionam a humanidade. Sim, viver porque, como no lema dos sobreviventes de *Estação Onze*, de Emily St John Mandel:

“sobreviver não é suficiente”.

Podemos tornar-se realidade a ficção de serem as pessoas humanas substituídas por robôs, sob a forma de algoritmos e de sistemas de análise preditiva (“a realidade é muito abusadora” – Mário de Carvalho)? Depende de nós. Os algoritmos devem ser utilizados nos limites que definirmos para que os humanos não sejam removidos dos processos de decisão (Arlindo Oliveira).

O algoritmo (nome com origem em al-Khwarizmi, pai da álgebra) ao resolver diversas equações matemáticas com passos firmes, simples e de forma sistemática permite solucionar um problema do mundo real. A boa solução otimiza os recursos e dá celeridade e, assim, todos ganhamos com isso. Cruzados estes algoritmos na IA para resolver, com base nos dados disponíveis, problemas complexos cuja solução requer a “mão da pessoa humana” é um problema.

O automatismo decisório da máquina pode dar soluções ótimas mas incompatíveis com a nossa imprescindível subjetividade, as nossas regras de vida em sociedade e os valores inerentes à defesa da pessoa humana e dos seus direitos e liberdades (Hannah Fry, *Hello World*). Só o compreenderemos se formos lá atrás ao *luditismo* (movimento popular que partia as máquinas na Revolução industrial) e à crítica da técnica e da maquinação feita por Charles Chaplin e por Duchamp e pela sua normalização artística com Miguel Palma.

O algoritmo processa informação e é frio, totalmente objetivo e aplica aquilo que é mais rentável (otimiza). Não trabalha com exceções às regras que lhe foram dadas (muitas delas só identificáveis após a aplicação da regra que conduz a uma solução injusta). Nega assim a possibilidade de justiça que só existe onde a regra pode ser excecionada.

A regra não é um dogma e ainda menos um determinismo que não se pode afastar. A aplicação da regra depende sempre da boa e possível solução (logo justa e eficaz) do caso concreto. Por isso, o Direito é uma criação humana que só as pessoas humanas podem aplicar, sendo imprescindível à vida em sociedade.

Como é que o Direito Pode ajudar?

Antes de avançar para soluções técnico-legais importa conhecer a natureza humana e os limites do Jurídico. Precisamos de usar a nossa inteligência natural para compreender o que separa o nosso cérebro da tecnologia por ele criada e o que é incompatível entre os produtos tecnológicos e a nossa humanidade.

Para isso, é preciso dinheiro. O dinheiro para investir nesse conhecimento sobre os limites a fixar à tecnologia para que permaneçamos humanos - um conhecimento sobre as nossas possibilidades e os nossos limites - deve vir das empresas que têm como negócio ultralucrativo a nossa degradação humana pela via digital (“gigantes tecnológicos”). Não basta a doação – sempre anunciada como publicidade – das empresas beneficiadas para esse fim. É preciso uma fiscalidade adequada e eficaz para garantir essa transferência do capital do lucro para a ética.

Precisamos de um sistema de impostos sobre essas empresas e de taxas sobre os serviços e bens que vendem e sobre o seu património. Um sistema que desenvolva legislação que criminalize os comportamentos abusivos e lesivos da humanidade das pessoas, com pesadas multas pecuniárias e cancelamento de licenças para o exercício da sua atividade. A UE tem procurado seguir esse caminho com oposição muito firme e eficaz dos EUA (sobretudo na era nacional-protetionista em que está).

Um sistema de redistribuição que ligue as verbas assim obtidas no investimento em educação digital e comunicação social sobre estas matérias e avisos. Um sistema que financie a criação de plataformas digitais que incentivem a solidariedade entre as pessoas e promovam

atitudes e ideias características da humanidade da pessoa e da personalidade do humano.

Depois, importa investir em educação presencial e em grupos de confiança em torno de objetivos comuns retirando tempo às pessoas que está hoje disponível para se sentarem à frente do computador. Criar consensos sobre a proibição do uso de telemóveis e computadores em sala de aula e em ambiente escolar.

Ligando estas políticas de educação digital aos escalões etários; e definir os casos, situações e matérias onde o uso de instrumentos digitais constitui instrumento de apoio didático e restringir o seu uso na obtenção de informação a tais casos. Elaborar programas disciplinares obrigatórios de formação digital sobre o uso adequado das tecnologias e da internet.

Finalmente, as políticas públicas devem reforçar a proteção por entidades estaduais competentes e eficazes no combate contra conteúdos virais mal-intencionados e as *deepfakes* (adulteração tecnológica de vídeos produzidos e manipulados pela IA para parecerem verdadeiros).

Em tempo de covid-19, precisamos de estar atentos à normalização de situações que se justificavam em Estado de exceção por causa da contenção do contágio e que não podem perdurar fora dele. O recurso às novas tecnologias para desenvolver instrumentos eficazes para a vigilância de cidadãos e a sua identificação facial em lugares públicos para instituir um sistema que cruza esses elementos com outros constantes em bases de dados pessoais tem de ser, mais que controlado, destruído.

A literatura ficcional (Zamiatine, Orwell) não pode ser superada pela realidade que se pretende normalizar em Estados controladores da sua população ao ponto dos direitos pessoais e familiares estarem totalmente submetidos àquilo que os poderes instituídos entendem por “interesse geral” ou “bem comum”. A ficção corporizou em filmes a superioridade dos animais sobre os humanos (*O Planeta dos Macacos*) e das máquinas sobre as pessoas (*Wall.e*) como avisos (que tornam reais as possibilidades) sobre as nossas escolhas e descasos.

Uma das utilizações positivas das tecnologias é o combate ao crime organizado (as máfias) que aproveitará o mundo pós-pandemia para expandir os seus negócios ilícitos. Indiferente ao sofrimento, sem tabus morais e tudo sacrificando ao lucro fácil obtido com o crime, as máfias ocuparão todos os vazios, preencherão todas as necessidades, utilizarão todas as fragilidades das leis (conquistando legalmente sectores económicos inteiros), ampliarão as suas “bases sociais de apoio” e usarão a violência com aceitação social quando for preciso.

Se a União Europeia estiver à altura de apoiar os Estados mais fragilizados pela pandemia e usar adequadamente a tecnologia como modo de prevenção e repressão do crime organizado, estaremos a dar exemplo de eficácia em Democracia e seguindo as regras de Direito. Se a pandemia tiver como efeito uma lenta corrosão dos laços de solidariedade entre povos erguidos em décadas de União Europeia, o acentuar dos nacionalismos belicistas, o erguer de muros de insensibilidade e egoísmo coletivos em relação a outros povos, o afastamento da regra de Direito na organização política das nossas sociedades então os jurisprudentes e a Universidade fracassaram, traindo a cultura europeia e a procura de Justiça que orienta o Direito, positivado em norma legal.

REFERÊNCIAS

- AA. VV. *A sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais*. SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo (Orgs.), 2019.
- AA. VV. *Tecnopolíticas da vigilância: Perspectivas da margem*. BRUNO, Fernanda et al. (Orgs.). São Paulo: Boitempo, 2018.
- ABRAMOVICH Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.
- ACHEN, Christopher H.; BARTELS, *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government*. Princeton Studies in Political Behavior, Book 4, Kindle Edition.
- ALDEN, Edward; MCNULTY, Sheila. "Fear and rumour leave America in grip of anxiety", in *Financial Times Europe*, 11 Oct. 2001.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- ANDRADE, Manuel da Costa. "O princípio constitucional «nullum crimen sine lege» e a analogia no campo das causas de justificação". *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nºs. 3924 e 3925-3926, respetivamente, p.72-77; 130-139.
- ARECHAVALA, Arturo Chimal. "Las políticas públicas frente a las emergências sanitárias a partir de la experiencia mexicana frente a la pandemia de la influenza A (H1N1)" in SESMA, Ingrid Brena (Coord.). *Emergencias sanitárias*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p.137-158.
- BAGLEY, Theodore. *The Demolition of Democracy: has America Lost Its Soul*. Xlibris US, 2019.
- BARTELS, Larry M.. *Unequal Democracy: The Political Economy of the New Gilded Age*. 2ª Edition. Russell Sage Foundation Co-pub., 2016.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *State of Crisis*. Zahar, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral. A Perda da Sensibilidade na Modernidade Líquida*, 2013; Lisboa: Relógio d'Água, 2016.
- BEARSON, D.; KENNY, M.; ZYSMAN, J.. *New Work and value creation in the platform economy: a taxonomy and preliminary evidence*. Berkeley, CA: Berkeley Roundtable on the International Economy, 2019 - BRIE Working Paper.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, Lisboa, trad. de José de Faria Costa (COSTA, José Francisco de Faria. "Ler Beccaria Hoje", in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (BFDUC)*, vol. LXXIV, 1998, p.89-105.
- BECKER, Gavin de. *The Gift of Fear*. London: Bloomsbury Publishing PLC, 2000.
- BIESS, Frank. *Republik der Angst. Eine andere Geschichte der Bundesrepublik*. Rowohlt Verlag, 2019.
- BIHR, A. *Le spectre de l'extrême droite; les Français dans le miroir du Front national*. (Paris, les Editions de l'Atelier - les Editions Ouvrières, 1998.
- BLYTH, Mark. *Austerity: the history of a dangerous idea*. Paperback, 2015.

- BOBBIO, Norberto. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. trad. port. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1989.
- BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La Democracia*, trad. esp. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BOIS, François du. *Private Law in the Age of Rights*. In: REID, Elspeth; VISSER, Daniel (Eds.). *Private Law and Human Rights: Bringing Rights Home in Scotland and South Africa*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013.
- BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- BRIDLE, James. *A nova idade das trevas: A tecnologia e o fim do futuro*, trad. port. Érico Assis, 2019.
- BUZAN, Barry. *People, States and Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*. Boulder: Harvester Wheatsheaf, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, 6a. ed., 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*, in CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.11-32.
- CANOVAN, M. “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, in *Political Studies*, XLVII, 1999, p.2-16.
- CARDENAS, J. Garcia. *Democracia interna en los partidos y democracia participativa*. Disponível em: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf.
- CASTORIADIS, C.; DROIT, R.-P. “Entretien”, in DROIT, R.-P. (ed.). *La compagnie des contemporains: rencontres avec des penseurs d’aujourd’hui*. Paris: Odile Jacob, 2002.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- COLLOVALD, A. *Le populisme du FN: un dangereux contresens*, Bellecombe-en-Bauges. Ed. du Croquant, 2004.
- CONDLIN, R.. “The Moral Failure of Clinical Legal Education” in LUBAN, D. (ed). *The Good Lawyer: Lawyer’s Roles and Lawyer’s Ethics*. Totowa, NJ: Rowman and Allanheld, 1983.
- CONVERSE, Philip E.. “The Concept of the Normal Vote,” in *Elections and the Political Order*. CAMPBELL, Angus et al. New York: Wiley, 1966.
- CORREIA, Eduardo. “A Evolução Histórica das Penas”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (BFDUC)*, vol. LIII, 1977, p.51-150.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, vol. I (colaboração de Figueiredo Dias), reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- COUTINHO, Francisco Pereira. “The Europeanization of portuguese courts”, (with Nuno Piçarra), in *Silesian Journal of Legal Studies* n.º 4, 2012, p.73-88.

- CRANSTON, Ross (ed.). *AA. W. Legal Ethics and Professional Responsibility*. Clarendon Press, 1996.
- CRARY, Jonathan. 24/7. *O capitalismo tardio e os fins do sono*. 2013-2014. trad. port. Nuno Quintas. Antígona, 2018.
- CUSUMANO, M.; GAWER, A.; YOFFIE, D.. *The business of platforms: strategy in the age of digital competition, innovation and power*. Nova York: Harper Business, 2019.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. *Poderes Republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil*, In ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolau (Orgs.). *Direito Sanitário em perspectiva*. vol. 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013, p.21-44.
- DAMASIO, Antonio R. et al.. "Subcortical and Cortical Brain Activity During the Feeling of Self-Generated Emotions". *Nature Neuroscience* 3, nº10, 2000, p.1049-1056.
- DANTAS, Miguel Calmon; CONI, V. Constitucionalismo digital e indignação na sociedade da informação. In: *A Transdisciplinaridade e o Direito: Os desafios dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação*. IV ed. Porto Alegre: Evangraf, 2017, v.1, p.97-111.
- DELUMEAU, Jean. *La peur en Occident, XIVe-XVIIIe siècles*. Paris: Fayard, 1978.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- Deutch Welle. *Merkel: Coronavirus is Germany's greatest challenge since World War Two*. Disponível em: <https://www.dw.com/en/merkel-coronavirus-is-germanys-greatest-challenge-since-world-war-two/a-52830797>.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário* (Separata da *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nºs. 3714 e 3720), Coimbra Editora, 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal* (O Direito Penal na "Sociedade do Risco"), Coimbra Editora, 2001.
- DRAGICA, Vujadinović-Milinković. "Degradation of Everyday Life, Destruction of Society and Civil Society Suppression", paper presented at the University of Bradford, Mar. p.25-26, 2000.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a1f0cf94512f963e>.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. *Privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia da COVID-19*. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/824478175/privacidade-e-protecao-de-dadospessoais-durante-a-pandemia-da-COVID-19>.
- ELIAS, Norbert. "The Fisherman in the Maelstrom", in *Involvement and Detachment*. Oxford, 1987.
- EUBANKS, Virginia. *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, 2019.
- FEIGELSON, Giovani Ravagnani Bruno; BECHER, Daniel. *O Advogado do Amanhã - Estudos em Homenagem ao Professor Richard Suskind*, 2019.
- FERGUSON, Niall. *A Praça e a Torre, Redes, Hierarquias e a Luta pelo Poder Global*. Lisboa: Temas e Debates, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. "Il virus mette la globalizzazione con i piedi per terra", in *Il Manifesto*, 17-03-2020. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/il-virus-mette-laglobalizzazione-con-i-piedi-per-terra/>.

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, parte geral, I, 4a. ed., Lisboa-São Paulo: Editorial Verbo, 1992.
- FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coords.). *Inteligência Artificial e Direito: ética regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- FREIRE, Pascoal José de Melo. Instituições de Direito Criminal Português, in *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, nº 155, Abr., 1966, p.05-202 e nº 156, Maio, 1966, p.69-168.
- GARDNER, Charles; ALFINI, James J. *et alli* (eds.). AA. VV. *Judicial Conduct and Ethics*. 5. ed., LegisNixis, 2013.
- GIGERENZER, Gerd; TODD, Peter M.. ABC Research Group. *Simple Heuristics That Make Us Smart*. New York: Oxford University Press, 1999.
- GLASSNER, Barry. *The Culture of Fear. Why Americans Are Afraid of the Wrong Things*. New York, 1999.
- GRUBER, H.. "Proposals for a digital industrial policy for Europe", in *Telecommunications Policy*, v.43, n.2, 2019, p.116-127.
- HARARI, Yuval Noah. The world after coronavirus. In: *Financial Times*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. The text reflects Harari's technological idolatry that supports a new existentialism that transfers human decisions to machines.
- HARDMAN, Isabel. *Why We Get the Wrong Politicians* Paperback, Apr. 2019.
- HARTMANN, Fabiano *et alli*. *Inteligência Artificial e Direito*, 2019.
- HASSNER, Pierre. *La violence et la paix: De la bombe atomique au nettoyage ethnique*, Paris, 1995.
- HAUTAMAKI, A.; OKSANEN, K.. "Digital platforms for restructuring the public sector" in SMEDLUND, A.; LINDBLOM, A.; MILTRONEN, L.. (Eds.). *Collaborative value cocreation in the platform economy*. Springer, 2018.
- HESPANHA, António Manuel. "Terão os juízes voltado ao centro do direito?", in *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, 2013, n.º 332, p.225-254.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HIRSCHMAN, Albert. "Social Conflicts as Pillars of Democratic Market Society", in *Political Theory*, 22, 2, 1994.
- JEFFERS, Susan. *Feel the Fear and Do it Anyway*. London: Rider, 1991.
- JORENTE, M. J. V.; NAKANO, N.. *Inovação, Tecnologias de Informação e Comunicação e processo disruptivos*. Londrina, Inf. v.17, n.2, p.37-54, maio/ago., 2012.
- JOST, John T. *et alli*. "The Politics of Fear: Is There an Ideological Asymmetry in Existential Motivation?" In: "Beyond Threat and Uncertainty: The Underpinnings of Conservatism," special issue, *Social Cognition*, 35, no. 4, 2017, p.324-353
- KAHAN, Dan M., "Fear of Democracy: A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk", 2006, Faculty Scholarship Series, Paper 104. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/104.
- KAISER, Brittany. *Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque*. trad. port. Bruno Fiuza, 2019.

- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes, Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, trad. port. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KAPFERER, Bruce; BERTELSEN, Bjørn Enge (Eds.). *Crisis of the State: War and Social Upheaval*, 2009.
- KAUFMANN, Eric. Whiteshift, *Populism, Immigration and the Future of White Majorities*. Paperback, 29 Aug. 2019.
- KEANE, J. C.. "Life after political death: the fate of leaders after leaving high office" in KANE, J.; PATAPAN, H.; HART, P. (ed.) *Dispersed democratic leadership: origins, dynamics, and implications*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- KEANE, J.C., *Reflexiones sobre la violencia*. Alianza, 2000.
- KEANE, John C.. "Journalism and democracy across borders". In: OVERHOLSER, Geneva; JAMIESON, Kathleen Hall (Eds.). Oxford: UK Oxford University Press, 2005, p.92-114.
- KEANE, John C.. Global civil society? *Contemporary political theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.
- KEANE, John. "Despotism and Democracy. The Origins and Development of the Distinction Between Civil Society and the State, 1750-1850", in KEANE, John (ed.). *Civil Society and the State: New European Perspectives*. London and New York: 1988, p.35-71.
- KEANE, John. "Liberty of the Press". *The Media and Democracy*. Oxford and Cambridge, Ma., 1991.
- KEANE, John. "The Long Century of Violence", in *Reflections on Violence*. London and New York, 1996.
- KLEINBERGER, D. S.. "Wanted: An Ethos of Personal Responsibility – Why Codes of Ethics and Schools of Law Don't Make for Ethical Lawyers", 21 Connecticut 1989, LR 365.
- KRUGMAN, Paul. "Fear Itself", in The New York Times, 30 Sep. 2001.
- KUHN, Thomas S.. A estrutura das revoluções científicas. 9. ed., tradução port. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 2006.
- KUTTNER, Robert. *Can Democracy Survive Global Capitalism?*, 2018.
- KYI, Aung San Suu. "Freedom from Fear 1991", in *Freedom from Fear and Other Writings*. London and New York, 1995.
- LEE, Kai-Fu. *As superpotências da Inteligência Artificial. A China, Silicon Valley e a nova ordem internacional*. Lisboa: Relógio d'Água, 2019.
- LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*, 2019.
- LEVINAS, Emmanuel. "Mourir pour...", in *Entre nous: Essais sur le penser-à l'autre*. Paris, 1991, p.228-229.
- LEVY, Steven. *Facebook: The Inside Story*. New York: Blue Rider Press, 2020.
- LUBAN, D.. A Boon "Cause Lawyers and the Alternative Ethical Paradigm: Ideology and Transgression", 2004, 7 Legal Ethics.
- LUBAN, D.. *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988.
- LUKACS, John. *Democracy and Populism – Fear and Hatred*. Yale University Press, 2006.

- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Editorial S.A., 2012.
- MARCOS, Rui de Figueiredo. "Traços da Legislação Penal Pombalina." In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra Editora, 2001.
- MARCUS, George E. et al.. "Applying the Theory of Affective Intelligence to Support for Authoritarian Policies and Parties," in *Advances in Political Psychology, supplement, Political Psychology* 40, nº S1, 2019, p.109-139.
- MARCUS, George E.; NEUMAN, W. Russell; MACKUEN, Michael B.. "Measuring Emotional Response: Comparing Alternative Approaches to Measurement", in *Political Science Research and Methods* 5, nº 4, 2017, p.733-754.
- MARKOVITS, Daniel. "Legal Ethics from the Lawyer 's Point of View", in *Yale Journal of Law & the Humanities*, Volume 15, January 2003, p.209-293.
- MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- MASSIMINO, Daniel. Reflexões sobre democracia líquida e sua fundamentação no plano das teorias democráticas. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, 2017.
- MAYER, N. *Ces Français qui votent Le Pen*. Paris: Flammarion, 2002.
- MCPEAKE, Robert (ed.). *AA. W. Professional Ethics*, 17. ed. UK, Oxford: University Press, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENÉNDEZ, Agustín J.. "The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic *Rechtsstaat* to the Consolidating State of (Pseudo)technocratic Governance", in *Journal of Law and Society*, vol. 44, mar. 2017, p.56-78.
- MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro; LISBOA, Roberto Senise. "Artigo 1º", In BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Coords.). COUTO, Mônica Bonetii (Org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013, p.27-37.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra, 2000.
- MISHRA, Pankaj. *Age of Anger: A History of the Present*, 2018.
- MONDON, A.. Nicolas Sakozy's *Legitimation of the Front National: Background and Perspectives*. Patterns of Prejudice, 2013.
- MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: A ascensão dos dados e a morte da política*, 2018.
- MOUFFE, C. "The "End of Politics" and the Challenge of Right-Wing Populism", in PANIZZA, F. (ed.). *Populism and the Mirror of Democracy*. London; New York: Verso, 2005.
- MULLER, Jan-Werner. *What Is Populism?* Hardcover, 2016.
- NABAIS, José Casalta. " A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos", in *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, v.3, n.2, 2002.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEUMANN, Franz. 'Anxiety and Politics', in *The Democratic and Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*. London, 1964.

NEUMANN, Franz. "Anxiety and Politics", in *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*. New York, 1957, p.271.

NEVES, Antonio Castanheira. O Princípio da Legalidade Criminal, in *BFDUC*, número especial, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984.

NICOLSON, D. "Demography, Discrimination and Diversity: Legal Ethics And Social Background", 2005, 12 *International Journal of the Legal Profession*.

NICOLSON, Donald. "Making lawyers moral? Ethical codes and moral character", in *Legal Studies*, 2005, p.601-626.

NORBERTO, Bobbio. *A era dos direitos*. trad. port. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra, 2010.

NUNES, Leandro Bastos. *Crimes relacionados à pandemia do coronavirus*. Disponível em: <https://www.leandrobastosnunes.com.br/coronavirus-consequencias-noambito-penal-relativas-ao-descumprimento-das-determinacoes-do-poderpublico/>.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria, como a estatística pode reinventar o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

O' NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2017.

OBBER, J.. "The Original Meaning of 'Democracy': Capacity to Do Things, not Majority Rule", in *Constellations*, 15, 2008, p.3-9.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.

OWEN, Taylo. *Disruptive Power - The Crisis of the State in the Digital Age* by Taylo, Oxford University Press, 2015.

PARKER, Emily. *Now I Know Who My Comrades Are: voices From the Internet Underground*. New York: Sarah Crichton Books, 2020.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, 2016.

PEARL, Judea; MACKENZIE, Dana. *The Book of Why: The New Science of Cause and Effect*, 2019.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. "A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos", in ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.) *Níveis de efetivação de direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: UNOESC, 2013.

PEREZ, C.. "Structural change and the assimilation of new technologies in the economic and social systems", in *Futures*. v.15, n.5, 1983, p.357-375.

PHILIPSON, Tomas J.; POSNER, Richard A.. *Private Choices and Public Health. The AIDS Epidemic in an economic Perspective*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

- PHILLIPS, Sir Fred. *Ethis of Legal Profession*, 2004 (London; New York: Routledge, 2012).
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “No Bicentenário de Theodor Mommsen em Portugal: algumas reflexões sobre o ensino da Constituição sem a matriz romana”, in *Interpretatio Prudentium*, II, 2017, 2, p.75-116.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O ensino do Direito Romano e o exercício de profissões Judiciárias, nomeadamente da magistratura judicial”, in *Interpretatio Prudentium* IV, 2019, 1, p.13-19.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O future do Direito Constitucional começa no constitucionalismo republicano de Roma Antiga”, in PORTELA Irene *et alli* (Orgs.) AA. *V. Os Novos Horizontes do Constitucionalismo Global*. IPCA, 2017, p.21-29.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O socialismo espera e desespera por um partido socialista que o queira”, in AA. *V. A Austeridade mata? A Austeridade cura?*. FERREIRA, Eduardo Paz (Org.). Lisboa: Lisbon Law School Editions, 2013, p.1459-1482.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O Futuro da Justiça*. Lisboa: Vega, 2014.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Profissões Judiciárias. Regras Éticas e Deveres Deontológicos*, AAFDL, Vol. I, O Juiz, 2020.
- RANCIÈRE, J.. *La haine de la démocratie*. Paris: La fabrique éditions, 2005.
- RÁTIS, Carlos Eduardo Behrmann M.. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- REDEKER, D.; GILL, L.; GASSER, U.. *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, 2018, 80 (4), p.302-319. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1748048518757121>.
- REGO, Margarida Lima. «Um seguro de responsabilidade civil para os magistrados?» in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, ICJP, 2013, p.159-167.
- REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. Almedina, 2020.
- RENDUELES, C.. *Sociofobia: mudança política na era da utopia digital*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016.
- ROBIN, Corey. *Fear: The History of a Political Idea*. New York: Oxford University Press, 2004.
- ROCHA Henrique; PECK, Patrícia. *Advocacia Digital*, 2018.
- ROGER, Eatwell. *National Populism: the revolt against liberal democracy*. Ed. Pelican Books, 2020.
- ROMAN, Diane. “L’effectivite des droits fondamentaux dans le secteur de la sante, sous le prisme de l’Union Europeenne”, In CASALI, Saulo José (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Fundamentais no Mercosul e na União Européia*. Salvador: Paginae, 2010, p.165-200.
- RUE, Frank La. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion*, 2010.
- RUSCHEL, Caroline Vieira. *O dever fundamental de proteção ambiental*. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, 33, n.2, dez.2007, p.231-266.
- RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do estado de direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.
- RUSSELL, Stuart. *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control*, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Vírus: tudo o que é sólido se desfaz no ar*. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/pt/agenda-noticias/destaques/2020/virus>>.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SHAFFER, Kris. *Data versus Democracy: How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*. Colorado: Apress, 2019.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, v.I-IV, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

SIMON, W. H.. "The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics", 1978, 29 Wis LR 103.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Constitutional normality, an expression of the Democratic State of Law that obscures the Democratic State of Law when the Law is exhausted in the word law and thus removes the legal rule from the legal norm. In: *Sopa de Wuhan: pensamento contemporâneo em tempos de pandemias*. Pablo Amadeo (Org.), Aspo, 2020.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.95, abr./jun., 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.06.PDF.

SNOWDEN, Edward. *Permanent Record*. New York: Metropolitan Books/Macmillan, 2019.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direito Digital: Direito Privado e internet*. 2. ed., 2019.

SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017.

SRNICEK, Nick; WILLIAMS, Alex. *Inventar el future*. Barcelona: Malpasso, 2016.

SRNICEK, Nick. *Platform Capitalism*, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.. *Democracy and the Internet: Republic.Com*. Princeton, Nj: Princeton University Press, 2001, in *Journal of Law, Technology and Policy*, n.2, Fall 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=286293> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.286293>.

SUNSTEIN, Cass R.. *Laws for Fear: Beyond the Precautionary Principle*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2005.

SUSSKIND OBE, Richard. *The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Services*, 2010.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*, 2019.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, 2017.

SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, 2017.

THOMSON, Janice E.. *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns. State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*. Princeton, 1994.

TIWANA, A.. *Platform ecosystems: aligning architecture, governance, and strategy*. Waltham, MA: Morgan Kauffman, 2014.

TORRES, Manuel Poêjo; DANTAS, Afonso de Freitas. "State Surveillance: how is face-recognition technology impacting the politico-judicial landscape?" *Revista do CIJIC/IURIS-FDUL*, 2020.

TUFEKCI, Zeynep. *Twitter and Tear Gas: How Social Media Changed Protest Forever*, 2017.

UNCTAD. *Information Economy Report 2017: digitalization, trade and development*. Switzerland: United Nations, 2017.

VAN DIJK, Jan. *The network society*. London: Sage Publications, 2012.

VASILOPOULOS, Pavlos et al., "Fear, Anger, and Voting for the Far Right: Evidence From the November 13, 2015 Paris Terror Attacks", in *Political Psychology*, Oct. 14, 2018.

VASILOPOULOS, Pavlos; MARCUS, George E.; FOUCAULT, Martial. *Affective Agency: The Rise of Ethno-Nationalist Parties in Europe and the USA*, (paper, Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, IL, Apr. 4-7, 2019.

WYLIE, Christopher. *Mindfuck: Inside Cambridge Analytica's Plot to Break the World*. New York: Random House, 2019.

ZIZEK, Slavoj. *A Pandemia que Abalou o Mundo*. Lisboa: Relógio d'Água, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. "Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação" in *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*, tradução port. Heloísa Cardoso Mourão. São Paulo: Boitempo, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, 2020.

CORONAVÍRUS: TRANSFORMAÇÕES CULTURAIS, ECONÔMICAS, FILOSÓFICAS E POLÍTICAS¹

Borja Muntadas Figueras

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

Sumário: 1 Introducción; 2 Nada o todo va a cambiar; 3 Tecnología y contagio; 4 Crisis de confianza; 5 Visibilidad de (nuevos) conflictos; 6 Vida confinada: sentados ante una pantalla; 7 Suceso “cisne negro”; 8 Democracia y política; 9 Conclusión: paradojas Covid-19; Referencias.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.13-25, set./dez. 2020.

1 INTRODUCCIÓN

“Las paredes ya no están hechas de ladrillo, están hechas de tiempo.”²

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

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

2 NADA O TODO VA A CAMBIAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 TECNOLOGÍA Y CONTAGIO

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Hasta qué punto la tecnología ha podido ser la causa de la pandemia? Probablemente no lo sea, pero sí que un determinado uso de ella ha permitido su expansión a un ritmo mayor. De lo que no hay duda es de que el tránsito y movimiento de personas ha favorecido el contagio. Enric Puig¹⁴ analiza esta cuestión en los siguientes términos. En epidemiología se denomina “zoonosis” a formas de contagio que saltan de una especie a otra, a causa de la mutación de un virus. Dicho esto, cualquier cuerpo vivo es un agente potencial de transmisión. Un análisis detallado nos muestra que el contacto entre cuerpos se produce gracias a una mediación técnica. Luego, los casos de zoonosis ocurren como consecuencia directa de relaciones técnicas que se producen entre cuerpos, generalmente entre cuerpos de diferentes especies, que jamás hubieran entrado en contacto de no ser por una mediación técnica. Lo que produce la zoonosis no es la relación técnica en sí misma, sino un relativo grado de indeterminación. Es esta adversidad no planeada lo que genera una contaminación. Por este motivo quizás sea apropiado hablar de “tecnosis”. Pensar la técnica en función de su grado de indeterminación, como propuso Simondon, no es condenarla a sus aspectos negativos.¹⁵ La misma indeterminación técnica que hemos definido arriba es, al mismo tiempo, la que ha permitido cierto grado de socialización, a través del contacto virtual de cuerpos espectrales en un confinamiento a escala global.

4 CRISIS DE CONFIANZA

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

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

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

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

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

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

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

5 VISIBILIDAD DE (NUEVOS) CONFLICTOS

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

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

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

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

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

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

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

6 VIDA CONFINADA: SENTADOS ANTE UNA PANTALLA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 SUCESO “CISNE NEGRO”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 DEMOCRACIA Y POLÍTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

9 CONCLUSIÓN: PARADOJAS COVID-19

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERENCIAS

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

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

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

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

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

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

GARCÉS, M. *Nova Il·lustració radical*. Barcelona: Anagrama, 2017.

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

EL CUERPO ROTO. LA DERIVA ONTOLOGICA POST-MODERNA

Rubén Darío Salas

Profesor. Licenciado y Doctor en Historia por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Universidad del Salvador (USAL), Argentina. Docente en la carrera de Posgrado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina.

Sumário: 1 Prólogo; 2 Desarrollo; 3 Epílogo; Referencias.

1 PRÓLOGO

Este escrito asoma gracias a la gentil invitación de quienes entendieron valioso pensarnos en este tiempo que, parafraseando a un viejo film, es aquel en el que «vivimos en peligro». Nuestra mirada quiere hacerlo desde la perspectiva del pensamiento crítico, que es la condición de posibilidad del conocimiento que procura examinar, investigar, dar cuenta de algo, en suma, provocar e incitar al objeto para arribar a una respuesta de esa cosa que nos inquieta.

En el escenario dominado por el virus, el objeto de nuestra crítica se desplaza hacia el cuerpo, la vida, voces intercambiables; claro está, se trata de la vida humana y frente a ella atendemos menos a la cuestión biológica; nos situamos dentro de una filosofía de la vida y de su relevancia ética. Esta preocupación nos remite al aspecto ontológico-existencial heideggeriano y a encuadrar la filosofía de la vida en una analítica de la existencia y, entonces, como quiere el filósofo alemán, la distinguimos de toda antropología, de toda psicología, de toda biología. Se trata de una investigación de la vida, en tanto algo subordinado a la interpretación del ser de la existencia humana, donde “se plantee el problema ontológico de la vida como una forma de ser”.¹ La existencia es “cuidado de la vida”, es cuidado del cuerpo, y esta dimensión del cuidado es anterior a cualquier origen antropológico, es algo que hace a la existencia, algo que permite que un ente determinado reciba el nombre de humano. Es humano el que cuida de sí. La analítica de la existencia apunta a fines que son “ontológicos” (§ 42) y estos fines a los que apunta definen su ser ético².

Hablar de cuerpo, o como querían los antiguos, de carne, de vida, es hacerlo del cuidado-de-sí. Cuando la dimensión ontológica no es un requerimiento del humano de determinada época, cuando éste se entiende como absoluta finitud sin referente infinito, cuando toda metafísica le es ajena, cuando sólo se identifica en una analítica de su finitud, como expresión empírica que sólo se reconoce en tanto habla, vive (biológicamente) y trabaja bajo la fuerza de la producción que se le impone; se cierra como posibilidad, como proyecto de sí, resulta simple animalidad que sólo se reconoce en términos de un vivir sin rumbo, de un habla manipuladora y de un trabajo que lo invade y que puede prescindir de él. Se trata, en fin, de un «yo pienso», al que el «yo soy» le es ajeno. Nos asomamos al centelleo del «hombre» de nuestro tiempo post-moderno y a su «deriva ontológica», a un cuerpo, a una vida, errante.

Esclavo de sí, habitante solitario de un planeta en el que todo lo viviente le es ajeno, pues impuso con gesto soberano a la Naturaleza y a todo lo que en ella habita los caprichos de su omnipotencia antropológica. Entre la naturaleza de este «hombre» y la Naturaleza en sentido estricto no hay entrelazo, hay oposición, enfrentamiento, repulsa, desdén de éste hacia ella a la que desconoce como tierra madre. El virus, hoy, es la Naturaleza que «hace frente».

En esa dimensión ética ausente, en esa ausencia de cuidado de sí y en la racionalidad violenta frente a la Naturaleza, en esa renuncia a cualquier ontología donde ancle su existencia, se asienta el fundamento, la justificación, de nuestra reflexión crítica.

¿Cuáles son los objetivos hacia los que conduce esta propuesta? Conduce a mostrar algunas notas significativas que definen la retícula en la que se incrusta el «hombre post-moderno», eso que llamamos «cultura totalitaria»; igualmente su vínculo con el lenguaje, el trabajo, la relación circular entre el modelo de Estado que lo contiene y que este «hombre»

1 FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1976, 2 ts., s.v. «vida».

2 HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo [Sein und Zeit, 1927]*. Barcelona, Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002, p. 184.

contribuye a alimentar, así como la fuerza del dispositivo mediático, expresión excluyente de una 'voluntad de verdad' que no es otra cosa que la verdad enmascarada; verdad siempre ligada circularmente a los sistemas de poder que la producen y la sostienen y que la máquina mediática reproduce segregando subjetividad.

Hablamos de deriva ontológica del «hombre post-moderno» que, en tanto tal, atrapado en la maraña del consumo, convertido el mismo en cosa consumible y descartable, perdió el sentido de su existencia, el sentido de ser sí-mismo; perdió "su posibilidad de ser el mismo". Su ser íntimo, ese yo soy de este «hombre», se ha olvidado, y es aquello que en tanto olvido debe ser reconquistado por una interpretación que des-oculte³. Por ello, entre los objetivos, advertimos sobre ese extravío que condujo a la especie «hombre» a olvidar por la pregunta por el ser, la pregunta misma, el ser interrogativo y, además, bosquejamos algunas notas del posible avance hacia la recuperación de lo perdido que no es otra cosa, que la recuperación de la existencia, del humano, como ente que se «elige».

2 DESARROLLO

Dies irae. Así dice un himno del siglo XIII referido al Día de la ira de Dios durante el Juicio Final. Objeto de explotación, ese Día encarnó en la Naturaleza y se mostró bajo el ropaje de un virus microscópico, cuya rápida dispersión detuvo la marcha del «hombre», de su «cuerpo roto», de esa cosa incompleta y mancillada. Expresión acabada de la sociedad de la norma, de la pretensión de verdad y del discurso falaz que habla a través de ella.

Si bien leímos sobre las pestes en la historia de la humanidad, nunca antes se habían vivido con conciencia de universalidad. Respuesta natural a cuerpos atravesados por la abdicación ética, por una ética indolora; respuesta atronadora ante la mirada petrificada, invidente de meros *organismos* sin forma, corruptos, esto es, contrarios al devenir sano de los cuerpos que es el proceso de toda generación. La Naturaleza no es «lo otro dialéctico», sino «lo otro perturbador» y, por tanto, molesta barrera para el dominio de la virtualidad⁴.

Nuestros «cuerpo roto», expresiones fragmentadas de un «hombre» que es el que trabaja, el que habla, el que vive fisiológicamente, el que reproduce sistémicamente como un engranaje todos sus actos, se ven ante un desafío desconocido: el de la vida, frente al cual nos invade la parálisis pues sólo conocemos una naturaleza artificial plena de efectos centelleantes, que nos representamos como el auténtico mundo de la vida.

El miedo, por otra parte, nos habita, pues el régimen de poder vigente, local y global, en nuestra sociedad distópica, disciplinaria y de control, ha procesado hábilmente los miedos generados por esas relaciones de poder que operan en nuestros micro-mundos (dentro de la familia, de la fábrica y la oficina), allí donde el poder se incardina, y que alcanzan la cima por medio de una suerte de espiral ascendente, desde donde descenderá el formato de opresión pertinente a través de los dispositivos más variados y sutiles, donde la telepantalla orwelliana aún ocupa un lugar de privilegio.

Del miedo del que hablamos, es el de aquella desorganización de la conducta que se adjetiva como patológica y, por tanto, ya real o imaginario, paraliza toda acción y decisión. De allí que constituya el componente axial de los regímenes totalitarios y de la cultura, la nuestra, así llamada.

3 RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de Hermenéutica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 211.

4 HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 181.

Se trata de la conducta propia de esta sociedad distópica, asentada en el empleo de la «técnica de la amenaza» (incentivada y requerida) pero que, dentro del contexto del virus, opera como elemento distorsionante del accionar rutinario del «hombre» y con ello ralentiza la maquinaria económica, referente superlativo del Orden Mundial.

Expresión vertebradora del decir biopolítico, el miedo patológico no puede evitar mostrarse hoy en toda su latitud; él habla desde la soledad estruendosa de quienes lo segregan, que aturden con la voz ronca y ahogada del campo de concentración que habita su sentir, su pensar y su accionar. Quedan al desnudo esos *organismos* que perdieron su cuerpo, y que fue sacrificado en aras del consumo. Ese trozo de vida invisible, ese virus, ha asestado un golpe mortífero al Orden mundial, lo ha herido en su corazón, en ese Mercado, suerte de Grande Hermano que, desde el lugar privilegiado de la visión panóptica, ve cruzar su arquitectura ficcional.

Un golpe certero y eficaz que tuvo un primer episodio significativo en el derrumbe de las *Twin Towers* en 2001, que impregnó las retinas de quienes asistieron al horror a través de la imagen. En esa instancia la imagen no relevó, como es habitual, al hecho. En simultáneo con el atentado, que aún no conseguía decir su nombre, la maquinaria audiovisual puso ante los ojos no sólo al derrumbe físico de la arquitectura sino el desmoronamiento simbólico del poder mundial. De inmediato toda la maquinaria del “Estado profundo” (“«oculto a plena luz»”, bajo la égida del neoliberalismo) se hizo escuchar a través del “Estado superficial” (rostro público del Estado)⁵ por medio de su gerente corporativo-presidente. La violencia del Estado inauguró el Estado de excepción planetario⁶; violencia que no consiguió desplazar la peor violencia, la simbólica, pues sólo ella es generadora “de singularidad”⁷.

En el esquema de poder globalizado, el atentado contra las *Twin Towers* tuvo un referente visible, el Islam, que se convirtió en el «Otro» perverso que debía ser destruido.

El virus que nos acosa, su impacto directo en nuestros cuerpos, vale decir, la muerte que nos enfrenta decididamente, constituye un desafío existencial que es tanto mayor en la medida en que se rompió nuestro agarre a la vida y no reconocemos Yo moral alguno supramundano que ponga reparos a nuestro miedo y a nuestra angustia. Immanuel Kant al referir al valor estético de lo sublime, señala que ante un hecho concreto que supera nuestra capacidad de resistencia, frente al cual reconocemos que, v.gr. la Naturaleza, muestra su poder irreductible; frente a la desazón que produce el estar-en-el-mundo, el humano descubre en sí mismo “una sublimidad de sentimientos”, por tanto (afirma) lo sublime está “sólo en nuestro espíritu, en cuanto somos capaces de adquirir conciencia de ser superiores a la naturaleza *en nosotros*”. Sólo desde esa dimensión de superación de la fragilidad de la naturaleza humana, mediante “el juicio severo de las faltas propias” es dable “llegar a la idea de la sublimidad”⁸.

El miedo a lo desconocido obliga, por tanto, a reconocerse como humilde fruto de aquella Naturaleza a quien la mirada omnipotente mancilla; imperativo categórico de búsqueda-de-sí, del coraje de verdad, que obliga a enterrar al «hombre» y no a la Tierra.

Estética y ética de lo sublime, estética y ética de los valores. Ética, cuyo principio

5 JESSOP, Bob. *El Estado. Pasado, Presente, Futuro*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes-Prometeo, 2019, p. 296-297.

6 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2019, p. 30-32.

7 BEAUDRILLARD, Jean. «La violencia de lo mundial» (p.11-34). EN: BEAUDRILLARD, Jean; MORIN, Edgar. *La violencia del mundo*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2003, p.14-15;20.

8 KANT, Immanuel. *Crítica del juicio* [1790] (L. II «Analítica de lo Sublime”, B. De lo dinámicamente sublime de la Naturaleza; § 28»). Traducción de José Rovira Armengol. Edición de Ansgar Klein. Buenos Aires, Losada, 2005, p.106-111; VIRNO, Paolo, *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*, Buenos Aires, Colihue, 2003, p. 19.

fundamental impone afirmar toda la vida, la de la Naturaleza y la de Comunidad, o sea, la Naturaleza exige afirmar la vida del individuo en función de la comunidad, aquella que la Modernidad individualista destruyó. Pero además estética de la vida, estética del cuerpo, estética de la existencia inseparable (tanto en Foucault como en Kant) de la problematización ética. El cuerpo viviente, “como organización” es, en fin, una “obra de arte”, donde está ausente el artista. El cuerpo, el sujeto, se va construyendo, es un “proceso”, pues se va haciendo a la manera de una “obra de arte”⁹.

Dies illa, solvet saeculum in favilla. «Época moderna», expresión que, desde una perspectiva epistémica, no histórica, es aquella que comienza con el siglo XIX. Instancia que no dice sólo de una crisis de relevo respecto del paradigma anterior, sino que levanta un abismo intransponible respecto de dos mil años de historia. Acaba una regularidad, vale decir, quiebra ese *continuum* que, por debajo de todas las diferencias en el plano empírico, permitía su conciliación, aquello que, en los siglos XVII y XVIII, significó el dominio epistémico de la *mathesis universalis*, ciencia universal de la medida y del orden. Concluía con esos dos siglos aquello que Michel Foucault llamó la «Época clásica», suelo de integración de todos los seres y de todas cosas, suelo donde los seres vivientes, incluso el humano, se disponían en un espacio en cuadro; expresión pictórica que habla de ese orden matemático donde no reinaba la economía de la producción sino la de las magnitudes de intercambio; suelo de la riqueza, medida en términos de abundancia y de escasez; allí donde trabajar suponía, para el campesino o artesano, ser responsable de la labor, intervenir en ella. Espacio epistémico donde, de manera dominante, regía la *Gramática General y razonada* (filosófica) de Port-Royal, que se resolvía en la teoría del nombre, pues la tarea fundamental del discurso clásico consistía en atribuir un nombre a cada cosa y “nombrar su ser en ese nombre”. En suma, la *palabra representa* al pensamiento. El signo encierra dos cosas, una la de la cosa que representa, la otra la de la cosa representada” y su naturaleza consiste en excitar la primera por medio de la segunda”¹⁰. De allí que durante dos siglos, el discurso occidental fuera el lugar de la ontología¹¹.

Toda esta ordenación ontológica quiebra en el siglo XIX, pues el espacio de la riqueza devino economía política, el entrelace de los seres vivientes acabó en biología y la Gramática filosófica en la materialidad de la filología. El siglo XIX había inventado al «hombre». A partir de esa instancia, con el ritmo que a la vida –a los cuerpos-, a la riqueza y al lenguaje impuso el modo de producción capitalista de la Revolución Industrial; en una aceleración del tiempo cronométrico antes desconocido, se asentaba un modelo de sociedad, que no se reconocía ni en el valor de la religión, ni en el pensamiento filosófico, ni en el de la armonía del Universo y su réplica terrestre. El imperio del tiempo de la «sustancia» era desplazado por el tiempo del «accidente absoluto».

Fue entonces que la vida (entendida como expresión ética) de la Naturaleza y de los seres vivientes vio encumbrarse al abstracto «hombre», definido por su finitud y por sus prolongaciones independientes, dominios regionales de la economía política, de la biología y del lenguaje instrumental. Había comenzado el *tiempo final*: “aquel día en que los siglos

9 Cf., sobre “La pertinencia de la Estética de la Existencia a la esfera ética”, AGAMBEN, Giorgio, *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p. 189-195.

10 ARNAULD, Antoine et Pierre NICOLE, «La logique ou l'art de penser» [1662] (p.158-595). EN: ARNAULD, Antoine; LANCELOT, Claude. *Grammaire générale et raisonnée, contenant les fondements de l'art de parler, expliqués d'une manière claire et naturelle; les raisons de ce qui est commun a toutes les langues, et des principales différences qui s'y rencontrent*, etc. [1660], avec les remarques de Duclos. Nouvelle Éditeur. Paris, De L'Imprimerie D'Auguste Lelain, Libraire Éditeur, 1830, Paris, Libraire Éditeur, 1830, p. 217.

11 FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. México: Siglo XXI, 1968, p. 125.

se reduzcan a cenizas” (*Dies illa, solvet saeculum in favilla*). Imagen que la mente humana proyectó como advertencia, en tanto concedora de sus pulsiones destructoras. Pero, de manera cíclica, en esa lucha desigual entre la libido (nacida de *Eros*) y la “destrucción” (nacida de *Thanatos*), esta pulsión de muerte se impone buscando arrasarlo todo, dirigida, apunta Sigmund Freud, “al mundo exterior y a otros seres vivos”, incluso al “yo”¹².

Habitamos ese día y, en él, reaparece, en la cultura occidental, la figura del esclavo en el trabajador moderno, que se presenta, según el esquema freudiano, “como un regreso de lo reprimido en forma patológica”¹³, cuyo cuerpo se «usa»: “uso del cuerpo” (afirma Aristóteles)¹⁴, de su tiempo de vida que es tiempo de la producción.

El «hombre», apunta Michel Foucault, “no existía “antes del fin del siglo XVIII”; “como tampoco el poder de la vida, la fecundidad del trabajo o el espesor histórico del lenguaje”. No había “una conciencia epistemológica del hombre como tal”. La *episteme* clásica nunca aisló “un dominio propio y específico del hombre”¹⁵. Sólo con el despliegue de la Revolución Industrial inglesa y el encumbramiento de una burguesía, cuya fuerza definió un dominio empírico exclusivo llamado clase social (concepto desconocido en el siglo XVIII); sólo cuando la “realidad psicológica” de la «sociedad de estados u órdenes» cedió paso a la «sociedad de clases» y al nacimiento de una sociedad de desiguales teóricamente establecida; sólo cuando el criterio definidor de la sociedad de órdenes, el “ser”, se desliza hacia el “tener” de la sociedad de clases, en suma, cuando lo accidental del dinero resulta el eje en que se asienta una sociedad, a partir de allí, comienza a conmoverse en sus cimientos la filosofía de vida que había definido desde los griegos a la civilización occidental¹⁶. Sólo esta dimensión hace posible el surgimiento del «hombre» y de los dominios empíricos regionales que lo envuelven y que son más viejos que él, en tanto criatura finita, que sólo se explica, no desde una metafísica, sino desde una analítica de la finitud. De allí que este «hombre» sólo encuentra su sentido en la Historia y en la Antropología, en meros orígenes que le otorgan una partida de nacimiento. El positivismo, expresión de la burguesía triunfante, es su modelo de pensamiento.

La mirada histórico-antropológica de la realidad, el nacimiento del lenguaje como filología, la economía política con su concepto de tierra avara y de producción de cosas (que no se traduce necesariamente en fecundidad), todo envuelto en un clima de velocidad (palabra emblemática del siglo XIX), de la medida cronométrica, del progreso evolutivo con sus mutaciones, definen al paradigma moderno como el propio de la aceleración. “Sacrificio del tiempo”, “necesidad de tiempo”, “duración”, “época”, son algunas de las voces que tiñeron todo el vocabulario social y político. “La experiencia del movimiento, de un cambio hacia un futuro abierto, era compartida por todos.” Sólo el movimiento industrial permite comprender la nueva semántica política de los conceptos referidos al movimiento. El denominador “con sufijo temporal en *-ismo*” contribuyó a forjar antiguos conceptos de organización social y a construir otros nuevos con el objeto de colocar en perspectiva el movimiento histórico.¹⁷

Aquello que define la existencia del hombre moderno es la inscripción de su cuerpo en el molde del tiempo acelerado, tiempo de la rutina, del ritmo impuesto por el artificio

12 FREUD, Sigmund. *Obras completas. El yo y el ello y otras obras* [1923-1925]. Buenos Aires: Amorrortu, 1976, vol. 19, p. 44-45;54.

13 AGAMBEN, Giorgio. *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p. 57.

14 ARISTÓTELES, *Política* (Lib. I, 1254b 18). Introducción general y notas de M. Candel Sanmartín. Traducción y notas de M. García Valdés. Madrid: Gredos, 2000, p. 40.

15 FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. México: Siglo XXI, 1968, p. 300.

16 VILAR, Pierre. *Iniciación al vocabulario del análisis histórico*. Barcelona: Crítica, 1988, p.119-130.

17 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro-Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós, 1993, p.111; 322-325.

mecánico requerido por el resultado de los objetos producidos, así como de algo que también aparece como expresión recurrente, remedo del instrumento viviente (esclavo) de la Antigüedad, sólo mano de obra hábil para el manejo de una palanca. Rutina que a lo largo del siglo se impondrá en las más variadas tareas asociadas con lo que Max Weber denominó “burocracia”, lo cual dice de la especialización cada vez más acentuada de las tareas. El trabajador, por tanto, sólo es responsable, en el marco de la división del trabajo, de la elaboración de una parte del todo del objeto a producir; la máquina opera como un espejo que le dice de su ser fragmentado. El burócrata individual “es un simple engranaje de un mecanismo siempre en marcha que le ordena ir en un sentido esencialmente fijo.”¹⁸. Simple engranaje de un mecanismo es el obrero, de quien, dice Adam Smith: “Un hombre que dedica toda su vida a ejercitar unas pocas operaciones sencillas, cuyos efectos son [...] casi siempre los mismos, no tiene ocasión de ejercitar su inteligencia para descubrir formas de eludir dificultades que nunca enfrenta. Por ello [...] se vuelve tan estúpido e ignorante como pueda volverse una criatura humana”¹⁹.

Monstrum horrendum, informe, ingens, cui lumen ademptum. “Monstruo horrendo, informe, enorme, que de la luz [de los ojos] fue privado”. Así habla el poeta Virgilio en el libro III de la *Eneida* al referir a Polifemo. Expresión impersonal (*monstrum*), destructora (*horrendum*), fuera de toda medida (*ingens*), privada de la luz (*cui lumen ademptum*) del intelecto, radical y difusa: he aquí al «hombre» inventado por la Modernidad y que señorea con sombría soberbia en suelo post-moderno.

«Accidente absoluto» desprendido de su «sustancia», de su naturaleza humana, así se nos ofrece el «hombre» en nuestro tiempo, pues si en el siglo XIX convive aún con mentes esclarecidas, si el siglo asiste a la confrontación de variados materialismos que avanzan con teorías robustas, lo cierto es que su «*ethos* plebeyo» va apoderándose de la sociedad toda. El robusto cuerpo de la Época clásica cede su lugar al cuerpo dócil de la Época Moderna.

¿Qué se entiende por accidente? Aristóteles en su *Metafísica* lo define como “lo que pertenece a un ser y puede ser afirmado de él en verdad, pero no siendo por ello ni necesario ni constante”²⁰; en tanto muchas direcciones de la filosofía moderna considerarán al accidente como una afección de la sustancia; concepción que constituiría la base para “una ulterior negación del concepto mismo de sustancia”²¹.

«Accidente», en términos de catástrofe, habla de tiempo acelerado, de velocidad, de aquello imprevisto pero aceptado, y conscientemente lo supone en la cosa creada (ferrocarril, automóvil, central nuclear). En fin, “la invención de los accidentes industriales en materia de transportes (terrestre, marítimo, aéreo), o la de los accidentes posindustriales en los campos de la informática o la genética, significaría la aparición de una cualidad que se mantuvo oculta durante muchísimo tiempo”. De pronto, a partir del siglo XX el «accidente» ya no es más inesperado: la preocupación consiste en enmascarar la situación concreta disuelta en el formato de la “«política-espectáculo»”²².

18 “El funcionario debe realizar tareas especializadas y, normalmente, no puede hacer arrancar ni detener el mecanismo, el cual sólo es manejado desde arriba. De esta manera, el burócrata individual está ligado al conjunto de todos los funcionarios integrados en el mecanismo. El interés de éstos radica en que el mecanismo siga funcionando y se mantenga la autoridad ejercida «societariamente»” (WEBER, Max. *¿Qué es la burocracia?*. México: Coyoacán, 2001, p. 84.)

19 SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones* [1776]. Traducción y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun. Madrid, Alianza, 1994, p. 717. Cf. el mismo texto en: MARX, Karl. *O capital* (Edição resumida) [1867] («A Revolução operada pelo capital no modo de produção»). Rio de Janeiro: Guanabara, 1980, p78.

20 ARISTÓTELES, *Metafísica* (Δ lib. V, cap., 30 (1025a 30-35). Introducción, traducción y notas de T. Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 2000, p. 250-251.

21 FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1976, 2 ts., s.v. «accidente».

22 VIRILIO, Paul. *El accidente original*. Buenos Aires: Amorrortu, 2009, p.18-19;36.

Expresión alienada, horrenda, de mirada ciega, envuelto sólo en la luz de neón, luz profana, «hombre» al que sólo lo alcanza la luz difusa de las incertezas, que desconoce, en su realidad secularizada, las implicaciones metafísicas de la luz, del “*lumen divino*”: sólo se satisface, obstruida toda capacidad reflexiva, en la mirada hipnótica que habla a través de la telepantalla orweliana, espejo que refracta sobre sí los únicos rayos que le son asequibles y que convergen en la mirada totalizadora del panóptico²³.

Abierto se encuentra el campo para dar ingreso al axioma de Friedrich Nietzsche: ¡Dios ha muerto!; el superhombre lo ha matado.

Siglo XIX, nacimiento del «hombre» y triunfo de la Historia como disciplina con pretensión científica («objetiva»). Pensamiento histórico que retrata al siglo de la «secularización», voz que requiere, dada la vulgarización de la misma, de alguna precisión hermenéutica.

La voz *saecularis*, aparece en la lengua francesa al concluir el siglo XVI y se vincula con el clero secular. El concepto de secularización “extrajo su sentido concreto de la oposición espiritual/secular”; trasfondo histórico comprensible a la luz de la doctrina agustiniana de “los dos reinos”. Sin embargo, con la connotación desacralizada y con su impronta histórica, sólo es posible asignarle un inicio en el siglo XIX. La voz se asociará entonces con el concepto de tiempo como “aceleración”. Secularización se encuentra atada desde su nacimiento al concepto cristiano de salvación o como don de la Naturaleza. En el siglo XIX se ha desplazado el concepto de aceleración desde la expectativa de salvación con sello religioso a la del “éxito técnico”; se ha deslizado hacia el Estado secular. El “presupuesto extrahistórico” de aceleración se trueca a principios de la Época moderna “en un axioma intrahistórico de aceleración”.²⁴

El «hombre» se ha convertido en el demiurgo y, desde esa altura, apartado de cualquier instancia transhistórica, reducido a su propia finitud, empuña el arma poderosa del progreso y avanza hacia el dominio planetario. Ahora bien, no hay historia (trabajo, producción, acumulación) “sino en la medida en que el hombre, en cuanto ser natural, es finito: finitud que se prolonga mucho más allá de los límites primitivos de la especie y de las necesidades inmediatas del cuerpo”. Mientras más avance “en la posesión de la naturaleza, más fuertemente también lo presiona la finitud, más se acerca a su propia muerte”. Es su finitud antropológica la que le augura ese final. Ya se advierte que todo el circuito de producción, por el aumento de sus costos, requiere de mayor cantidad de trabajo, que el trabajo no está sustentado por la mercancía que produce, en suma, que “la producción no puede ya satisfacer la carencia”. Esa misma Historia le pone límites a la antropología²⁵.

El «hombre moderno», es resistencia a la vida –sombra –²⁶ del auténtico ente humano que aún exhibe su peligrosa indiferencia en nuestra época post-moderna; es ese «cuerpo roto» de nuestra metáfora, el mismo que ha tocado hoy el último límite de “la geopolítica de las naciones”. Aquel que perdió toda referencia significativa primordial y se encuentra, claramente desde el último tercio del siglo XX, a la expectativa del accidente integral, segunda nota característica que remite a la primera: la velocidad. Deambula sometido (sin advertirlo) a la tiranía de la instantaneidad y de la ubicuidad, época en que ha deflagrado

23 JAY, Martin. *Campos de fuerza. Entre la historia intelectual y la crítica cultural*. Buenos Aires: Paidós, 2003, p.205-208, 254-256.

24 “El núcleo duro de la experiencia moderna de la aceleración, esto es, la transformación técnica e industrial de la sociedad humana ya no es deducible a su vez de premisas teológicas”. (KOSSELLECK, Reinhart. *Aceleración, pronóstico y secularización*. Valencia: Pre-Textos, 2003, p.42; 44;47;62-63).

25 FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. México: Siglo XXI, 1968, p.254-255.

26 PIERRAKOS, John. «La anatomía del mal». EN: Connie Zweig y Jeremiah Abrams (eds.). *Encuentros con la sombra. El poder del lado oculto de la naturaleza humana*. Barcelona: Kairós, 1993.

el sentido común²⁷. Ente abstracto al que han abandonado sus endeble guardianes: la Historia y la Antropología.

Hoy, un trozo de vida natural (aunque degradado) bajo la forma de virus le hace frente y, ante él, se desmorona su omnipotencia, pues su única arma, el control remoto con el que activa o elimina la realidad virtual de la telepantalla, resulta inválida.

In principio erat Verbum ... El «hombre», que bien podemos llamar «hombre-masa» para situarlo en su geografía globalizada, es aquel que, como apuntábamos arriba, sólo se identifica con lo accidental, desconoce su sí mismo, cualquier inquietud de sí, huérfano de toda interrogación, de cualquier dimensión ontológica, en fin, es voz muda.

Es «deriva ontológica». Nota que vertebra esta presentación cuya hermenéutica da cuenta de esa ausencia y, a la vez, quiere plantear al humano como «búsqueda de sí». Hermenéutica ontológica que parte de un presupuesto: la palabra.

Referimos a una dimensión del lenguaje, a través de la cual el humano “ve el mundo”, “pero no ve el lenguaje”, no ve la “Palabra”, en tanto ésta es “revelación”. “*En el principio era el Verbo y el Verbo era Dios*”, dice el Prólogo del Evangelio de Juan, donde Dios (la Trinidad) es la Palabra, de la cual emana en una dimensión menos perfecta, la palabra humana.²⁸ A diferencia del pensamiento griego, donde «Dios no se hizo hombre pero se muestra a los hombres en forma humana manteniendo su dignidad suprahumana», aquí se trata de Dios como Palabra²⁹.

Humano y lenguaje, que aquí examinamos desde una hermenéutica ontológica. Pues tanto la palabra como el humano se vinculan a un *a priori*. La posibilidad del humano es el «cuidado de sí» (*cura sui*), es aquello que Martin Heidegger en *Ser y Tiempo*, denomina un «pre-ser-se-ya-en-un-mundo» del «ser ahí», o sea, un «ser ahí» que siempre es (*sein*) «previamente»: un ser que está previamente en el mundo. Lo cual nos dice que el ser fáctico “«es siempre ya absorbido en el mundo»” como “cuidado de sí”. Esta es la estructura ontológica-existencial de ese «ser ahí» (*Da-sein*), “«ente al que en su ser le va este mismo»” (§ 41)³⁰. Hablar de “cura” o “cuidado” es referir a un “testimonio pre-ontológico”. Testimonio que “cobra una especial significación por el hecho de que no sólo ve en la «cura» aquello a que está entregado el «ser ahí» humano «durante su vida», sino que esta primacía de la «cura» aparece en conexión con la conocida concepción del humano como el compuesto de cuerpo (tierra) y espíritu” (§ 42).³¹

Esta es la dimensión ontológica del ser fáctico que llamamos humano, estructura ausente en el «hombre moderno y post-moderno», cuya única posibilidad de ser es siempre huida y nunca encuentro de sí.

Cuando una de las vertientes de la filosofía del lenguaje se orienta hacia la lingüística instrumental, que hace del lenguaje un objeto y por tanto renuncia a esta visión hermenéutica como expresión ontológica, en el mismo acto arrastra la dimensión ontológica del ente humano. Desde nuestra visión ontológica del lenguaje, ajena a toda configuración del mismo como cosa manipulable y descartable, el lenguaje en tanto humano no es herramienta ni “complejo de señales instrumentales”, “el lenguaje humano se cumple en sí mismo”, no produce “«un objeto» independiente de la misma enunciación”.³²

Con el nacimiento de la filología, preocupada sólo por el aspecto material del objeto

27 VIRILIO, Paul. *El accidente original*. Buenos Aires: Amorrortu, 2009, p.67-68;95;127.

28 AGAMBEN, Giorgio. *La potencia del pensamiento. Ensayos y conferencias*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p.29-30.

29 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* Petrópolis: Vozes, 1998, p.608-609.

30 HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo* [*Sein und Zeit*, 1927]. Barcelona: Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002, p.177-181.

31 HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo* [*Sein und Zeit*, 1927]. Barcelona: Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002, p.183.

32 VIRNO, Paolo. *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*. Buenos Aires: Colihue, 2003, p.50.

palabra, se había ya dado el primer paso hacia esa dimensión materialista, instrumental, del lenguaje.

La estructura del habla en su auténtica dimensión, esto es, ontológica, es dialéctica y se resuelve en el esquema pregunta-respuesta. En una situación hermenéutica, la situación de la pregunta se define a través de la estructura de la «abertura», pues preguntar significa producir una «abertura» hacia la respuesta del otro, y todo esto dice, en su forma más elemental, de conversación, aquello que quedó interdicto en la discursividad post-moderna, pues la conversación se oculta cuando el ritmo del discurso se mide en términos de velocidad; se oculta la dialéctica que es ese arte de preguntar y seguir preguntando a los efectos de conducir una conversación; en ella, en el mutuo entendimiento, es donde encuentra su verdadero ser el lenguaje.³³

Frente a ese decir conversacional, el habla post-moderna opone la modalidad comunicacional, forma paratáctica de vínculo, una suerte de proto-lenguaje por el que circula el mínimo de pensamiento —“el pensamiento no se refleja en la palabra, sino que se realiza en ésta”—³⁴; ámbito de expulsión del otro (vecino, extranjero), ese que es vivenciado como enemigo potencial o simple cosa; “amenaza flotante”³⁵. La palabra ha perdido todo vínculo con la referencialidad extralingüística de que se nutre, y esa falta de fundamento determina la invención de nuevos discursos, los cuales identificamos con aquello que Martín Heidegger en *Ser y Tiempo* llamó “«habladurías»” (§ 35), voz que el filósofo alemán restringe a nivel ontológico y explica que no la emplea “en sentido despectivo”, pues se trata del habla del «ser ahí» cotidiano, de las posibilidades de comprender del «término medio» (§ 35). En nuestro caso nos apartamos de su neutralidad valorativa, pues las tres notas (*vide infra*) con que caracteriza la cotidianeidad retratan la naturaleza del «hombre de la masa».

Es en distintos trayectos de su obra que nos encontramos con la afirmación de que la esencia del «ser ahí» está en su existencia, y que los caracteres de éste son “modos de ser posibles para él en cada caso y sólo esto” y que, cualquiera que sea el modo de ser, “el ser que «le va» a este ente en su ser es, en cada caso, el mío”, y esto supone siempre el pronombre personal “Yo soy, Tú eres.” Siempre el «ser ahí» ha decidido de alguna manera “su «modo de ser»”. De allí que sea en cada caso su posibilidad y, por serlo, *puede* este ente en su ser «elegirse» a sí mismo, «ganarse» y también «perderse» (§ 9).

Ganarse o perderse: el «término medio» del «ser ahí» *se gana* —dentro de la cotidiana indiferenciación en las múltiples relaciones en que está absorbido—, porque no se aliena, no se derrumba ante las tres notas que caracterizan —«habladurías», «avidez de novedades», «ambigüedad»— “el modo en que el «ser ahí» es cotidianamente su «ahí»”, que siempre es un «estado de abierto» (constituido por el comprender y el habla) en el mundo (§38).

El «término medio» del «ser ahí» puede tomar otro rumbo bajo “la posibilidad de *perderse en el uno*”. Este modo de ser del humano es el propio del «hombre» («hombre-masa»), del «uno», envuelto en ese estado de movimiento del «ser ahí», denominado “«derrumbamiento»”. La “«caída»” (el derrumbarse) es la “forma de ser de este ser en el mundo”. Es su peculiar poder ser en acción, cuyo fenómeno hace a la estructura ontológica del «ser ahí» y “constituye todos sus días en lo que tienen de cotidianos” (§38).³⁶ Para su

33 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1998, p.534-536;541;647.

34 VIGOTSKI, Lev. *Pensamiento y habla* [1929-1933] Traducción y notas de Alejandro A. Gonzáles. Introducción histórica de Marcelo Caruso. Introducción de Félix Temporetti. Buenos Aires: Colihue, 2007, p.438.

35 BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilancia líquida*. Buenos Aires: Paidós, 2013, p.110.

36 HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo* [*Sein und Zeit*, 1927]. Barcelona: Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002, p.157;48;163;166-167.

«estado de abierto» sólo es posible ese modo y, en esa posibilidad que tiene el habla de convertirse en «habladurías», “lo dicho y lo transmitido sin base llega a hacer que el abrir se convierta en lo contrario, en un cerrar” (§35).

El “«uno»” dice de “corrupción de la naturaleza humana”. Cuando el “quién” es cualquiera nos encontramos con el «uno» confundido siempre con “los otros” que le han arrebatado el ser: “otros que no son otros *determinados*” (§ 27).

Se trata de un “discurso sin estructura ósea, indiferente a los contenidos que de vez en cuando destila, contagioso y proliferante”; discurso virtuosista, entrelazo de oportunismo y cinismo que define el ámbito de trabajo post-moderno y las relaciones sociales teñidas por éste. Oportunismo y cinismo que están en conexión “con la inestabilidad crónica de las formas de vida y de los juegos lingüísticos actuales”.³⁷

La descripción que Heidegger realiza de este «ser ahí», de ese “«uno»”, concluye en lo que es fácil intuir: se trata de definir a la medianía y este *modo de ser* que conducen al aplanamiento, a la indiferencia o puja por mantenerse dentro del todo in-diferenciado; ese todo que acaba, en tanto su mayor número, decidiendo el rumbo de la sociedad. Lo dicho por las «habladurías» se sustenta en la falta de base que encuentra amplia difusión, sobre todo porque “son la posibilidad de comprenderlo todo sin previa apropiación de la cosa”. Característica de ellas es el «estado de interpretado» que dice que el «uno» es mero repetidor de lo que se habla, y que es así porque “así se dice”. El “se” marca la falta de base de todo lo hablado y de todo lo escrito por el «término medio»; de tal manera que la comprensión es “comprensión media”. Comprensión que jamás podrá decidir qué es lo originariamente conquistado y qué lo que simplemente se repite. “Más aún: la comprensión media no querrá en absoluto hacer semejante distinción” pues no duda de que “lo comprende todo” (§35). Las mismas «habladurías» rigen las vías “de la «avidez de novedades», diciendo lo que debe ser leído y visto”. “La «avidez de novedades» a la que nada le resulta cerrado, las «habladurías», a las que nada les queda por comprender”, dan al «ser ahí» “la seguridad de una presuntamente auténtica vida viva” (§36). En tal sentido, “en el «uno», el comprender del «ser ahí» «ve mal» constantemente sus proyecciones respecto a las genuinas responsabilidades de ser”³⁸(§37).

El sentido de las «habladurías» del «término medio» de este modo de ser del «perderse», que podríamos denominar mediocridad y define al «hombre post-moderno», es el que hacen suyos los medios de comunicación de nuestra sociedad del espectáculo, que obtura cualquier opción hacia las genuinas búsquedas del espectador. La «ambigüedad» tiñe la empresa comunicacional mediática, y parafraseando intencionalmente la propuesta heideggeriana, podemos afirmar que “esta «ambigüedad» presenta siempre a la «avidez de novedades» el espejismo de lo que busca y les da a las «habladurías» la ilusión de que todo está resuelto en ellas”. Con unas y otras, «habladurías» y «avidez de novedades», mantienen los medios en marcha la faena, “allí donde cotidianamente sucede todo y en el fondo nada” (§ 37). En los medios de comunicación de masas “es donde despliega el «uno» su verdadera dictadura”, dominio del se, pues “gozamos como se goza”, “nos apartamos del «montón» como se apartan de él”. “El «uno», que no es nadie determinado y que son todos”, “prescribe la forma de ser de la cotidianidad” (§ 27)³⁹; dice de suspensión de la vida; «hombre-masa» que mienta una vida que carece de proyecto y “va a la deriva”⁴⁰.

37 VIRNO, Paolo. *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*. Buenos Aires: Colihue, 2003, p.93-100.

38 HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo* [*Sein und Zeit*, 1927]. Barcelona, Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002, p.121;158;161;163.

39 HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo* [*Sein und Zeit*, 1927]. Barcelona: Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002, p.121;163.

40 ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas* [1937]. Buenos Aires: Orbis-Hyspamérica, 1983, p.68.

La sociedad espectacular tiene en los medios de comunicación de masas el medio técnico más apropiado pues proyecta el mensaje “*unilateral*” del sistema de dominio. El espectáculo es el resultado y el proyecto “de un modo de producción existente”. No es el suplemento del mundo real”. “Es el corazón del irrealismo de la sociedad real”. Bajo todas sus formas particulares, v.gr., información o propaganda, “el espectáculo constituye el *modelo* presente de la vida socialmente dominante. Es la afirmación omnipresente de una elección *ya hecha* en la producción, y su corolario consumo.” La forma y el contenido del espectáculo son “la justificación total de las condiciones y de los fines del sistema existente”. Es “la *presencia permanente* de esta justificación, en tanto que acaparamiento de la parte principal del tiempo vivido fuera de la producción.”⁴¹ En tal sentido, “la televisión a color”, que se impuso absolutamente en torno a “1970” y que marca “la divisoria tecnológica de lo posmoderno”, constituye un adecuado neutralizador de “energía psíquica”⁴². La maquinaria televisual, en los más sofisticados formatos, ya no sólo logra la alienación en la mercancía, sino además decide en cuestiones electorales donde los candidatos venden a su público (ya no ciudadanos) el producto que mejor se adapta a sus necesidades (v.gr., *big data*). En suma, los medios dominantes vehiculizan relaciones de poder a través del control de la imagen pública de las élites a la vez que manipulan el “discurso público” e, indirectamente, la “mente del público”⁴³; construyen la “opinión pública”; vacuo existencial de un ente en su «deriva ontológica». En el escenario postmoderno los medios de comunicación y de información sellaron el contrato social que se ha vuelto un pacto de simulación; la información es vivida allí “como holograma de lo social”⁴⁴.

Homo sacer. Vitae necisque potestas. Iustitium — I. Zoè. *Bíos. Nuda Vita*. Nos valdremos para todo este momento de las consideraciones de Giorgio Agamben, a fin de delimitar el objeto de atención de este acápite que, en buena medida, quiere retener los aspectos nodulares de la propuesta: *señalar que nuestra existencia, nuestra calidad de existir o de auténticos sujetos, se define por una situación que ha llegado al límite final de degradación*. El velo ha quedado corrido en virtud de la presencia de un agente viral, de una vida, que dado nuestro descenso ético, resultaría una nota de extremo cinismo encerrarlo dentro de la categoría peste.

Vida humana, existencia (*Dasein*, «ser ahí»); ente que se encuentra originariamente en estado de arrojado, caído, condenado –compelido— a ser libre, a decidir de sí. Se trata, apunta Aristóteles en la *Política* (Lib. III, 1278b 23-31), del “solo hecho de vivir” y la mayoría de los humanos que soportan “muchos padecimientos” se aferran “a la vida (*zoè*), como si hubiera en ella cierta serenidad (*euemería*, bello día) y una dulzura natural”⁴⁵. Dice así en la *Ética Nicomáquea* (lib. IX, 1170a 25-29; 1170b 35-40): “La vida es de por sí buena y agradable (y así lo parece, ya que todos los hombres la desean, y especialmente los buenos y dichosos”; “(la vida es buena por naturaleza, y el darse cuenta que el bien pertenece a uno es agradable)”⁴⁶.

Marca Aristóteles la oposición entre vida natural, “el vivir (*zèn*)”, y “el vivir bien (*eu zèn*)” o vida en la polis (*bíos politikós*). Oposición acompañada de una excepción (*exceptio*),

41 DEBORD, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Santiago de Chile: Naufragio, 1995, p. 9.

42 ANDERSON, Perry. *Los orígenes de la posmodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000, p.122.

43 VAN DIJK, Teun A., «El discurso como interacción en la sociedad» [p.16-66] EN: ÍDEM (comp.), *El discurso como interacción social. Estudios sobre el discurso II. Una introducción multidisciplinaria*. Barcelona: Gedisa, 2000, p.48.

44 BEAUDRILLARD, Jean. *De la seducción*. Barcelona: Altaya, 1999, p.154.

45 ARISTÓTELES, *Política*. Introducción general y notas de M. Candel Sanmartín. Traducción y notas de M. García Valdés. Madrid: Gredos, 2000, p.127.

46 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*. Introducción de T. Martínez Manzano. Traducción y notas de J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000, p.264.

lo que puede denominarse exclusión inclusiva de la *zoè* en la *pólis*, y así se lee en el pasaje de la Política que sitúa “el lugar propio de la polis en el paso de la voz al lenguaje” (*logos*). Esa zona de indiferenciación surge de la posesión del lenguaje que *suprime* y *conserva* en él la propia voz: aporía de la nuda vida del *homo sacer*, donde se excluye la vida natural (*zoè*) de la *polis* para incluirla, *bíos politikós*. De esa forma el viviente “habita en la polis dejando que en ella quede apartada su propia nuda vida”. En fin, pareciera, como surge del pensamiento heleno, que la política debía constituir “el lugar en que el vivir debe transformarse en vivir bien”, y donde “la nuda vida fuera lo que siempre debe ser politizado”. Se trata del embrión de aquello que se presentará “como la estructura fundamental de la metafísica occidental”, la política, “que ocupa el umbral en que se cumple la articulación entre el viviente y el logos”⁴⁷.

La vida humana, el cuerpo, es ese «modo de ser posible» del «ser ahí» (de la existencia) del cotidiano «término medio»; «modo de ser» que elige «ganarse» o «perderse» y que en cada caso «le va su ser en el mismo». Ser que es «mío» en cada caso, siempre. La figura *homo sacer* remite, por tanto, no a la forma natural (vida humana) sino a otra forma de la que ha sido separada por el “dispositivo de la excepción”, o sea, la “nuda vida o vida sagrada”⁴⁸. Cuando hablamos de la existencia originariamente en «estado de arrojado» y «caída» (§ 38) a la que «le va» su ser «ganándose», lo hacemos de vida humana; en cuanto a aquel ente que a la «caída» como determinación existencial del «ser ahí», agrega otra «caída» resultado de su elección de «perderse», lo hacemos de aquel que ha sido sacrificado atravesado por la bio-política (nuda vida). En suma, el *Dasein* tiene la posibilidad de levantarse («ganarse») o de no hacerlo («perderse») ⁴⁹.

Homo sacer es una figura arcaica del Derecho Romano, “figura de lo sagrado que está más acá y más allá de lo religioso y que constituye el primer paradigma del espacio político en Occidente”; en él por primera vez el carácter de sacralidad se vincula “a una vida humana” La “nuda vida” del *homo sacer* es aquella “a quien cualquiera puede dar muerte, pero que es a la vez insacrificable del *homo sacer*.” ⁵⁰

Por lo afirmado, se concluye que la “*sacratio*” excede el campo de lo estrictamente religioso y se aplica a otras instancias por fuera de los rituales de rigor en las culturas antiguas. Se trata de una excepción; excepción a la vez del *ius humanum* (impunidad de matar) y del *ius divinum* (exclusión del sacrificio). La *sacratio* queda excluida del ámbito religioso y de la jurisdicción humana. En este esquema, la violencia ejercida sobre el *homo sacer* “no constituía sacrilegio, como en el caso de la *res sacrae*”⁵¹.

Dentro de la ambivalencia de lo sagrado como aquello donde lo divino y lo profano se interpenetran, se encuentra otra, que se da dentro de la esfera religiosa, donde se observa el proceso de exclusión inclusión del *homo sacer*. Pues pertenecen a la vida religiosa tanto lo puro como lo impuro, lo santo y lo sacrílego: una cosa impura puede convertirse en una cosa santa sin mudar de naturaleza, por “una simple modificación de las circunstancias externas. Y lo mismo sucede a la inversa.”⁵²

Queda por precisar si existe relación entre la soberanía y la *sacratio*. La relación es

47 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.13;16-17.

48 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.153.

49 Cf. HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo [Sein und Zeit, 1927]*. Barcelona: Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002, p.164-166; FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana, 1976, 2 ts., s.v. «Heidegger», p. 822 (columna uno); AGAMBEN, Giorgio. *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p.92;470.

50 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.18;93.

51 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.106-107.

52 DURKHEIM, Emile. *Las formas elementales de la vida religiosa*. Madrid: Alianza, 2014, p.622

absoluta para los pueblos antiguos. Nada, aún en culturas legalistas como la romana, queda fuera de la sacralidad. La *excepción* que cae sobre alguien puede responder a la necesidad de exorcizar un peligro percibido como devastador, de allí “el encarnizamiento contra la víctima expiatoria en el rito primario del sacrificio y la construcción del *sacer*”⁵³.

El *homo sacer*, la nuda vida, sea cual fuera la perspectiva teórica desde la cual se la aborda, habla del cuerpo que flota en una zona indiferenciada de vulnerabilidad y así permanecerá hasta que en los comienzos de la democracia moderna comiencen los intentos de apropiarse de ella transformándola en una “forma-de-vida”, y, de encontrar “el *bíos* de la *zoè*”⁵⁴.

Esta instancia la registra el Derecho romano bajo la fórmula *vitae necisque potestas* (derecho de vida y de muerte) que habla de la potestad incondicionada del *pater familias* sobre los hijos varones. La palabra “vida” en el Derecho romano no es un concepto jurídico, sino que indica “el simple hecho de vivir o un modo de vida particular “(reúne en un término único los significados de *zoè* y *bíos*)”. La *vitae necisque potestas* no se vincula con el “poder de matar” que detenta el *pater* sobre su mujer, hijas o esclavos sino que recae sobre la nuda vida (vida sagrada) del hijo, o sea, “sobre el ciudadano varón libre en el momento de su nacimiento”. Vida que aparece en el Derecho Romano “sólo como contrapartida de un poder que amenaza con la muerte”, como si el cuerpo de los ciudadanos varones, por serlo, se encontrara siempre en “la condición de *sacer* con respecto al padre”; como si la participación en la vida política requiriera como precio “la doble excepción de poder recibir la muerte impunemente y de ser insacrificable”. La autoridad del *pater familiae* define el modelo del poder soberano, del *imperium* del magistrado que no es otra cosa que la *vitae necisque potestas extendida a todos los ciudadanos*, tal el significado de “padre de la patria”⁵⁵.

La voz *exceptio* es el pivote de la nuda vida; ingresa al Derecho romano con la voz “*iustitium*” (“interrupción o suspensión del derecho”), prototipo del moderno estado de excepción. Nace en tiempos la República para enfrentar el “*tumultus*” (estado de agitación), y, durante su vigencia, se suspendía todo el derecho⁵⁶.

En nuestra «cultura totalitaria», en la cual el «hombre» introyectó todas las notas del régimen totalitario clásico e hizo de la táctica de la amenaza su modo de vida, «perdiéndose» en su fascismo del que brotan sus líderes políticos, ese «hombre» construye su *en-sí* y su *para-sí* como estado de excepción, como desierto.

II. *Habeas corpus*. *Bíos*. *Exceptio*. Cuando en el *Acta de habeas corpus* (1679) leemos que se ordena a quienes tienen el cuerpo de alguien detenido que lo muestren ante los tribunales, está hablando de un humano sin prerrogativa alguna; en el centro se encuentra la nuda vida (*zoè*) “en su anonimato” (“*habeas corpus ad subjiciendum*, has de tener un cuerpo que mostrar”). Lo que se expone es el “*homo sacer*”. Este documento se encuentra en el origen de la democracia europea moderna y exhibe al mismo tiempo su fuerza y su contradicción interna: “no suprime la vida sagrada, sino que la fragmenta y disemina en cada cuerpo individual, haciendo de ella el objeto central del conflicto político”. Aquí está el secreto

53 SCHIAVONE, Aldo. *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009, p.77.

54 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.19.

55 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.113-117.

56 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2019, p.91-93. En cuanto a *iustitium*, operó también, a fines de la República, en las “fiestas anómicas”, orgiásticas (comunes a todas las culturas), transgresoras temporarias del orden social. Reproducían “paródicamente la anomía a través de la cual la ley se aplica al caos y la vida sólo al precio de convertirse ella misma, durante el estado de excepción, en vida y caos viviente”. *Caos y vida (zoè)*, regreso ritual al tiempo primigenio donde los cuerpos dicen su palabra por fuera de la norma (*bíos*) (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2019, p.138-142).

de “su vocación biopolítica”: más tarde se presentará bajo la forma de sujeto portador de derechos, “sujeto soberano”, el que está por encima y a la vez por debajo, o sea, que “sólo puede constituirse como tal repitiendo la excepción soberana y aislando en sí mismo *corpus*, la nuda vida”. Ni fugitivo ni libre, he aquí en forma pura el estado de excepción en el que se encuentra el cuerpo; *corpus*: “*ser bifronte portador tanto de la sujeción al poder soberano como de las libertades individuales.*”⁵⁷

La vocación biopolítica se impone resueltamente cuando a fines del siglo XVIII, apunta Michel Foucault, se descubre que el poder no se ejerce sobre sujetos-súbditos sino sobre una «población», sobre la «especie»; seres vivos, cuerpos, atravesados por leyes biológicas a las que se requiere atender en la realidad cambiante, v.gr., en su demografía, para mejor aprovechar las fuerzas implicadas.⁵⁸ Biopolítica que se articula sobre la base de un nuevo poder disciplinario, de un panoptismo: principio de una anatomía-política basado en una disciplina de vigilancia a la vez global y detallada que busca extraer de los cuerpos el máximo de tiempo, el ajuste recíproco, su adecuada distribución, en suma, una “tecnología fina y calculada de sometimiento”. La “disciplina” es una modalidad de ejercicio de poder, que implica una variada gama de técnicas y procedimientos que llegan a la profundidad de los cuerpos, adiestrándolos como fuerzas útiles, fabricándolos con esmero. El crecimiento de la economía capitalista industrial sólo fue posible por la constitución de esas maquinarias disciplinarias, cuyos procedimientos fueron accionados por los regímenes de poder. El lugar de clase políticamente dominante de la burguesía quedó entonces al resguardo de un marco jurídico de tipo representativo que garantizaba derechos en principio igualitarios –expresión formal–, neutralizados en la base por los “sistemas de micropoder” “inigualitarios y disimétricos” de la disciplina. Las disciplinas reales y corporales constituyeron “el subsuelo de las libertades formales y jurídicas”; el panoptismo fue el procedimiento óptimo para la coerción y *dibujó todo un tipo de sociedad*.⁵⁹ La fábrica, réplica civil del orden militar, será el modelo que, hacia la segunda mitad del siglo XIX, seguirá el accionar del poder político. La vida vale en tanto es fuerza de trabajo, mano de obra, instrumento apropiado para producir; instrumento descartable: la biopolítica es inseparable de la existencia del cuerpo del obrero o del oficinista⁶⁰.

Mundo de la máquina, del «hombre-máquina», época dominada por los principios de la biología que triunfan en la segunda mitad del siglo XIX. Edad de Darwin, cuyos postulados sobre la evolución y la selección natural fueron abundantemente utilizados para justificar una “«política positiva»”. La biología se liga estrechamente a la política y, la historia, “se vuelve biológica y nacionalista”⁶¹.

Tiempos de dogmatismo a los que conduce el pensamiento sintético y su espejo lingüístico. Lenguaje de términos genéricos y de voces abstractas, pues las “ideas vacilantes” del «hombre» requieren de estas voces para encerrarlas⁶². Pronto, hacia el final del siglo XIX, se impone la violencia del lenguaje que es violencia del pensamiento; posibilidad del «hombre-masa», de “su propia esencia espiritual”⁶³. Voz “masa” que “no designa una clase social” sino “un modo de ser hombre” que se da “en todas las clases sociales”, término

57 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.157-158.

58 FOUCAULT, Michel. *Las redes del poder*. Buenos Aires: Prometeo, 2014, p.59-60.

59 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005, p.218-225.

60 VIRNO, Paolo. *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*. Buenos Aires: Colihue, p.88.

61 TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1979, p.509-510.

62 TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América [1836-1837]* (2 vol.). Madrid: Sarpe («Los Grandes Pensadores»), 1984, v. II, p.63-64.

63 BENJAMIN, Walter. «Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los hombres» (p.63-81). EN: BENJAMIN, Walter. *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Buenos Aires: Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2011, p.66.

peyorativo engendrado en el siglo XIX por la “técnica” y la “democracia liberal”⁶⁴.

El «hombre» es en sí mismo «estado de excepción», nuda vida.

En los comienzos del siglo XX el «estado de excepción» encontrará su cabal sentido jurídico como “concepto general de la doctrina del Estado”. Carl Schmitt será, en 1922, su teórico. Anota; “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”. “Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él”, pues toma *decisiones* sustantivas. Se arriba a un “concepto-límite” de la doctrina del Estado y del derecho, doctrina que cubre íntegramente la esfera de la vida y se confunde con ella. Modalidad de acción del poder soberano que no desconocía la *excepcionalidad*, pero que doctrinas jurídicas y religiosas lo ocultaban pudorosamente. Schmitt exhibe “esa esfera más extrema” que dice de la degradación del orden jurídico-político ya existente. La palabra *decisión* es clave en este nuevo orden: “la decisión sobre la excepción es decisión en sentido eminente”⁶⁵, y traduce la regla de vida de la Modernidad; el sometimiento bajo el cual queda el cuerpo, la vida, esa vida nuda sobre la que se asienta decididamente el nuevo modelo de poder. «*Hombre-masa*», cuerpo desnudo; vida conservada y protegida únicamente en tanto sometida al “derecho de vida y de muerte del soberano (o de la ley)”⁶⁶; cuerpo absorbido en los múltiples *ismos* ideológicos, al que toda vida metafísica le es ajena; inmanencia absoluta, en fin, fruto del industrialismo y del nuevo poder biopolítico. Visión del mundo gestada dentro del modo de producción capitalista de los regímenes democráticos representativos que hizo posible la emergencia del Estado totalitario.

Mundo-fábrica que, en tanto colocó su eje en la economía, quedó dominado por el proceso de las máquinas, cuyo ritmo y progreso consumió todos los ideales del humano en el que éste es un número aislado, agotado y reprimido⁶⁷; tal es la psique de la masa, nuda vida, cuerpo atrapado por un trabajo de supervivencia. No *homo faber*, sino *animal laborans* cuyo quehacer a nadie interesa⁶⁸. La masa responde como organismo, vale decir, como expresión meramente biológica abandonada por su cuerpo, escindido en múltiples funciones. Ese organismo es algo superfluo, una reacción animal y realización de funciones. La nueva realidad totalitaria del nazismo trabajó sobre la captación de estos sujetos (clase media y obreros, insatisfechos y desesperados, agobiados por la inflación y el desempleo luego de la Gran Guerra) destruyendo así todos los vestigios de dignidad humana, sólo se trata de preservar la especie pues “cada individuo debe saber “que vive y muere para la preservación de la especie”—Hitler, *Tischgespräche*)⁶⁹.

Había nacido la psicología de las masas. El nazismo reivindicó la inquietud de las masas y, mediante la incisiva propaganda radiofónica, les impuso su fundamentación milenarista⁷⁰.

La dictadura totalitaria clásica (Hitler, Stalin) va más allá de las dictaduras autoritarias (Mussolini), pues coloca en entredicho la existencia misma del humano, denota “el encarcelamiento de toda la sociedad *dentro* del Estado”.⁷¹

64 ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas* [1937]. Buenos Aires: Orbis-Hyspamérica, 1983, p.111-112.

65 SCHMITT, Carl. *Teología política* [1922]. Madrid: Trotta, 2009, p.13-14. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2019, p.81-82;87-88.

66 AGAMBEN, Giorgio. *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p.374.

67 SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia* (2 ts.). Buenos Aires: REI, 1990, t. II (*Los problemas clásicos*), p.589-590.

68 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo. Totalitarismo, o paroxismo do poder*. Rio de Janeiro, Documentário, 1979, v. III, p.243-244.

69 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo. Totalitarismo, o paroxismo do poder*. Rio de Janeiro, Documentário, 1979, v. III, p.197.

70 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo. Totalitarismo, o paroxismo do poder*. Rio de Janeiro, Documentário, 1979, v. III, p.135.

71 SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia* (2 ts.). Buenos Aires: REI, 1990, t.I, p. 247. “La palabra «totalitarismo» apareció por vez primera en 1925 y, como el autoritarismo, fue inventada por el fascismo”. No obstante, el modelo de poder que ejerció Mussolini, dentro de la Monarquía Constitucional, se corresponde con la “dictadura autoritaria”. Fue un Estado totalitario el ejercido por Hitler (SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia* (2 ts.). Buenos Aires: REI, 1990, t.I, p.240).

La biopolítica de las masas, el estado de excepción, halló un ámbito exclusivo en los campos de concentración y de exterminio.⁷² Los campos (ya existentes con anterioridad con otra finalidad) se inscriben en la zona de ruptura abierta por la crisis de la unidad entre nacimiento y ciudadanía, entre nacimiento y Estado-Nación, derivada del reordenamiento geopolítico europeo a partir de la Gran Guerra. Zona de ruptura que es la de la vida natural, lugar por excelencia de la decisión soberana para el movimiento biopolítico del nazismo. “*El campo es el espacio que se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en regla*”. El campo de concentración es el espacio de la nuda vida, un espacio donde no existen nacionalidades, de allí que repitan los jefes nazis que sólo con la “solución final”, con la supresión de la nuda vida, dominará finalmente la humanidad. Y dominó cuando quebró absolutamente el principio de nacimiento que aseguraba la inscripción de la vida en el Estado-Nación; dislocación de la vida en los territorios de la antigua Yugoslavia con sus “campos de estupro étnico”⁷³.

«Eugenesia» y «racismo» fueron el fundamento ideológico de la nueva biopolítica del nacionalsocialismo. El «campo» fue el laboratorio de las experiencias genéticas (“descubrimiento de la localización de los genes en el cromosoma”), gravitantes en el pensamiento darwinista occidental; fue un absoluto espacio biopolítico. Un proyecto sobre la “eutanasia” (“*Euthanasie-Programm*”), sobre la “vida indigna de ser vivida”, o sea, sobre el valor o disvalor de la vida, constituye la primera articulación jurídica de la estructura biopolítica de la Modernidad; le siguió “la ley para la prevención de la descendencia hereditariamente enferma”. Estas y otras expresiones definen el momento en que la vida (el cuerpo) entra decididamente, *hasta hoy*, en una zona de indefinición, El campo de concentración y de exterminio es el punto en que la biopolítica se transforma necesariamente en “tanatopolítica”. El pensamiento nazi se centra en la *decisión soberana* del “*Führer*” sobre los cuerpos, sobre su “consistencia biopolítica”⁷⁴.

Como fue para Hitler el cuerpo de los judíos, la vida desnuda se nos ofrece hoy en términos de biopolítica, sin que la envuelva sacralidad alguna, pues ese «cuerpo roto» del «hombre post-moderno», ha perdido todo anclaje en lo sagrado. Esa nuda vida para el «hombre», en su «deriva ontológica», cayendo de sí mismo en sí mismo, es mera cosa, esto es, nuda vida.⁷⁵

Una palabra, «genocidio» (nacida en el marco del juicio de Nüremberg), fue la que definió la voz hebrea «shoah» (“solución final”, es decir, “catástrofe”, “devastación”) y, «genocidio» como todos los *ismos* políticos (autoritarismo, fascismo, totalitarismo), constituyó el legado del siglo que creó al «hombre». A partir de esa realidad, la vida (el cuerpo), perdió todo su espesor significativo. «Genocidio», luego «limpieza étnica», voces todas que pasarían a integrar la viscosa sustancia de la Globalización, instancia que agota el tiempo histórico dentro del orden del “Imperio”.⁷⁶

Cuando el humano se torna superfluo, cuando la muerte no significa porque ha perdido sentido de la vida, la amenaza totalitaria se hace realidad: es nuestra «cultura totalitaria», donde “está puesta en entredicho su vida de ser viviente”⁷⁷. Es una humanidad a la deriva, atrapada dentro del estado de excepción, cuyo significado biopolítico surge del derecho que

72 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.13.

73 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.215;222-224;228.

74 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.172-180; 185;188. Cf. sobre experimentos con reclusos en Estados Unidos: p.298;202.

75 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.147.

76 SALAS, Rubén D.. *El discurso histórico-jurídico y político-institucional en clave retórico-hermenéutica*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004, p.69. Cf. HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2002, p.25.

77 FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012, p.135.

incluye al viviente a través de su propia exclusión. Así explícitamente lo decide el presidente de Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001 donde cualquiera puede permanecer detenido indefinidamente. Emerge el campo de concentración, del cual “Guantánamo” es un ejemplo elocuente donde “la nuda vida encuentra su máxima indeterminación”⁷⁸. «Campo» que encierra otro, el de la «cultura totalitaria», suerte de dictadura donde el «uno» indeterminado que «eligió» «perderse» vive en la apariencia de una democracia, «sistema de esclavitud (apunta Aldous Huxley en *Un mundo feliz*) en el que gracias al consumo y el entretenimiento los esclavos amarán su servidumbre»: ya, la aman.

De Corpore. I. Cura sui. En la base de nuestro rescatarnos como entes humanos se encuentra el “cuidado de sí”, la “inquietud de sí”, el “ocuparse de sí mismo”, el “tener inquietud de sí” y ello dice de “prestar atención a sí”, de “examinarse”, de “descender en lo más profundo de sí mismo”. Sólo desde esa dimensión llegará a su fin el dominio del abstracto «hombre»; sólo en tanto se instale en sí mismo como “un lugar de refugio”; entonces el ente humano podrá emerger como sujeto, reivindicando los derechos que tiene sobre sí.⁷⁹ El cuidado de sí es el proceso a través del cual el sujeto se constituye como tal.⁸⁰ Entonces podrá reencontrar su perdida “forma-de-vida” (“vida que no puede ser separada de su forma”)⁸¹, su cuerpo.

Ocuparse de sí es una “forma-de-vida”, o sea, un “modelo” a seguir “ejemplarmente calificado”⁸²; es un imperativo ético. Es esa relación de sí consigo mismo —relación con mi cuerpo— la que es necesario recuperar, pues es esa relación consigo mismo la que determinará la constitución del individuo como sujeto moral de sus propias acciones. Ética es “la relación que se tiene consigo mismo cuando se entra en relación con otros”⁸³. Cuidado de sí que es, como apuntamos, antes de cualquier consideración, expresión preontológica, “estructura fundamental del «ser-ahí»”.

A partir de este umbral la biopolítica — reino de la nuda vida, de la vida inauténtica, del «cuerpo roto» — ya no sería una posibilidad.

El «cuidado de sí» es previo al «conócete a ti mismo» (*nosce te ipsum*), y avanzar en esa dirección es hacerlo hacia la recuperación de nuestra esencia, que es la existencia misma: «ser ahí-con-otro-en-el-mundo». Es el fin de la «deriva ontológica», cuando nos «elegimos» «ganándonos».

II. *Nosce te ipsum*. Cuando se refiere concretamente al ser humano, “el concepto de vida sólo adquiere su sentido originario si designa para nosotros una vida en primera persona, esto es, la vida absoluta del ego.” Dicha vida “es para nosotros la vida misma de nuestro cuerpo originario”. Desde una teoría ontológica del cuerpo la vida de éste se concibe como una vida radicalmente inmanente. La “sujetividad” no es un espíritu puro “encerrado en su propia nada e incapaz de descender a la determinación de la vida, sino que es esa vida misma.” Decir “Yo soy mi cuerpo”, significa el ser originario de mi cuerpo es una experiencia interna⁸⁴.

El cuerpo es siempre imagen, representación, inamovible frente a otras imágenes, de las

78 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998, p.130-132. Respecto del concepto de «estado de excepción» seguimos básicamente la argumentación desarrollada por Agamben en su «Proyecto homo sacer», pero nos apartamos de sus argumentos cuando entiende que las medidas de excepción adoptadas por algunos países en razón de la pandemia, no difieren de las que aquí desarrollamos. Entendemos que la modalidad adoptada por efecto de la pandemia reviste el carácter restrictivo del sintagma, de emergencia acotada a una situación (Vide. AGAMBEN, Giorgio. *¿En qué punto estamos? La epidemia como política*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2020).

79 FOUCAULT, Michel. *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France (1981-1982)*. Edición establecida por Frédéric Gross, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana, p.92-94.

80 AGAMBEN, Giorgio. *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p.200

81 AGAMBEN, Giorgio. *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p.371.

82 AGAMBEN, Giorgio. *Altísima pobreza. Reglas monásticas y forma de vida*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p.134;148.

83 AGAMBEN, Giorgio. *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018, p.196-197.

84 HENRY, Michel. *Filosofía y fenomenología del cuerpo, Ensayo sobre la ontología de Maine de Biran*. Salamanca: Sígueme, 2007, p.269-271.

cuales es el centro.⁸⁵ Es proceso, siempre está en vías de hacerse. Frente a él, integrándolo, se encuentran los órganos y, por fuera la materialidad biológica construyó un ente abstracto llamado *organismo*; disposición armónica, siempre igual a sí misma, que busca usurpar el espacio ontológico del cuerpo —que se cuida—, desplazándolo. Es, desde esa mirada, desde la fuerza del grito contenido de su época, que Antonin Artaud expresa aquello que ésta calla. El *organismo* es el enemigo del cuerpo que es imagen siempre en formación, sin órganos, esto es, sin *organismos* que lo condicionen. Organismos que, como el lenguaje de su tiempo, ha extraviado a la palabra.⁸⁶

«Poeta maldito» que advirtió sobre la «deriva del ser» y para quien la destrucción de ese mundo era el único remedio posible para el humano, pues afirmaba: “la humanidad no quiere tomarse el trabajo de vivir”. Artaud, frente al genio de Van Gogh, señaló que su pintura demostraría “haber pertenecido a un tiempo en que no hubo alma, ni espíritu, ni conciencia, ni pensamientos”, pues está en la lógica anatómica del «hombre moderno», “no haber podido jamás vivir, ni pensar en vivir”; “un mundo que tanto de día como de noche y cada vez más, come lo incomible”: una sociedad — como la nuestra de manera brutal—, una sociedad de «hombres-masa», invadidos de la poquedad de su nuda vida⁸⁷.

Desafío. Cualquiera que sea el efecto cuantitativo de la letalidad del virus, éste desveló el débil andamiaje de la discursividad eficientista, meritocrática, perversa, del Orden político totalitario de las corporaciones gobernantes del *Imperio*. Desveló el auténtico rostro de sus gerentes (presidentes-jefes de gobierno). Cuidado de sí y conocimiento de sí, cuerpo sin órganos, *lucha* y resistencia de Artaud que «hace frente» al «hombre», a la *normalización* con que fue y continúa siendo fabricada esa subjetividad corrupta.

A la minoría, o sea, al humano (que se cuida, que se conoce y «hace frente»), se le ha abierto un claro, el de la *lucha* por construirse como palabra, como nueva subjetividad no individualista; una *lucha* que no dice del rígido encuadramiento revolucionario, sino de actuar sobre los efectos del poder del Estado y del «hombre»; dice del empleo de tácticas y técnicas de socavamiento de ese poder, de carcomer la *normalización* con la que regula la vida de los individuos y las poblaciones, aquella que hizo posible al «hombre». En suma, la *normalización* es extensa, pero deja intersticios que se ensanchan cuando las bases del poder Estado se debilitan, momento para el accionar de los movimientos de *lucha* y cuestionamiento.

Algo es esencial: “El acoso de todas las formas de fascismo, desde aquellas colosales que nos rodean y nos aplastan, hasta las formas menores que constituyen la amarga tiranía de nuestras vidas cotidianas.”⁸⁸

3 EPÍLOGO

Entendemos que estas estampas hermenéuticas del cuerpo, sobre todo durante la Modernidad, permiten comprender la actitud de hoy frente a una amenaza de muerte. Se trata de *organismos* flotantes para los cuales su vida o su muerte se ofrecen indiferenciados, en una suerte de estado de excepción o nuda vida que puede ser sacrificado sin más; la nota

85 BERGSON, Henri. *Materia y memoria. Ensayo sobre la relación del cuerpo con el espíritu*. Buenos Aires: Cactus, 2006, p.64;173.

86 Yo soy el que conoce los recovecos de la pérdida El cuerpo es el cuerpo/ está solo y no necesita órganos/El cuerpo nunca es un organismo/ los organismos son los enemigos del cuerpo. (DELEUZE, Giles; GUATARRI, Félix. *El Anti Edipo. Capitalismo y esquizofrenia*. Barcelona: Paidós, 1985, p. 18.)

87 ARTAUD, Antonin. *Van Gogh el suicidado por la sociedad*. Buenos Aires: Argonauta, 2013, p.79;81;110;112.

88 FOUCAULT, Michel. «Una introducción a la vida no fascista» [p.69-74]. EN: FOUCAULT, Michel. *Las redes del poder*. Buenos Aires: Prometeo, 2014, p.74.

de insacrificable se desvanece porque ese *cuerpo roto* u *organismo* no se reconoce en la imagen de lo sacrificial. Vulgar, violento, despojado de todo lenguaje meditativo, atrapado en la malla de las imágenes virtuales, él mismo sólo virtualidad, enredado en teleconferencias anodinas y en el goce egocéntrico de la autofilmación, son algunas de las notas que emergen de ese *cuerpo roto*, simple *organismo*, «cuerpo-especie», que hablan de los valores de la «cultura totalitaria» («cultura de la muerte») de nuestro tiempo envuelta en un estado de excepción permanente dispuesto por el Imperio desterritorializado. Sólo aspira a regresar a la «normalidad» o construir una «nueva normalidad». Esa misma palabra norma, ya dice de aquello que lo define; él es producto de la «normalización», por tanto, requiere que no se debilite la hegemonía del sometimiento. He ahí al «hombre».

REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Altísima pobreza. Reglas monásticas y forma de vida*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *La potencia del pensamiento. Ensayos y conferencias*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *¿En qué punto estamos? La epidemia como política*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *El uso de los cuerpos. Homo sacer, IV, 2*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2019.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida I*. Valencia: Pre-Textos, 1998.

ANDERSON, Perry. *Los orígenes de la posmodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo. Totalitarismo, o paroxismo do poder*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979, v. III.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Introducción de T. Martínez Manzano. Traducción y notas de J. Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2000.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Introducción, traducción y notas de T. Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 2000.

ARISTÓTELES. *Política*. Introducción general y notas de M. Candel Sanmartín. Traducción y notas de M. García Valdés. Madrid: Gredos, 2000.

ARNAULD, Antoine; NICOLE, Pierre. «La logique ou l'art de penser» [1662] (p.158-595). EN: Antoine ARNAULD; LANCELOT, Claude. *Grammaire générale et raisonnée, contenant les fondements de l'art de parler, expliqués d'une manière claire et naturelle; les raisons de ce qui est commun a toutes les langues, et des principales différences qui s'y recontren*, etc. [1660], avec les remarques de Duclos. Nouvelle Éditeur. Paris: De L'Imprimerie D'Auguste Lelain, Libraire Éditeur, 1830.

ARTAUD, Antonin. *Van Gogh el suicidado por la sociedad*: Buenos Aires, Argonauta, 2013.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilancia líquida*. Buenos Aires: Paidós, 2013.

BEAUDRILLARD, Jean. *De la seducción*. Barcelona: Altaya, 1999.

BEAUDRILLARD, Jean. «La violencia de lo mundial» (p.11-34). EN: BEAUDRILLARD, Jean; MORIN, Edgar. *La violencia del mundo*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2003.

- BENJAMIN, Walter. «Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los hombres» (p.63-81).
- BENJAMIN, Walter. *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2011.
- BERGSON, Henri. *Materia y memoria. Ensayo sobre la relación del cuerpo con el espíritu*. Buenos Aires: Cactus, 2006.
- DEBORD, Gay. *La sociedad del espectáculo*. Santiago de Chile: Naufragio, 1995.
- DELEUZE, Giles; GUATARRI, Félix. *El Anti Edipo. Capitalismo y esquizofrenia*. Barcelona: Paidós, 1985.
- DURKHEIM, Emile. *Las formas elementales de la vida religiosa*, Madrid: Alianza, 2014.
- FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana, 1976, 2 ts.
- FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. México: Siglo XXI, 1968.
- FOUCAULT, Michel. *Las redes del poder*. Buenos Aires: Prometeo, 2014.
- FOUCAULT, Michel. «Una introducción a la vida no fascista» [p.69-74]. EN: FOUCAULT, Michel. *Las redes del poder*. Buenos Aires: Prometeo, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France (1981-1982)*. Edición establecida por Frédéric Gross, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana.
- FREUD, Sigmund. *Obras completas. El yo y el ello y otras obras [1923-1925]*. Buenos Aires: Amorrortu, 1976, vol. 19.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo [Sein und Zeit, 1927]*. Barcelona: Biblioteca de Los Grandes Pensadores, 2002.
- HENRY, Michel. *Filosofía y fenomenología del cuerpo, Ensayo sobre la ontología de Maine de Biran*. Salamanca: Sígueme, 2007.
- JAY, Martin. *Campos de fuerza. Entre la historia intelectual y la crítica cultural*. Buenos Aires: Paidós, 2003.
- JESSOP, Bob. *El Estado. Pasado, Presente, Futuro*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes-Prometeo, 2019.
- KANT, Immanuel. *Crítica del juicio [1790]*. Traducción de José Rovira Armengol. Edición de Ansgar Klein. Buenos Aires: Losada, 2005.
- KOSELLECK, Reinhart. *Aceleración, prognosis y secularización*. Valencia: Pre-Textos, 2003.
- KOSELLECK, Reinhart. *Futuro-Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós, 1993.

- MARX, Karl. *O capital* (Edição resumida) [1867]. Rio de Janeiro: Guanabara, 1980.
- ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas* [1937]. Buenos Aires: Orbis-Hyspamérica, 1983.
- PIERRAKOS, John. «La anatomía del mal». EN: ZWEIG, Connie; ABRAMS, Jeremiah (eds.), *Encuentros con la sombra. El poder del lado oculto de la naturaleza humana*. Barcelona: Kairós, 1993.
- RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de Hermenéutica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- SALAS, Rubén D.. *El discurso histórico- jurídico y político-institucional en clave retórico-hermenéutica*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. Buenos Aires: REI, 1990, 2 ts.
- SCHIAVONE, Aldo. *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teología política* [1922]. Madrid: Trotta, 2009.
- SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones* [1776]. Traducción y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun. Madrid: Alianza, 1994.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América* [1836-1837] (2 vol.). Madrid: Sarpe («Los Grandes Pensadores»), 1984.
- TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1979.
- VANDIJK, TeunA.. «El discurso como interacción en la sociedad» [p.16-66]. EN: VANDIJK, TeunA.. (comp.). *El discurso como interacción social. Estudios sobre el discurso II. Una introducción multidisciplinaria*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- VIGOTSKI, Lev. *Pensamiento y habla* [1929-1933] Traducción y notas de Alejandro A. Gonzáles. Introducción histórica de Marcelo Caruso. Introducción de Félix Temporetti. Buenos Aires: Colihue, 2007.
- VILAR, Pierre. *Iniciación al vocabulario del análisis histórico*. Barcelona: Crítica, 1988.
- VIRILIO, Paul. *El accidente original*. Buenos Aires: Amorrortu, 2009.
- VIRNO, Paolo. *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*. Buenos Aires: Colihue, 2003.
- WEBER, Max. *¿Qué es la burocracia?*. México: Coyoacán, 2001.

MEDICINA, CIÊNCIA E OPINIÃO¹

Marco Antônio Ribeiro Tura

Pós-Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Doutor em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz. Professor de Teoria da Arbitragem e da Mediação, de Arbitragem Comercial Internacional, de Arbitragem de Investimentos Estrangeiros e de Mediação Internacional na Escola Brasileira de Direito. Árbitro da Competição Internacional de Arbitragem de Investimentos da Escola de Direito da Universidade Americana em Washington. Procurador do Ministério Público da União (2005 a 2017).

Sumário: 1 Considerações introdutórias; 2 Normas e conceitos; 3 Conceito e pressupostos do ato médico; 4 Natureza do ato médico; 5 Limites da opinião médica; 6 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.121-135, set./dez. 2020.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A pandemia expôs políticos, cientistas e médicos nos meios de comunicação de massa como nunca antes. Nas ruas e nas redes todos parecem ter opiniões bem claras e definidas sobre a doença e sobre seu tratamento. Os olhares do direito, como discurso regulador do discurso público, merecem ser postos em relevo já que, diversamente de outros olhares, detém certas objetividade e universalidade e permite que as condições mínimas para o diálogo se estabeleçam.

Neste texto pretendo abordar um ponto que encontro na legislação nacional e que reputo servir de baliza para definir os limites para a manifestação pública acerca do enfrentamento da pandemia. Trata-se do ato médico tal qual regulado na lei 12.842, de 10 de julho de 2013, conhecida como lei do ato médico.

A formulação de juízos de licitude sobre o comportamento dos atores na esfera pública depende de interpretação que reclama a elaboração de um conceito básico referido ao termo complexo acima referido sem o qual não é possível deliberar acerca da incidência normativa. É o que tentarei nas próximas páginas.

Em primeiro lugar tratarei da interação entre normas e conceitos no processo de concretização do direito. Em seguida buscarei a elaboração de um conceito que reúna os elementos legais definidores do ato médico e ponha em relevo seus pressupostos normativos de aplicação. Após, bem esclarecidos conceito, elementos e pressupostos, tentarei revelar a natureza filosófica e jurídica do ato médico sempre com a clareza de que a empreitada depende das circunstâncias próprias da leitura do cenário histórico-social. Ao final, falarei dos limites decorrentes do direito positivo para a manifestação pública acerca de questões referentes ao enfrentamento da atual pandemia. A pesquisa foi elaborada utilizando-se do método dedutivo e, portanto, assumindo-se que conceitos, categorias, juízos e princípios da filosofia geral e da filosofia especificamente jurídica, especialmente aqueles construídos no âmbito das escolas analítica e hermenêutica, servem de parâmetro para a definição e divisão de atos materiais na pressuposição de que decorrem de complexos de juízos acerca das interações e percepções entre agentes no sistema social e no mundo vivido. A hipótese cuja comprovação busco sustentar ao longo de todo o trabalho é a de que o ato médico é ato que em sua materialização pressupõe a elaboração de complexos de juízos de natureza parcial e que, portanto, não possui aptidão que permita sua legitimação jurídica e social para além do auditório restrito da relação entre médico e paciente.

O texto é, claramente, comprometido, importando em certa parcialidade. Não creio que exista um discurso neutro, especialmente nas questões fundamentais para a preservação da vida humana. Para mim, um jurista digno desta qualificação há de dizer ao menos para que veio perante seu auditório. Serei, então, tão parcial quanto imponham as limitações de meus sentidos e quanto reclamem minha racionalidade e emotividade.

2 NORMAS E CONCEITOS

A interpretação e a aplicação do direito – na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar –, constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização do direito². Interpretação e aplicação

2 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1998, p.460 e seguintes; 482 e seguintes.

formam um único processo dialético de concretização do direito³. Concretizar o direito significa aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos.

Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação⁴. Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos.⁵ E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concludo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissolivelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência.

Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto.⁶ Conseqüências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos.⁷ A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.293 e seguintes.

4 A distinção entre texto de norma e norma tornou-se lugar-comum na literatura jurídica contemporânea. Embora não concordem, necessariamente, com todas as implicações da distinção, os autores mais atualizados não divergem quanto a diferença entre texto e norma. Ver, a respeito: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1998, p. 71 e seguintes. Sobre a concepção da metódica estruturante acerca da distinção, ver: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la methode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p.168 e seguintes. Sobre a concepção formulada a partir da semântica normativa acerca da distinção, ver: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.50 e seguintes.

5 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.79 e seguintes. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la methode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

6 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 61: "Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo daí a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 1989, p.183; e 3.ed. 2001, p.245: "Com a expressão incidência propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão". A visão tradicional da incidência como subsunção é aqui afastada. Não se trata, de maneira alguma, de uma aplicação mecânica, automática, de normas a fatos. A incidência da norma decorre de um processo que contempla elementos da norma e do fato. Sobre a complexa relação entre normas e fatos, ver: NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise, p. 251 e seguintes.

7 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 115 e seguintes

compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas.⁸

Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas.⁹ E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos.¹⁰ Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indistiguíveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito. Creio estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentarei sobre a substância do ato médico.

3 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO ATO MÉDICO

Antes de saber, contudo, do que se trata o ato médico no direito brasileiro, alerto que conceitos, categorias e classes, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. São, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.¹¹

A lei do ato médico foi assim alcunhada por resultar de um forte movimento em favor do estabelecimento de um campo privativo de atuação de médicos. Seus oito artigos dispõem de maneira assistemática sobre quais seriam as práticas que, concretamente verificadas, só seriam legítimas, aos olhos do direito positivo, se resultantes da ação de profissionais graduados em curso reconhecido de medicina ofertado por instituição de ensino superior credenciada. A só conclusão, portanto, de curso em que os conhecimentos sejam transmitidos por médicos não basta para que a qualificação como médico seja obtida. Os atos administrativos de reconhecimento do curso e de credenciamento da instituição de

8 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.69: "A expressão suporte fático pode ser usada sob duas conotações: a primeira designando o enunciado lógico da norma, contida no instituto jurídico, em que representa a hipótese fática condicionante da incidência desse mesmo instituto jurídico (suporte fático hipotético); a segunda nomeando o próprio fato quando materializado no mundo real (suporte fático concreto)".

9 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.66: "Os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos".

10 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.66. Os conceitos jurídicos, como observou Montoro, são condicionados socialmente e atuam sobre a totalidade social. (MONTORO, André Franco. *Dados preliminares de lógica jurídica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo, p.8).

11 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.57;122; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Atlas, 1989, p.118;127; e 3. ed., 2001, pp.121;130; CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, p.99.

ensino são da essência da qualificação legal como médico daquele profissional que atender satisfatoriamente os requisitos pedagógicos.

Em seu artigo primeiro a lei, com certo exagero, declara uma pretensão inalcançável, isto é, reger o exercício da medicina no País. Ora, o exercício de qualquer profissão, como não poderia deixar de ser, demanda mais do que uma moldura legal empobrecida. É imprescindível a atuação, inclusive normativa, de órgãos reguladores da atividade em todas aquelas áreas que, a exemplo da medicina, são fundamentais para a preservação e proteção da vida e da integridade física, mental e emocional da pessoa humana. De modo que a lei do ato médico traz, quando muito, fundamentos para o desempenho da atividade sem esgotar sua regulação jurídica e ética.

Por isso que, em meu sentir, a lei sob análise apresenta elementos para a definição do que se entende por ato a ser praticado exclusivamente por profissionais graduados em cursos de medicina, mas não apresenta regramento da atividade médica em sua inteireza. Observe-se, nessa linha, a cabeça do artigo segundo da lei que, mais comedidamente, estatui o a atuação do médico tem por objeto “a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”. E seu parágrafo único, como que uma paleta com as tintas de princípios, diz que o médico desenvolverá suas ações profissionais tendo em mira a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças e, por fim, com vistas à reabilitação dos enfermos e dos portadores de deficiências. Quando integrante de equipe de saúde, o médico deve atuar “em mútua colaboração com os demais profissionais de saúde que a compõem”, na precisa dicção do artigo terceiro que deixa claríssima a maior amplitude da noção de saúde que está na base da norma legal.

É precisamente da pressuposição legal de que há múltiplas interações entre profissionais diversos, quando da prestação de serviços de saúde, que deriva a necessidade de se definir até onde alcança o ato próprio de profissionais da medicina, para além do que há invasão ilícita de atribuições legalmente entregues a outros profissionais. Vê-se, assim, a razão pela qual o artigo quarto da lei apresenta enumeração taxativa de atos privativos de profissionais da medicina.

Ao médico cabem, de modo privativo: a indicação e a execução da intervenção cirúrgica e a prescrição dos cuidados médicos antes e depois de referida intervenção; a indicação da execução e a execução propriamente dita de procedimentos invasivos, com finalidades diagnósticas, terapêuticas ou estéticas, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias; a intubação traqueal; a coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, de mudanças necessárias ante intercorrências clínicas e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal; a execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral; a emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos; a determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico; a indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde; a realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular; a atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas; a atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

Nos parágrafos de mencionado artigo, a lei traz a definição de que se deve entender, para seu âmbito de aplicação, com os usos da expressão “diagnóstico nosológico” e da

expressão “procedimentos invasivos”, além de formular hipóteses excludentes da incidência normativa, adequando-a para resguardar a esfera própria de atuação profissional do odontólogo, do assistente social, do biólogo, do biomédico, do enfermeiro, do farmacêutico, do fisioterapeuta, do fonoaudiólogo, do nutricionista, do educador físico, do psicólogo, do terapeuta ocupacional e, por fim, do técnico e do tecnólogo de radiologia.

Para fins da aplicação da lei do ato médico, diagnóstico nosológico deve ser entendido como o ato de determinar qual a doença que acomete o ser humano, isto é, a interrupção, a cessação ou o distúrbio de função do corpo, sistema ou órgão, que seja caracterizada por, no mínimo, dois dos seguintes critérios: agente etiológico reconhecido; grupo identificável de sinais ou sintomas; alterações anatômicas ou psicopatológicas. A referência para a definição da doença que eventualmente acometa o ser humano sujeito à avaliação médica está em ato internacional que, por expressa previsão legal, adquire força normativa vinculante de caráter nacional, isto é, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, cuja versão atualizada deve ser observada. Por seu turno, procedimentos invasivos, novamente nos limites da aplicação da lei do ato médico, abrangem a invasão dos orifícios naturais do corpo, atingindo órgãos internos.

O ato médico, em seus exatos ditames legais, não envolve a aspiração nasofaringeana ou orotraqueal; a realização de curativo com desbridamento até o limite do tecido subcutâneo, sem a necessidade de tratamento cirúrgico; o atendimento à pessoa sob risco de morte iminente; a realização de exames citopatológicos e seus respectivos laudos; a coleta de material biológico para realização de análises clínico-laboratoriais; os procedimentos realizados através de orifícios naturais em estruturas anatômicas visando à recuperação físico-funcional e não comprometendo a estrutura celular e tecidual.

De todo o exposto é possível extrair a conclusão de que o ato médico é ato cognitivo e ato laborativo. De qualquer maneira envolve juízos.¹² O ato médico acontece na interação alimentada por um troca complexa de mensagens entre médico e paciente sobre sensações e percepções acerca do mundo interior e do mundo exterior. A rigor, a forma que o médico tem de alcançar a realidade vivida pelo paciente é pela linguagem que serve de veículo para a narrativa de sua demanda. Entretanto, toda linguagem é imperfeita porque imperfeitos são nossos sentidos e, assim, limitada e parcial é a nossa descrição do mundo vivido. Dessa forma, o médico, para conhecer a realidade vivida pelo paciente tem de se aproximar dela pela narrativa oferecida pelo paciente com todas as suas limitações e parcialidades. Ao médico caberá a reconstrução da realidade vivida através do julgamento acerca da narrativa do paciente e pela formulação de sua própria narrativa quanto ao que naquela se observa como possível e necessário para as finalidades de sua profissão. O médico, assim, formulará juízos, afirmando ou negando correlações entre ideias. Evidentemente, todavia, na interação com o paciente o médico não comparece despido de suas próprias sensações e percepções, influenciadas por sua formação acadêmica, por sua prática profissional e por sua condição individual.

O ato médico é, portanto, um complexo de juízos acerca da informação emergente da relação direta e imediata com o paciente quando de sua avaliação para aferição da regularidade das funções, órgãos ou sistemas corporais conforme certos parâmetros. Há elementos de fato na formação do ato médico como juízo, mas também há certa dose de

12 Sobre os juízos, ver: ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2000, p.96 e seguintes; 120 e seguintes; 234 e seguintes.

avaliação, na medida em que a informação será escolhida conforme sua pertinência para o desenho suficiente do quadro plausível que se proponha a explicar o que ocorre, oferecendo uma solução eficiente que da informação leve à transformação daquele estado de coisas de acordo com o estado da técnica. O médico, então, reflete nos limites da experiência, nas circunstâncias do caso, para agir em um sentido. A reflexão na prática médica é direcionada para a ação, é instrumento para a transformação da realidade e não fundamento para a contemplação da idealidade.

Extraí-se desta definição características que servem de verdadeiros pressupostos. O ato médico pressupõe uma relação intersubjetiva, a relação entre médico e paciente, acerca de determinado objeto demandado por ambos, o estado de saúde. Da relatividade do ato médico decorre sua circunscrição subjetiva e objetiva. Subjetivamente falando, o ato só pode ser praticado por certo médico tendo em vista o atendimento de uma demanda que lhe seja apresentada por determinado paciente, de tal maneira que, salvo situações especialíssimas, o ato depende de consentimento de ambos, não se podendo obrigar o médico a atender aquele paciente caso não se sinta confortável e não se podendo obrigar o paciente a ser atendido por médico que não lhe seja agradável. Objetivamente falando, o ato médico só pode ser praticado de maneira direta no contexto da relação, não se admitindo que exorbite de seus limites e que de qualquer forma influencie situações completamente diversas daquelas próprias que justificaram a procura daquele paciente por aquele médico. O ato médico, portanto, pressupõe bilateralidade e imediatidade. Bilateral porque o ato médico pressupõe a preexistência de um vínculo estabelecido entre médico e paciente pela manifestação da vontade ainda que presumida ou ficta. Imediato porque o ato médico pressupõe que haja um vínculo desenvolvido direta e continuamente, sem interrupção do procedimento e sem intermediação de outros sujeitos em seu núcleo essencial. O ato médico, do ângulo objetivo, caracteriza-se por uma relação desenvolvida em certo tempo e em certo espaço, conforme as possibilidades propiciadas nas condições apresentadas restritamente.

4 NATUREZA DO ATO MÉDICO

A perspectiva que adoto reclama o entendimento da natureza do ato médico, especialmente para o direito. Sigo com essa tentativa lembrando que o ato médico envolve cognição e labor, um conhecer e um agir, um dizer e um fazer. Por conseguinte, do ângulo material, restou claro, o ato médico envolve processos de conhecimento e procedimentos de trabalho. Do ângulo formal, inobstante, o ato médico é sempre ato regado que serve a variadas finalidades e possui variadas naturezas. É, por exemplo, geralmente, elemento de eficácia de contrato de prestação de serviços em que se assume obrigação de meio. É, também em geral, requisito de validade de contratos diversos de aquisição de produtos e serviços no mercado como exames, remédios, tratamentos e cirurgias.

Embora importantes, essas naturezas, todavia, não são as mais relevantes para os fins a que me proponho neste texto. O ato médico no plano jurídico da existência é o que interessa. Como tal, o ato médico comporta ação, mas antes de tudo consiste numa declaração. É uma declaração que carrega em si uma mistura de linguagens como a meramente informativa e a marcadamente diretiva.¹³ Na medida em que o médico com o ato pretende descrever a informação acerca do estado de saúde do paciente, mas igualmente prescreve uma certa

¹³ Sobre as formas de linguagem, ver: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.73 e seguintes. ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2000, p.352 e seguintes.

conduta para a transformação de referido estado, ele intervém na esfera pessoal do paciente, ainda que seu juízo cognitivo conclua pela ausência de qualquer desequilíbrio corporal, já que toda intervenção está relacionada com a integridade física e psíquica do paciente, objetivando restabelecer o equilíbrio, mesmo quando atingido por sensações e percepções distorcidas. Como declaração, o ato médico é descritivo, isto é, informativo, mas também é prescritivo, isto é, diretivo. Nesse momento a declaração em que consiste o ato médico assume o caráter de opinião que é o núcleo de um dever profissional e igualmente de um direito individual. Entra em cena a discussão acerca do ato médico como exercício da liberdade de expressão de que tratarei a seguir.

5 LIMITES DA OPINIÃO MÉDICA

Ficou assentado que o ato médico, como declaração, tem caráter descritivo e prescritivo, informando sobre o estado de saúde do paciente e, caso julgue necessário, dirigindo a conduta para sua transformação. Nessa linha, de julgamento da correlação de meios disponíveis e fins adequados, o médico emite opinião que pode implicar responsabilidade, tomada como resultado de um dever profissional, mas emite opinião que há de ser protegida, se entendida como direito individual. Aqui está a tutela da liberdade de expressão que exige a compreensão da relação entre autonomia privada e soberania estatal.

Autonomia e soberania não se confundem. Dir-se-ia que a soberania é poder originário e que, ao contrário, a autonomia é poder derivado. Nessas concepções está clara a ideia de que soberania é um poder que se inicia fora do direito e que autonomia só se inicia dentro do direito. A soberania, assim, não teria limites jurídicos, enquanto a autonomia, por sua vez, só teria possibilidades nos limites do direito.¹⁴ A questão, contudo, é mais complexa.¹⁵

Soberania e autonomia não podem ser compreendidas como se residissem cada qual em um distinto mundo: a soberania, no mundo do ser; a autonomia, no mundo do dever. Soberania e autonomia só podem ser devidamente compreendidas como fenômenos, concomitante e conjuntamente, referidos a ambas dimensões do mundo social: a dimensão dos fatos e a dimensão das normas. Soberania e autonomia são fenômenos socialmente informados que são juridicamente conformados. Assim, tanto soberania quanto autonomia possuem limites jurídicos; pois, a soberania se justifica na medida em que protege a autonomia, e a autonomia se exerce na medida em que respeita a soberania.¹⁶

Ao poder soberano se deve acatamento na medida em que é exercido tendo em mira a realização da essência do poder autônomo. É indevido o respeito ao poder que não se pauta pela busca da afirmação de sua soberania, externa e internamente. Mas a busca de afirmação da soberania só se legitima na medida em que reconheça como legítimas outras soberanias e como legítimas as autonomias. A igualdade é o fundamento da busca pela afirmação da soberania. A soberania, assim, só pode ser devidamente compreendida como poder que se exerce com vistas à proteção das condições objetivas e subjetivas para a afirmação da

14 Em tal sentido, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.16 e seguintes. Também: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.248 e seguintes. De certo modo, também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.40 e seguintes.

15 Uma leitura imprecisa de Bodin costuma atribuir-lhe a ideia de que a soberania seria um poder sem limites. Tal, contudo, não lhe pode ser atribuída, pois sempre teve em mente a importância de submeter o poder do soberano aos ditames do direito. Ver, a respeito: KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002; BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

16 Soberania e autonomia são princípios de direito pressuposto, condicionantes da produção e da reprodução do direito posto. Sobre a ideia de direito pressuposto, ver: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

autodeterminação individual e coletiva.

Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem.

A tensão entre a igualdade e a liberdade exige a presença de um poder social específico que impeça a transformação da autodeterminação dos indivíduos e das coletividades em um poder supressivo da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esse, o poder soberano. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige, ademais, a presença de poderes sociais vários que impeçam a formação de um poder opressivo a partir da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esses, os poderes autônomos. Soberania e autonomia não estão, portanto, uma em relação à outra, livres.

Para delinear a autonomia, o direito posto deve, por isso, utilizar-se dos traços com os quais o direito pressuposto a desenhou. Lembro que o direito é linguagem. Certo que não é uma linguagem qualquer. O direito é uma linguagem que veicula o poder. Lembro, também, que o direito é poder.¹⁷ Mas não um poder qualquer. O direito é um poder que se manifesta pela linguagem. As questões jurídicas, assim, findam por encerrar problemas de ordem linguística, que podem se encontrar em textos, embora não necessariamente estejam. Mas as questões jurídicas encerram problemas que, textuais ou não, manifestam-se no tempo e no espaço. As questões jurídicas encerram problemas de linguagem, de uma linguagem processada em determinados contextos históricos e culturais. Por isso, descobrir qual o desenho dado pelo direito pressuposto à autonomia exige tanto a compreensão do conceito quanto de suas noções.¹⁸

Etimologicamente, o termo autonomia é expressivo de um dos três pilares da liberdade antiga, ao lado dos termos autarquia e autocrinia. Autocrinia expressa capacidade judiciária própria, possibilidade de julgar a si mesmo. Autarquia expressa a capacidade administrativa própria, possibilidade de governar a si mesmo. Autonomia expressa a capacidade legislativa própria, possibilidade de regular a si mesmo. A precisão do termo, verificada na linguagem antiga, contudo, perdeu-se.¹⁹ O substantivo autonomia tem-se feito acompanhar de diversos adjetivos, como uma estratégia para conferir ao termo a precisão perdida. Fala-se, por isso, em autonomia pública, autonomia privada, autonomia legislativa, autonomia administrativa, autonomia judiciária, autonomia estadual, autonomia municipal, autonomia distrital, autonomia institucional, autonomia orgânica, autonomia funcional, autonomia pessoal, autonomia individual, autonomia didática, autonomia científica, autonomia financeira, etc. Apesar disso, em todas essas adjetivações da autonomia, algo substancialmente idêntico se encontra: a ideia de um âmbito de organização e de atuação

17 Sobre o direito como linguagem e como poder, ver: REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

18 Sobre a distinção entre conceitos e noções, ver: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, apêndice.

19 A ponto de alguns defenderem a sua eliminação da linguagem jurídica. A respeito, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.15.

exclusivas, livres de quaisquer interferências externas.

Historicamente, essa ideia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas, também se mostra como persistente. Assim, embora se possa afirmar um conceito de autonomia, uma ideia de autonomia que se coloca fora do tempo e do espaço, formada a partir da raiz grega, certo é que uma tal ideia só se concebe na medida em que se concretize, mais ou menos, em cada tempo e em cada espaço. O conceito (fora do tempo e fora do espaço) de autonomia, portanto, depende das noções (no tempo e no espaço) de autonomia para adquirir sua principal potencialidade e para exercer sua principal função: a de ideia reguladora, apta a servir de guia para serem julgadas as noções.

Inexiste, portanto, a autonomia, senão no plano ideal. No plano material há autonomies. Há noções e tipos de autonomia que podem corresponder, em maior ou menor graus, ao conceito de autonomia. Há mínimos e máximos a serem respeitados, contudo; pois, se os termos não possuem essências, são arbitrários, não se referem a essências dos objetos, nem por isso eles são aleatórios, sem qualquer referência aos usos sociais nos mais variados contextos. Do contrário, a comunicação seria impossível.²⁰ Nesse sentido, há limites mínimos e máximos para que se possa falar adequadamente em autonomia. Se há um âmbito exclusivo de organização e de atuação, livre de quaisquer interferências externas, há autonomia, não importando, para tanto, sua amplitude. Se, porém, nada escapa a interferências externas, impossível falar em autonomia. Agora, com a devida compreensão do sentido e alcance do conceito e da noção de autonomia, posso concluir com a análise de suas implicações jurídicas. Já que afirmei a compreensão da autonomia privada só se mostra possível na sua relação com a soberania estatal e que ambas guardam seus quadrantes no direito, evidentemente que há um fundamento constitucional da autonomia privada, que a autonomia privada é fundada em norma constitucional, restando saber de qual espécie e as consequências de tal constatação.

Normas constitucionais, como quaisquer outras normas jurídicas, podem ser de duas espécies: princípios ou regras.²¹ Princípios são normas jurídicas dotadas de altíssimo nível de abstração e amplíssimo grau de generalidade e que, por isso, se referem imediata e diretamente a valores e mediata e indiretamente a fatos. Princípios são, portanto, normas predispostas à realização de valores. Por isso, seus conteúdos devem ser otimizados, tendo em vista a concretização máxima dentro do possível. Regras são, por seu turno, normas jurídicas dotadas de grau de abstração mais baixo e grau de generalidade mais restrito e que, por isso, se referem mediata e indiretamente a valores e imediata e diretamente a fatos. Regras são, portanto, normas predispostas à conformação de fatos. Por isso, seus conteúdos devem ser definidos, tendo em vista sua concretização dentro do exigível. Normas jurídicas, como parcelas do ordenamento jurídico, relacionam-se entre si, e, eventualmente, podem

20 Como mostrou Saussure apud FIORIN, José Luiz. *Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos*. São Paulo: Contexto, 2002, p.60 e seguintes. Também: WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.24 e seguintes.

21 Passo ao largo da profunda, extensa e rica discussão acerca da distinção entre princípios e regras. Uma análise crítica da distinção entre princípios e regras pode ser encontrada em: TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *Revista de Informação Legislativa*, volume 41, número 163, Brasília: Senado Federal, 2004; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação)*. São Paulo: Malheiros, 2003. Uma resenha dos diversos autores que trabalharam a distinção pode ser vista em: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. Tornaram-se obrigatórios, no estudo da distinção entre princípios e regras, dentre outros, os seguintes trabalhos: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978; SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

entrar em conflito. Princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, também podem, eventualmente, entrar em conflito. Uma regra pode entrar em conflito com outra regra; um princípio pode entrar em conflito com outro princípio. O conflito entre regras resolve-se pela exclusão. Estando duas regras em conflito, apenas uma delas continuará no ordenamento e apenas ela incidirá na situação. O conflito entre princípios se resolve pela ponderação.²² Apenas princípios válidos ingressam em conflito, por isso não se pode considerar a possibilidade de exclusão de um deles do ordenamento. Estando dois princípios em conflito, ambos serão ponderados de acordo com as necessidades da situação e poderão ambos incidir parcialmente na situação ou apenas um deles incidirá totalmente na situação. De qualquer modo, o princípio afastado, total ou parcialmente, permanece parâmetro apto a ser invocado em situações futuras; algo bem diverso do que acontece com a regra afastada, pois, excluída do ordenamento, deixou de ser parâmetro invocável em situações futuras.

Conforme essa classificação, a autonomia privada é princípio jurídico positivado ao nível constitucional, sofrendo a sorte de todos os princípios, mui especialmente o influxo de normas concorrentes (possibilidade, proporcionalidade em sentido estrito) e de fatos incidentes (necessidade e adequação, proporcionalidade em sentido amplo).

A liberdade de expressão, assim, fundada no exercício da autodeterminação por indivíduos e coletividades, há de ser compreendida nas fronteiras da ordem constitucional e, portanto, não é ilimitada. O exercício da liberdade de expressão, como direito fundamental de indivíduos e de coletividades, tem de observar os limites impostos pelos deveres diretos ou indiretamente dele decorrentes e pelos demais direitos com ele concorrentes nas situações concretas. A expressão, entendida como exteriorização do pensamento, encontra proteção pelo ordenamento quando se mostrar legítima. As pessoas devem ter plena liberdade para usar de seus próprios sentidos e colher informações sobre o mundo vivido e, a partir disso, formar suas impressões acerca das situações em que se encontrem. Não há possibilidade jurídica de controle das impressões, do pensar, do sentir, das percepções e das sensações. Mas a impossibilidade jurídica de controle das impressões que as pessoas venham a ter não significa que as pessoas possam exprimir quaisquer delas, em quaisquer circunstâncias e de quaisquer maneiras. A impressão subjetiva está fora do controle jurídico enquanto não tornada intersubjetiva, enquanto não inserida na esfera pública da troca de mensagens entre os membros da sociedade. A partir desse momento, a potencialidade fisicamente limitada de impressões acerca do mundo passa à categoria de liberdade juridicamente limitada de expressão dessas mesmas impressões.

Podemos agora voltar ao ato médico com algumas precisões. Antes vimos que o ato médico tem caráter cognitivo e laborativo. Como ato cognitivo, ele é uma narrativa que resulta de percepções e sensações do médico no seu contato com as percepções e sensações narradas pelo paciente. O ato médico não é apenas cognitivo, mas também laborativo. O ato médico, como ato cognitivo, tem na informação sobre o estado de saúde um meio, e, como ato laborativo, tem na transformação daquele estado de saúde um fim. A correlação entre meios e fins, todavia, demanda um julgamento de compatibilidade entre necessidade da informação e possibilidade de transformação. O julgamento desta compatibilidade faz do ato médico um ato descritivo e prescritivo. Junto ao caráter informativo do ato médico há claramente um caráter diretivo, mesmo que seja no sentido de permanecer passivo, posto

22 Sobre a ponderação, ver: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1.ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999.

que a passividade é uma possível direção adotada ante o evento. Importa ressaltar, nessa linha, que o ato médico como ato descritivo sofre as limitações subjetivas (de médicos e de pacientes) e objetivas (das circunstâncias de tempo e de espaço) na obtenção da informação. E como ato prescritivo tem respaldo da ordem jurídica no âmbito da relação entre médico e paciente. Para além disso, não. O julgamento médico é qualificado tecnicamente e legitimado socialmente, mas ainda assim é um julgamento, uma opinião, portanto. Opinião qualificada e legitimada, mas opinião.

A relação entre médico e paciente possui assimetrias porque assimétricas as posições dos sujeitos, por motivos intelectuais ou por motivos emocionais. É claramente uma relação de autoridade dada a legitimação social da posição do profissional da medicina e da fragilidade natural do paciente acometido por alguma espécie de desequilíbrio corporal. A manifestação do médico é, assim, dotada de tamanha relevância que pode fazer da escolha do paciente algo meramente simbólico. Eis aqui o maior risco da manifestação do profissional da medicina para além do ambiente do consultório, para além da relação, para além do auditório particular. A manifestação do médico transportada do auditório particular para o auditório universal transfigura opinião em verdade. De um juízo singular jamais seria aceitável derivar um juízo universal. Mas a qualificação técnica e a legitimação social do médico operam o milagre ideológico de converter sua argumentação em defesa de uma mera opinião individual em uma demonstração de superior verdade profissional.

Outra razão não há para que do ângulo ético haja a exigência de comportamento comedido ao profissional da medicina na esfera pública, especialmente lembrando-o de que seu fazer profissional deve respaldar-se no saber produzido pela ciência (CFM, Resolução 1.974/2011). Quero, porém, dizer que também do ângulo jurídico a exigência se apresenta e com mais força. É preciso que digamos claramente que a prática médica não se confunde com a ciência médica, tendo cada qual seus próprios estatutos ontológicos, gnosiológicos e epistemológicos. Cabe à ciência médica, ao lado das demais ciências naturais e sociais, submeter o conhecimento empírico e teórico à constante crítica, construindo consensos sempre provisórios em torno de certas premissas. A provisoriedade das conclusões científicas é justamente o que lhes dá legitimidade na medida em que a ciência não trabalha com dogmas. Entretanto, a crítica às conclusões científicas só se concebe através dos parâmetros científicos. A ausência de dogmas não autoriza a crítica por meio de dogmas.

Desde o início da pandemia temos sofrido uma avalanche de informações acerca da infecção causada pelo vírus da família corona que foi batizado de COVID-19. Notícias sobre a evolução do contágio são divulgadas a todo momento nas emissoras de rádio e de televisão, nos sítios eletrônicos e redes digitais e aplicativos de mensagens. Parcela considerável de atores sociais e agentes políticos inicialmente negou a existência do vírus, depois recusou seu potencial agressivo e, por fim, passou a defender tratamentos sem qualquer respaldo científico e, em alguns casos, comprovadamente inertes e, até mesmo, perigosos. Dentre todos, causa maior de espanto adveio de profissionais da medicina que, respaldando-se em restrita experiência clínica própria ou escorando-se em legitimidade pregressa obtida com pesquisas científicas sem relação alguma com o novo vírus, publicamente adotaram posturas de defesa de estratégias de enfrentamento da pandemia totalmente descompassadas com o atual estágio do conhecimento científico. Um discurso que rejeite as conclusões científicas sem refutá-las de acordo com parâmetros científicos é simples opinião fundada em dogma da pior espécie, o dogma nascido da escravidão de uma prática cega ou com olhos abertos para algo bem diferente da preocupação com a preservação da vida. A qualificação técnica e a legitimação social do profissional da medicina não o autorizam a apresentar uma opinião

que lhe seja tão particular a ponto de sua preservação depender puramente da ausência de contestação da percepção ou da sensação de um ou de alguns indivíduos. A expressão de certas impressões não traduz uma manifestação da jurídica liberdade fundamental de opinião, mas, por vezes, um ataque antijurídico à liberdade de informação qualificada de que a sociedade deve usufruir.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chego ao final com a convicção de que há de se defender com todas as forças do espírito a liberdade de expressão como instrumento para o exercício da autodeterminação de indivíduos e de coletividades. Entretanto, a liberdade de expressão não pode ser vista como a liberdade sem medida, sem limite. A liberdade de expressão há de estar acoplada ao direito de informar-se e informação só se obtém qualificadamente. A liberdade de expressão que se tutela no âmbito privado para profissionais da medicina não se tutela da mesma forma na esfera pública. A manifestação pública de profissionais da medicina esborda os limites da relação entre médico e paciente e, por conta da posição de autoridade que ostentam, deve observar cuidados redobrados quanto à exposição acerca de temas a envolver a saúde humana, respaldando-se no conhecimento científico produzido. Tratamentos cuja eficácia não seja comprovada ou que comprovadamente não tenham qualquer eficácia jamais devem ser recomendados por profissionais da medicina no âmbito particular e, com maior razão ainda, na esfera pública. Se dos profissionais da medicina, qualificados tecnicamente e legitimados socialmente, exige-se comedimento e, no limite, abstenção, com maior razão exige-se de outros profissionais que, por suas funções, tenham ampla exposição midiática como, por exemplo, artistas, desportistas e, mui especialmente, políticos. Àquela legião que, segundo Eco, obteve a voz com o surgimento das redes sociais, pede-se calma.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2000.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação)*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed., reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978.

- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIORIN, José Luiz. *Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos*. São Paulo: Contexto, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- KRITSCH, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MONTORO, André Franco. *Dados preliminares de lógica jurídica*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre princípios y normas: problemas de razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. *Revista de Informação Legislativa*, volume 41, número 163. Brasília: Senado Federal. 2004.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed., 2. versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS SOBRE A PANDEMIA

Émilien Vilas Boas Reis

Pós-doutor em Filosofia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Portugal). Doutor e Mestre em Filosofia pela PUCRS. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Pesquisa “Por uma justiça ambiental: estudos de Filosofia do Ambiente e de Ética Ambiental para um novo Direito Ambiental”.

Marcelo Antônio Rocha

Mestre e Especialista em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Grupo de Pesquisa “Por uma justiça ambiental: estudos de Filosofia do Ambiente e de Ética Ambiental para um novo Direito Ambiental”.

Sumário: 1 Introdução; 2 Judith Butler, as novas formas de desigualdade e discriminação; 3 Slavoj Žižek, mudando para deixar tudo como está; 4 Boaventura de Souza Santos, porque tudo se dissolve no ar; 5 Giorgio Agamben, a invenção de uma epidemia; 6 Peter Singer, o especismo como causa da pandemia; 7 Considerações finais; Referências.

*A terra totalmente esclarecida resplandece
sob o signo de uma calamidade triunfal.
Adorno e Horkheimer*

1 INTRODUÇÃO

Se tomarmos como verdadeira a lição de Hegel que nos ensina que “a coruja de Minerva alça seu voo somente com o início do crepúsculo”, a questão sobre como os filósofos têm pensado a pandemia de Covid-19 torna-se sem sentido. A Filosofia, sendo uma ciência inútil, não tem capacidade de nos oferecer uma resposta mais relevante para os problemas causados pela doença do que a Medicina e a Enfermagem. Nesse sentido, até o Direito Ambiental pode nos esclarecer e orientar com mais precisão e eficácia do que a Filosofia. Afinal, qualquer pergunta que se faça a Platão, por exemplo, terá como resposta muito mais uma lição sobre a sua Teoria das Ideias do que sobre o próprio problema que gerou a pergunta. Isso não é um defeito da Filosofia, é só uma característica distintiva.

Não é tarefa do filósofo oferecer soluções para os problemas do dia a dia. Nisso os filósofos se distinguem dos médicos e enfermeiros, profissionais que lidam necessariamente com a realidade concreta do cotidiano e dos problemas humanos. O filósofo trabalha com a criação de narrativas mais ampliadas sobre a condição humana. Porém, por outro lado, como os filósofos vivos também precisam justificar a sua existência enquanto trabalhadores e consumidores, alguns dos filósofos mais importantes atualmente têm feito um esforço para pensar o problema da pandemia a partir dos seus próprios conceitos. Há um esforço de criação de narrativas que sejam capazes de dar um sentido para a inesperada e inusitada situação suscitada pela doença.

O vírus responsável pela pandemia, o SARS-CoV-2 (ou Covid-19)¹, faz parte de uma família de vírus conhecida por provocar doenças respiratórias em animais e seres humanos. Os coronavírus são conhecidos desde a década de 1960 e os tipos que provocaram casos mais graves de doenças foram os causadores da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), identificada em 2002, e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS), identificada em 2012. Um dos diferenciais do Covid-19 em relação aos outros tipos de coronavírus é a sua alta capacidade de contágio, inclusive pessoas assintomáticas podem transmitir a doença sem sequer saberem que estão contaminadas.

O novo coronavírus foi descoberto no dia 31 de dezembro de 2019² na província de Hubei, na China, a partir do registro de diversos casos de infecção. Acredita-se que o novo vírus é originário de morcegos, assim como os outros tipos de coronavírus. Provavelmente, o vírus sofreu uma mutação natural e passou a infectar seres humanos. Atribui-se ao chamado “mercado úmido” da cidade de Wuhan a origem da primeira contaminação. As péssimas condições sanitárias desse mercado contribuíram para a proliferação do vírus. O surto de SARS em 2002 também teve origem em um “mercado úmido” na Província de Guangdong. Neste tipo de mercado, animais silvestres e domésticos são amontoados para o abate de uma forma que mantenham uma proximidade que não teriam em condições naturais. Essa proximidade propicia a troca de vírus entre os animais, gerando mutações e infecções cruzadas. No caso de Wuhan, ainda não se sabe se a infecção veio diretamente do morcego

1 FIOCRUZ. Quais os sintomas do coronavírus. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/quais-os-sintomas-do-coronavirus>. Acesso em: 30 ago. 20.

2 SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola. Os dois lados sombrios do Covid-19, 02/02/20. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/wet-markets-breeding-ground-for-new-coronavirus-by-peter-singer-and-paola-cavaliere-2020-03>. Acesso em: 15 jul. 20.

ou de algum outro animal infectado pelo morcego. De qualquer forma, resta claro que a disseminação de todos os tipos de coronavírus é resultado de um problema ambiental que envolve desde os maus tratos aos animais até a falta de condições sanitárias adequadas.

A transmissão do vírus ocorre de pessoa a pessoa por gotículas respiratórias, por meio de tosse ou espirro, pelo toque ou aperto de mão ou pelo contato com objetos ou superfícies contaminadas, seguido, então, de contato com a boca, nariz ou olhos. Os sintomas da infecção são principalmente respiratórios³, como a tosse, febre, coriza e dor de garganta. Em alguns casos, a doença respiratória pode evoluir para uma pneumonia, comprometendo o funcionamento dos pulmões e levando o paciente à óbito. Outros sintomas também são relatados, como a perda do olfato ou paladar, conjuntivite, náuseas, dor de estômago, diarreia, dor de cabeça, lesões de pele e alteração do nível de consciência. Porém, ainda não são conhecidos todos os efeitos negativos do coronavírus no corpo humano. Além das mortes causadas por insuficiência respiratória, há registros de mortes também por insuficiência cardíaca⁴.

A pandemia foi declarada pela OMS (Organização Mundial da Saúde) no dia 11 de março de 2020, diante do aumento exponencial de casos de infecção e mortes em todo o planeta. Desde então, diversas medidas restritivas de liberdade foram adotadas pelos governos, com o objetivo de diminuir o contágio, até que os cientistas desenvolvam uma vacina capaz de bloquear os efeitos nocivos do Covid-19 sobre o corpo humano. Dentre as medidas restritivas estão o confinamento das pessoas em suas casas, a restrição de locomoção nas ruas, o fechamento do comércio, das indústrias e dos estabelecimentos de ensino. Essa situação inusitada causada pela pandemia tem suscitado debates em torno dos temas da crise ecológica e do papel dos governos e do mercado diante dos efeitos da doença. Os temas mais comuns passam pela discussão sobre a responsabilidade humana pelo bem-estar dos animais, o modo como a doença tem causado mais danos nas pessoas em situação de pobreza, o auxílio às pessoas em situação de risco e sem renda mínima e a falta de saneamento básico que dificulta uma higienização adequada para conter o avanço do vírus.

Este texto traz as considerações dos pensadores Judith Butler, Slavoj Žižek, Boaventura de Souza Santos, Giorgio Agamben e Peter Singer sobre os efeitos sociais, morais e políticos da pandemia de Covid-19. No geral, são pessimistas em relação aos efeitos da pandemia, mas também veem na crise causada pela doença uma oportunidade de mudança social. Cada um pensa a pandemia de acordo com as particularidades de sua própria teoria. Porém, todos consideram que, além da doença e das mortes, os aspectos negativos mais relevantes da pandemia são: 1. a facilidade com que a população aceitou a imposição do isolamento social e a limitação das liberdades individuais; 2. o modo como a desigualdade social tornou-se também um fator determinante de sobrevivência e dignidade; 3. a decretação de um estado de exceção como o novo normal; 4. a necessidade de mudança de paradigma ético e político com o objetivo de solucionar o problema da crise ecológica e da emergência ambiental.

2 JUDITH BUTLER E AS NOVAS FORMAS DE DESIGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO

Judith Butler é atualmente uma das pensadoras mais representativas da reflexão ética e política acerca do feminismo e da teoria *queer*. Seus trabalhos giram em torno da

3 FIOCRUZ. Quais os sintomas do coronavírus. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/quais-os-sintomas-do-coronavirus>. Acesso em: 30 ago. 20.

4 FAPESP. Novo coronavírus também causa morte por insuficiência cardíaca. Disponível em: <https://agencia.fapesp.br/novo-coronavirus-tambem-causa-morte-por-insuficiencia-cardiaca/33635/>. Acesso em: 30 ago. 20.

crítica à cultura do gênero binário, considerando outras formas de identificação do indivíduo para além daquelas categorias pré-determinadas pela herança cultural do denominado patriarcado ocidental.

Em texto tratando do Covid-19 e suas relações com o nosso imaginário social e político⁵, Butler aponta para o reconhecimento da interdependência global no novo tempo e espaço da pandemia. Por seu caráter transfronteiriço e alta capacidade de contaminar pessoas de todos os extratos sociais, o vírus exige uma reflexão sobre igualdade, interdependência global e certas obrigações de uns com os outros. Não fazendo distinção, o vírus trata todos com igualdade e, nivelando de forma precária, contamina qualquer um e se propaga com rapidez, colocando a insuficiência e a miséria da condição humana diante da humanidade. O ser humano é um ente da natureza e relacional, o que faz com que seja afetado pelo vírus de igual forma.

A forma como os Estados tem lidado com o combate ao vírus, sua propagação e seus efeitos, tem sido determinante na defesa da saúde das pessoas. A morosidade, às vezes proposital, de alguns Estados no sentido de se prepararem para um atendimento eficaz à população, o interesse capitalista e os ânimos racistas, sexistas e xenofóbicos têm contribuído para o avanço da doença e a condenação à morte daqueles mais vulneráveis. O vírus ataca a todos igualmente, porém, as políticas públicas determinam aqueles que serão os mais afetados. As políticas públicas discriminam. E os mais pobres e em situação de vulnerabilidade social são os que sofrem os maiores danos causados pelo vírus, seja por perda do emprego, morte ou sequelas da doença. A avidez dos empreendedores para lucrarem com o sofrimento global mostra a velocidade com a qual a desigualdade radical - aquela desigualdade historicamente produzida contra as mulheres e contra as populações *queer* e trans - e a exploração capitalista encontram formas de produzir e fortalecer seus poderes nas regiões mais afetadas. Diante da ameaça de morte e da perda de renda, todos sucumbem e aquele que podem, devem se render a um novo sistema de necessidades.

Um exemplo da ganância e da insensibilidade diante dos efeitos globais da pandemia é a tentativa de compra, por parte do governo norte-americano, de direitos exclusivos sobre as vacinas contra Covid-19, que ainda estão em fase de testes. Preocupado com os efeitos negativos da pandemia no seu governo e pensando numa possível reeleição para presidência dos EUA, Donald Trump tem tentado comprar produções inteiras de lotes de vacinas para imunizar primeiro o povo americano, desconsiderando os interesses e necessidades de outros povos. De um lado, temos um país com condições de comprar os lotes de vacinas antes mesmo que elas existam. De outro, temos grandes conglomerados químicos e farmacêuticos apostando num lucro global e gigantesco como a venda da vacina. Poder político e poder econômico determinando juntos o destino de povos e nações. Sobre essa questão afirma Butler:

Não faz sentido recolocar novamente a questão, o que Trump estava pensando? A questão foi levantada tantas vezes em um estado de completa exasperação que não podemos nem ficar surpresos. Isso não significa que nossa raiva diminui com cada nova instância de auto-engrandecimento antiético ou criminoso. Se ele tivesse êxito no seu esforço de comprar uma potencial vacina e restringir seu uso apenas aos cidadãos estadunidenses, será que ele acredita que esses cidadãos aplaudiriam seus esforços, extasiados com a ideia de estarem livres de uma ameaça mortífera quando

5 BUTLER, Judith. Covid-19: O capitalismo tem seus limites, 20/03/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/03/20/judith-butler-sobre-o-covid-19-o-capitalismo-tem-seus-limites/>. Acesso em: 01 set. 20.

outros povos não estão? Será que eles realmente adorariam esse grau de desigualdade social radical, de excepcionalíssimo americano, e validariam sua forma “brilhante” (a palavra é dele) de fechar um negócio? Será que ele imagina que boa parte das pessoas pensa que é o mercado que deve decidir como a vacina será desenvolvida e distribuída? Seria sequer concebível no interior do mundo dele insistir em uma preocupação mundial de saúde que deveria transcender a racionalidade de mercado numa hora destas? Ele está certo em supor que nós também vivemos no interior dos parâmetros de um mundo imaginado desses?⁶

A disponibilidade de uma vacina eficaz contra o Covid-19 será fator de discriminação e segregação. Haverá uma corrida pela imunização e as pessoas serão divididas entre os imunizados (fortes) e os não-imunizados (fracos). Haverá uma corrida desigual pela imunização e os que podem pagar pela vacinação estarão livres mais uma vez para se adaptarem ao (novo) normal. Diante da natureza que iguala os seres humanos, mais uma vez, cria-se a impressão de que o mundo é dos que podem mais:

Nós certamente veremos os ricos e os plenamente assegurados correrem para garantir acesso a qualquer vacina dessas quando ela se tornar disponível, mesmo que o modo de distribuição só garanta que apenas alguns terão esse acesso e outros serão abandonados a uma precariedade continuada e intensificada. A desigualdade social e econômica garantirá a discriminação do vírus. O vírus por si só não discrimina, mas nós humanos certamente o fazemos, moldados e movidos como somos pelos poderes casados do nacionalismo, do racismo, da xenofobia e do capitalismo. Parece provável que passaremos a ver no próximo ano um cenário doloroso no qual algumas criaturas humanas afirmam seu direito de viver ao custo de outras, reinscrevendo a distinção espúria entre vidas passíveis e não passíveis de luto, isto é, entre aqueles que devem ser protegidos contra a morte a qualquer custo e aqueles cujas vidas são consideradas não valerem o bastante para serem salvaguardadas contra a doença e a morte.⁷

Por fim, a autora destaca a importância da garantia de acesso universal à saúde através de uma saúde pública comprometida com as pessoas e não com o interesse político ou comercial de uns poucos contra a maioria da população. A pandemia oferece a oportunidade para discutir democraticamente sobre o que acontece em todos os setores da vida pública e também sobre em quais modelos de sociedades se quer viver. Porém, a criação de políticas públicas que valorizam a vida de todos os cidadãos, sem nenhuma forma de discriminação, exige a participação ativa e o compromisso de todos.

3 SLAVOJ ŽIŽEK, MUDANDO PARA DEIXAR TUDO COMO ESTÁ

Slavoj Žižek é considerado um dos principais teóricos da pós-modernidade. Sob uma certa influência marxista, o autor tem se debruçado sobre temas como a cultura, a política, a ideologia, a violência e outros, numa tentativa de apontar as falhas e entraves à emancipação humana no mundo pós-moderno.

Em seu texto “A dialética paralisada pela pandemia”, Žižek faz uma análise das

6 BUTLER, Judith. Covid-19: O capitalismo tem seus limites, 20/03/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/03/20/judith-butler-sobre-o-covid-19-o-capitalismo-tem-seus-limites/>. Acesso em: 01 set. 20.

7 BUTLER, Judith. Covid-19: O capitalismo tem seus limites, 20/03/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/03/20/judith-butler-sobre-o-covid-19-o-capitalismo-tem-seus-limites/>. Acesso em: 01 set. 20.

repercussões negativas da pandemia a partir da seguinte declaração do diretor geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus:

A maior ameaça diante da qual nos deparamos agora não é o vírus em si, é a falta de liderança e solidariedade a nível global e nacional. Não conseguiremos derrotar essa pandemia se permanecermos divididos enquanto mundo. A pandemia da covid-19 é um teste de solidariedade e liderança globais. O vírus floresce com a divisão, mas é aplacado quando nos unimos.⁸

Assim como Judith Butler, Žižek chama a atenção para o fato de que os governantes têm um papel fundamental na busca da melhor solução possível para o problema da pandemia. Essa solução deve estar de acordo com o interesse do povo, não de acordo com o interesse do capital.

Um dos efeitos da pandemia foi trazer à luz a extrema pobreza de grande parte da população. Pobreza que não estava na ordem do dia, nas discussões políticas e nem nas redes sociais. A pobreza foi resolvida como sendo um fato da vida ou infortúnio pessoal daqueles mais fracos ou menos esforçados. Mas, diante do medo do contágio global e da ideia de que os pobres seriam os grandes propagadores da doença, porque são em grande número e mais vulneráveis, o problema da pobreza extrema se tornou um entrave à nossa volta à normalidade administrada pelo interesse capitalista. Nesse sentido, Žižek cita Philip Alston:

O coronavírus meramente explicitou a pandemia pré-existente de pobreza. A covid-19 chegou em um mundo no qual a pobreza, a desigualdade extrema e o desprezo diante da vida humana estão se alastrando, e no qual políticas econômicas e estruturas jurídicas são concebidas a fim de gerar e sustentar riqueza para os mais poderosos, não para erradicar a pobreza.⁹

A solução para o problema da pandemia passa pela solução do problema da pobreza extrema. Porém, mesmo existindo meios para mitigar a pobreza, não há interesse dos reais fatores de poder, políticos e empresários/investidores, naquelas pessoas que não são por si mesmas suficientemente rentáveis. Infelizmente, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana passa pela capacidade de cada um para se tornar empreendedor de si mesmo.

Todos conhecem as causas e efeitos da pandemia. Porém, há uma negação generalizada da doença quando se é confrontado com a necessidade de adoção de medidas drásticas para o controle ou erradicação da doença. Há críticas ao *lockdown* e cansaço do isolamento social, apesar do vírus seguir sua “jornada” de contaminação, doença e morte. Não houve um arrefecimento de fato da doença e a segunda onda de contágio na Europa é uma prova disso. Afirma Žižek:

Agora que as infecções de covid-19 estão aumentando e as pessoas voltam a se preocupar, as novas medidas restritivas são anunciadas mas sempre junto com uma ressalva explícita ou ao menos implícita dizendo: “mas não haverá retorno a um lockdown total, a vida pública continuará...” Essa ressalva ecoa as queixas de muitas pessoas: “Eu não aguento mais [um lockdown total]. Quero minha vida normal de volta!” Por que? Terá sido

8 DW. “Mundo não pode derrotar a pandemia dividido”, diz OMS, 09/07/20. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/mundo-n%C3%A3o-pode-derrotar-a-pandemia-dividido-diz-oms/a-54114610>. Acesso em: 15 jul. 20.

9 ALSTON, Philip. Covid-19 has revealed a pre-existing pandemic of poverty that benefits the rich, 11/07/20. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2020/jul/11/covid-19-has-revealed-a-pre-existing-pandemic-of-poverty-that-benefits-the-rich>. Acesso em 01 set. 20.

o lockdown uma paralisia desprovida de dialética (para inverter o famoso tema benjaminiano da “dialética paralisada” [*Dialektik im Stillstand*])? Nossa vida social não está paralisada por estarmos tendo que obedecer a regras de isolamento social e quarentena – em tais momentos de (ou do que pode parecer uma) paralisia as coisas estão mudando radicalmente. A rejeição ao lockdown é na verdade uma rejeição à mudança. (...) Ignorar isso significa nada menos que um tipo de psicose coletiva. Escuto nas queixas contra o lockdown uma confirmação inesperada da afirmação de Jacques Lacan de que a normalidade é uma versão de psicose. Exigir um retorno à normalidade hoje implica um fechamento psicótico ao real do vírus – seguimos agindo como se a infecção na realidade não ocorresse. (...) De maneira insuperavelmente irônica, o retorno à normalidade torna-se assim o gesto psicótico supremo, o emblema da loucura coletiva.¹⁰

O comportamento obsessivo e a histericização dos modos daqueles que têm um comportamento perverso ou psicótico também são sintomas dessa loucura coletiva. Enquanto alguns vivenciam suas pulsões instintuais no ritual de purificação, asseio e desinfecção de si mesmos e do ambiente, outros encontram na pandemia a liberdade para a manifestação do seu ódio e intolerância. A promessa de transformação da humanidade, a crença de que a humanidade sairá da pandemia mais forte, unida e melhor foram corrompidas pelo apego ao eterno normal da vida administrada e alienada. Não há preocupação em se ocupar com os pobres, os doentes ou os sem emprego. E todo o movimento para enfrentar a pandemia foi programado para deixar tudo como estava. Não haverá nenhuma mudança de fato. É preciso voltar ao conhecido ciclo de alienação, produção e consumo. Talvez uma catástrofe não anuncie uma nova era de esclarecimento, mas sim o anúncio do pior que ainda virá:

Hegel não disse simplesmente que não se aprende nada da história, ele disse que única coisa que aprendemos com a história é que não há nada a se aprender com ela. É claro que “aprendemos com a história” no sentido de reagir às catástrofes do passado, de incluí-las nas narrativas de um possível futuro melhor. Digamos, depois do horror da Primeira Guerra Mundial, as pessoas ficaram completamente horrorizadas e formaram a Liga das Nações a fim de evitar futuras guerras – mas o que veio em seguida foi a Segunda Guerra Mundial. Aqui sou um pessimista hegeliano: cada trabalho de luto, cada simbolização de uma catástrofe deixa algo de fora e assim abre um caminho para uma nova catástrofe. E não adianta ter consciência do perigo que nos aguarda. Basta lembrar do mito de Édipo: seus pais sabiam o que ocorreria, e a catástrofe se realizou porque tentaram evitá-la... sem a profecia que comunicou a eles o que aconteceria, a catástrofe não teria se realizado.¹¹

Os efeitos da pandemia certamente serão ainda sentidos nos próximos anos. A recessão econômica, a transformação das relações de trabalho e a incapacidade dos governos de oferecerem a população em geral acesso à saúde e educação de qualidade causarão o desemprego e a perda de renda de milhões de pessoas de forma global. Para estes, não haverá volta ao eterno normal administrado e a pandemia será lembrada como o menor dos seus males.

Žižek também questiona os limites do capitalismo, que exige que alguns devam morrer,

10 ŽIŽEK, Slavoj. A dialética paralisada da pandemia, 20/07/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/20/zizek-a-dialetica-paralisada-da-pandemia/>. Acesso em: 01 set. 20.

11 ŽIŽEK, Slavoj. A dialética paralisada da pandemia, 20/07/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/20/zizek-a-dialetica-paralisada-da-pandemia/>. Acesso em: 01 set. 20.

os mais velhos, para que o sistema de alienação, produção e consumo continue garantindo o pão de cada dia. Todos sabem que o sistema capitalista é sacrificial e se retroalimenta do gozo adiado. É preciso se sacrificar agora para gozar mais tarde:

Com a epidemia da covid-19, a verdade sacrificial do capitalismo veio à tona. De que forma? Somos abertamente solicitados a sacrificar (parte das) nossas vidas agora a fim de manter a economia rodando. Estou me referindo aqui à maneira pela qual alguns dos seguidores de Trump, por exemplo, diretamente exigiram que pessoas maiores de 60 anos de idade deveriam aceitar morrer a fim de sustentar o “*american way of life*” capitalista... É claro, os trabalhadores que exercem profissões perigosas (mineradores, metalúrgicos, caçadores de baleias) já vêm arriscando suas vidas há séculos – isso sem falar nos horrores da colonização, em que quase metade da população indígena foi erradicada – mas agora o risco está direto e explicitamente formulado, e não é exclusivo aos pobres. Pode o capitalismo sobreviver a essa mudança? Penso que não: ela sobrepuja a lógica do gozo eternamente adiado que permite com que o capitalismo funcione.¹²

A superação da pandemia e a volta ao eterno normal administrado não vai conduzir a uma humanidade esclarecida, mais forte e unida. Pelo contrário, vai colocá-la diante dos problemas que já existiam e se agravaram com o surgimento da pandemia. Os velhos problemas não resolvidos do passado retornarão. Será preciso enfrentar o problema do desemprego, da crise ecológica, do ódio e da intolerância. Talvez a maior contribuição da pandemia tenha sido estabelecer com clareza o lugar de cada um no mundo pós-pandemia. O lugar dos que ainda podem adiar o gozo e o lugar dos que estão definitivamente castrados e impotentes.

Os governantes e os empresários/investidores não têm nada de melhor reservado para as pessoas depois da pandemia, ambos continuam vendendo a própria alma para obterem cada vez mais lucro e poder. Por isso, defendem uma volta ao trabalho e consumo. É preciso voltar com rapidez à normalidade para atender o interesse do mercado, mas essa volta deve ser manipulada de tal forma que pareça ser um desejo legítimo de todos e não uma imposição. É preciso manipular, forçar um consenso, para que as próprias pessoas queiram arriscar a sua vida e de seus familiares para acalmar os nervos do mercado:

A ideologia encontra formas de perverter tais gestos nobres: ela pode fazer com que a vítima, e não o criminoso, voluntariamente apague quaisquer traços do crime e apresentá-lo como um ato de seu próprio livre arbítrio. Não é isso que milhares de pessoas comuns que se manifestam reivindicando o fim do *lockdown* estão fazendo no “paraíso” chamado Estados Unidos? Voltar rápido demais à “normalidade”, como defende Trump e sua gestão, expõe muitas pessoas à ameaça potencialmente mortífera de infecção – mas ainda assim há pessoas exigindo isso, encobrendo assim quaisquer traços do crime de Trump (e do capital). No início do século XIX, muitos trabalhadores de mineração no País de Gales recusavam o uso de capacetes e outros equipamentos protetores caros, mesmo que com eles reduzia-se drasticamente a possibilidade de acidentes fatais (que abundavam nas minas de carvão) – isso porque os custos dos equipamentos seriam deduzidos diretamente de seus salários. Hoje parece que regredimos ao mesmo cálculo desesperado, que não passa de uma nova versão invertida da velha

12 ŽIŽEK, Slavoj. A dialética paralisada da pandemia, 20/07/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/20/zizek-a-dialectica-paralisada-da-pandemia/>. Acesso em: 01 set. 2020.

escolha forçada entre “dinheiro ou vida” (na qual, é claro, você opta pela vida, mesmo sendo uma vida miserável). Se hoje um trabalhador optar pela “vida” em vez do “dinheiro”, ele acaba perdendo os dois, de modo que a única opção é retornar ao trabalho para poder ganhar dinheiro a fim de sobreviver – mas a “vida” que resta é brutalmente limitada por uma ameaça de infecção e morte. Trump não é culpado de matar os trabalhadores, afinal eles fizeram uma escolha livre – mas ele é sim culpado de oferecer aos trabalhadores uma escolha “livre” na qual a única forma de sobreviver é arriscando a própria vida, e ele os humilha ainda mais colocando-os em uma situação na qual precisam manifestar seu “direito” de morrer no local de trabalho.¹³

Contra a manipulação e dominação é preciso propor algum tipo de organização global capaz de controlar e regular a economia, bem como limitar a soberania de Estados-nação quando assim for necessário. Žižek considera que se torna imperativo refletir e discutir sobre o significado básico do que é ser humano, do compromisso das ações com os anseios e do impacto das ações sobre todas as coisas.

4 BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, PORQUE TUDO SE DISSOLVE NO AR

O pensador português Boaventura de Souza Santos atualmente é um dos nomes mais importante da Sociologia do Direito, trabalhando sobretudo com a possibilidades de releituras da história do pensamento a partir de novas formas de epistemologias locais que respeitam a cultura nativa de cada povo. Em geral, o autor se dedica a promoção e valorização de uma justiça cognitiva global.

Souza considera que

O vírus é um professor no sentido de que ele está nos dando várias lições. O problema é saber se nós vamos escutar e aprender. O cruel é que a única maneira que o vírus tem de nos ensinar é matando, matando inocentes, milhares e milhares deles. (...) O vírus é um professor que está nos ensinando que a Mãe Terra não está satisfeita com o modelo de desenvolvimento que temos. Nós somos uma parte muito pequena, ínfima, da vida no planeta. Só representamos cerca de 0,01% da vida no planeta, e apesar disso estamos dispostos a destruir o resto da vida. Então, a natureza se defende, e está nos dizendo “assim não, se continuar assim, haverá mais pandemias”. Estamos destruindo florestas, poluindo a água, minerando a céu aberto, expulsando indígenas, agricultores (...) Para uma exploração de recursos naturais sem limites (...) Com um tremendo aquecimento global.¹⁴

Em seu texto “Coronavírus: tudo o que é sólido se desmancha no ar”¹⁵, Santos analisa as consequências da pandemia a partir da perspectiva de que os efeitos negativos da propagação do Covid-19 sobre o sistema de alienação, produção e consumo capitalista tornará mais difícil a garantia de condições mínimas de existência para as populações que já estavam vivendo sob extrema pobreza. Assim como Butler e Žižek, Santos acredita que a pandemia oferecerá novas possibilidades de acertos dos mecanismos de produção capitalista, de investimentos no mercado financeiro e da obtenção de lucro, mas não trará

13 ŽIŽEK, Slavoj. Morte no paraíso: violência policial, pandemia e o crime do capital, 01/06/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/06/01/zizek-morte-no-paraiso-violencia-policial-pandemia-e-o-crime-do-capital/>. Acesso em: 01 set. 20.

14 PICHEL, Mar. ‘O coronavírus é um professor cruel porque ensina matando’, diz o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, 04/07/20. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-53281462>. Acesso em: 04 jul. 20.

15 SANTOS, Boaventura de Souza. Coronavírus: tudo o que é sólido se desmancha no ar, 02/04/2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/04/02/coronavirus-tudo-o-que-e-solido-desmancha-no-ar/>. Acesso em: 05 ago. 20.

uma nova esperança de diminuição das desigualdades sociais.

Santos considera que a atual pandemia não se contrapõe a uma situação de normalidade. Não havia um estado de normalidade antes da pandemia. Desde que o neoliberalismo se afirmou como o padrão capitalista, submetido à lógica do mercado financeiro, a partir da década de 1980, vive-se num estado permanente de crise. Tal crise possui caráter anômalo:

Por um lado, a ideia de crise permanente é um oxímoro, já que, no sentido etimológico, a crise é por natureza excepcional e passageira e constitui a oportunidade para ser superada e dar origem a um melhor estado de coisas. Por outro lado, quando a crise é passageira, ela deve ser explicada pelos fatores que a provocam. Mas quando se torna permanente, a crise transforma-se na causa que explica tudo o resto.¹⁶

Essa crise permanente provocada pelo neoliberalismo tem como objetivo não ser resolvida nunca. Sua função é servir de justificativa para os cortes nos investimentos sociais nas áreas da saúde, educação, previdência social e no corte de salários e direitos trabalhistas. Até a preservação do meio ambiente pode ser tomada como causa que alimenta a crise, por isso, é preciso colocar toda a natureza à disposição humana. Dessa forma, são alimentadas a escandalosa concentração de riqueza e a catástrofe ecológica.

Vivendo de acordo com a correria do dia a dia, é sugerido tomar o tempo do horário de trabalho como referência para todas as relações, desde o sono até a dieta e o amor. Condicionando a existência de acordo com a disposição para o trabalho, acredita-se que o cuidado de si e das pessoas próximas seja adiado eternamente. Afinal, nunca há tempo de sobra suficiente. Mas, o isolamento social que impôs a pandemia, trouxe de volta a possibilidade de conviver de perto com os familiares, ler os livros sempre adiados e repensar os hábitos de consumo. Porém, além de lembrar que existem outras múltiplas e variadas possibilidades de existência além da existência padrão capitalista, o isolamento social trouxe também a clareza do quão distante se está dos processos políticos capazes de trazer uma mudança social efetiva:

Torna-se possível ficar em casa e voltar a ter tempo para ler um livro e passar mais tempo com os filhos, consumir menos, dispensar o vício de passar o tempo nos centros comerciais, olhando para o que está à venda e esquecendo tudo o que se quer mas só se pode obter por outros meios que não a compra. A ideia conservadora de que não há alternativa ao modo de vida imposto pelo hipercapitalismo em que vivemos cai por terra. Mostra-se que só não há alternativas porque o sistema político democrático foi levado a deixar de discutir as alternativas. Como foram expulsas do sistema político, as alternativas irão entrar cada vez mais frequentemente na vida dos cidadãos pela porta dos fundos das crises pandêmicas, dos desastres ambientais e dos colapsos financeiros. Ou seja, as alternativas voltarão da pior maneira possível.¹⁷

Apesar do termo pandemia significar “de todo o povo”, no sentido de que a doença pertence e afeta a todos igualmente, aquelas pessoas que pertencem às classes menos vulneráveis estão em vantagem e com algum sentimento de segurança diante da crise. Afinal, os que estão com o emprego garantido e podem ficar em isolamento social estão

16 SANTOS, Boaventura de Souza. Coronavírus: tudo o que é sólido se desmancha no ar, 02/04/2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/04/02/coronavirus-tudo-o-que-e-solido-desmancha-no-ar/>. Acesso em: 05 ago. 20.

17 SANTOS, Boaventura de Souza. Coronavírus: tudo o que é sólido se desmancha no ar, 02/04/2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/04/02/coronavirus-tudo-o-que-e-solido-desmancha-no-ar/>. Acesso em: 05 ago. 20.

numa situação de segurança e privilégio impensáveis para aqueles que, não dispendo das condições ideais para manter o distanciamento, são obrigadas pela necessidade a se colocarem numa situação permanente de risco de contaminação. Não é demais lembrar que a doença tem causado a morte de milhares de pessoas pelo mundo e não há garantias de quem será poupado. Então, o dispor de recursos financeiros é um fator determinante da sobrevivência. Apesar de não haver garantias, os que estão protegidos financeiramente têm uma sensação de segurança que os desprotegidos não têm. Além do que, essa distinção gera também um sentimento de superioridade e arrogância naqueles que, dispendo de meios para minimizar os danos da pandemia, veem nos demais um meio de propagação da doença e potenciais inimigos.

O autor chama a atenção também para dois aspectos positivos da pandemia. Os níveis de todas as formas de poluição baixaram em todo planeta. A diminuição da atividade humana trouxe uma melhora nas condições ambientais, justamente num momento de crise social, doença e morte. Trata-se de uma curiosa situação, em que o preço da melhoria do meio ambiente foi a morte de milhares de seres humanos. Outro aspecto, foi dar visibilidade àquelas pessoas que estão vivendo em situação de extrema vulnerabilidade, como os refugiados e os que vivem em extrema pobreza.

Por fim, em entrevista à BBC, o autor analisa o papel do mercado e do Estado na garantia e preservação dos direitos humanos:

Nos últimos 40 anos, temos ouvido que o Estado é ineficiente, é corrupto e que o bom são os mercados, que o mercado é o melhor regulador da vida social. Mas aí vem a pandemia e ninguém pergunta pelos mercados. Ninguém pede ao mercado que nos salve, que nos proteja, mas sim ao Estado. Essa é uma lição muito poderosa, e se realmente vamos aprendê-la, temos que reinvestir em educação, saúde, transporte e infraestrutura que não temos. Em muitos países, a saúde foi privatizada. Nos Estados Unidos, por exemplo, não existe nem mesmo um sistema de saúde pública. Parece-me que este é um ensinamento muito poderoso. Outra lição é que me parece que houve governos, alguns da direita ou da extrema direita, que se mostraram muito incompetentes para proteger a vida das pessoas. Falo da Inglaterra, dos Estados Unidos, do Brasil, da Índia e de outros países. São países cujos governos criaram uma equação fatal entre a economia e a vida e disseram que a economia é mais importante que a vida, e é por isso que resistiram a ordens de confinamento, negligenciando a gravidade da pandemia. Esse atraso resultou em milhares de mortes. Outro ensinamento muito importante é que o vírus também nos mostrou que, ao contrário do que muitos pensam, ele não é democrático. Ele é caótico, é claro. É verdade que infecta pessoas de todas as classes, mas quem ele mata? Mata aqueles que já são vulneráveis, os pobres, aqueles sem acesso à saúde. Nesse sentido, como diria (o escritor uruguaio Eduardo) Galeano, o vírus mostra “as veias abertas” do mundo.¹⁸

5 GIORGIO AGAMBEN, A INVENÇÃO DE UMA EPIDEMIA

Giorgio Agamben é um renomado filósofo italiano cujos trabalhos giram em torno de estudos de filosofia política, do estado de exceção e da biopolítica. Em sua extensa obra, o autor se dedica à análise da ação política no mundo contemporâneo e do papel do Estado na garantia das liberdades individuais.

¹⁸ PICHEL, Mar. 'O coronavírus é um professor cruel porque ensina matando', diz o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, 04/07/20. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-53281462>. Acesso em: 04 jul. 20.

Agamben causou furor no meio acadêmico ao publicar o texto “A invenção de uma epidemia”¹⁹, afirmando ser a pandemia de Covid-19 uma invenção com o objetivo de limitar as liberdades individuais de acordo com o interesse dos governos. É importante ressaltar que o texto foi escrito e publicado em um momento em que as informações sobre a transmissão do vírus e seus efeitos sobre a saúde humana eram escassas e desconhecidas e a Itália ainda não se encontrava em situação de alta contaminação, caos no sistema de saúde e mortes. A data da publicação do texto, 26 de fevereiro de 2020, coincide, por exemplo, com o registro do primeiro caso de detecção de coronavírus no Brasil. A OMS só declararia o estado de pandemia no dia 11 de março de 2020.

No momento em que o texto foi publicado, o próprio governo italiano informava que 80-90% dos infectados teriam sintomas semelhantes a uma gripe leve. 10-15% dos infectados teriam sintomas de pneumonia absolutamente benigna. E apenas 4% dos infectados precisariam de atendimento médico especializado e internação em unidades de tratamento intensivo. O autor questiona se essas informações são de fato verdadeiras, uma vez que são dados fornecidos pelo governo italiano sem qualquer forma imediata de comprovação ou verificação. Porém, o texto tomou como pressupostas e verdadeiras as informações sobre os efeitos da doença na saúde das pessoas. Considerando o baixo risco de gravidade da doença, o autor questiona a necessidade da declaração de estado de pandemia com as consequentes medidas de isolamento social e limitação das liberdades:

Se esta é a situação real, porque é que os meios de comunicação e as autoridades trabalham para difundir um clima de pânico, provocando um verdadeiro estado de exceção, com graves limitações aos movimentos e suspensão do normal funcionamento das condições de vida e de trabalho em regiões inteiras?²⁰

Considerando desproporcional o uso drástico de medidas restritivas por parte do governo italiano, o autor oferece duas explicações para o que julga serem os motivos da invenção da pandemia:

Em primeiro lugar, há mais uma vez a tendência crescente de usar o estado de exceção como um paradigma normal de governo. O decreto-lei imediatamente aprovado pelo governo “por razões de higiene e segurança pública” resulta numa real militarização “dos municípios e áreas em que pelo menos uma pessoa seja positiva e cuja fonte de transmissão seja desconhecida ou em qualquer caso em que haja um caso não imputável a uma pessoa proveniente de uma área já afetada pela infecção do vírus”. Tal fórmula vaga e indeterminada permitirá estender rapidamente o estado de exceção a todas as regiões, pois é quase impossível que outros casos não ocorram em outro lugar. (...) O outro fator, não menos preocupante, é o estado de medo que nos últimos anos se alastrou evidentemente nas consciências dos indivíduos e que se traduz numa necessidade real de estados de pânico coletivo, aos quais a epidemia ainda oferece o pretexto ideal. Assim, em um círculo vicioso perverso, a limitação da liberdade imposta pelos governos é aceita em nome de um desejo de segurança que foi induzido pelos mesmos governos que agora intervêm para satisfazê-la.²¹

19 AGAMBEN, Giorgio. A invenção de uma epidemia, 26/02/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em: 15 jul. 20.

20 AGAMBEN, Giorgio. A invenção de uma epidemia, 26/02/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em: 15 jul. 20.

21 AGAMBEN, Giorgio. A invenção de uma epidemia, 26/02/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em: 15 jul. 20.

Agamben considera que a pandemia foi inventada como o propósito de suceder o terrorismo no imaginário da população e justificar o estado de exceção. É preciso fomentar sempre um estado de tensão e risco como justificativa para a limitação da liberdade da população. Em nome da proteção da vida, limita-se a liberdade e decreta-se o estado de exceção:

O estado de exceção era um dispositivo provisório para situações de perigo. Hoje se tornou um instrumento normal de governo. Com a desculpa da segurança diante do terrorismo, se generalizou. A exceção, por isso se chamava estado de exceção, é norma. O terrorismo é inseparável do Estado porque define o sistema de governo. Sem o terrorismo, o sistema atual de governo não poderia funcionar. (...) Isso se dá em muitos Estados: há legalidade, porque as leis são cumpridas, mas não há legitimidade. Como consequência os cidadãos confiam menos nas urnas, e a abstenção cresce. Um fenômeno que não havia ocorrido antes e que está relacionado com o fato de as pessoas terem se dado conta de que os Governos não são verdadeiramente legítimos. Legais, sim; mas não legítimos.²²

Manter um estado permanente de crise é a fórmula ideal para que os governos possam tomar a forma de um perpétuo golpe de estado. O próprio governar se transforma em um ato contínuo de praticar uma série de pequenos golpes de estado. Nesse estado político de exceção, a participação popular no destino dos governos se torna cada vez mais um perigo e um risco à segurança nacional. Qualquer manifestação contrária ao interesse do governo é tomada como um potencial fator de desordem que precisa ser gerida e controlada. Através da limitação da liberdade, o que se pretende é a passividade da população e a despolitização da cidadania.

Em outro texto, “Contágio”²³, publicado em 11 de março de 2020, Agamben afirma que o governo utiliza o termo “infectado” como análogo e substituto para o termo “terrorista”, no sentido de que o antigo inimigo, o terrorista, agora é encarnado pelo infectado. O estado de exceção causado pela pandemia trata cada um como um potencial infectante, como trata também cada cidadão de fato e de direito como um terrorista em potencial:

Ainda mais triste do que as limitações das liberdades implícitas nas disposições é, na minha opinião, a degeneração das relações entre os homens que elas podem produzir. O outro homem, quem quer que seja, mesmo um ente querido, não deve se aproximar ou tocar um ao outro e devemos colocar entre ele e ele uma distância que, segundo alguns, é de um metro, mas, de acordo com as sugestões mais recentes dos chamados especialistas, deve ser de 4,5 metros (esses cinquenta centímetros são interessantes!). Nosso próximo foi abolido. É possível, dada a inconsistência ética de nossos governantes, que essas disposições sejam ditadas pelo mesmo temor que pretendem provocar, mas é difícil não pensar que a situação criada é exatamente a que aqueles que nos governam tentaram realizar repetidamente: que universidades e escolas sejam fechadas de uma vez por todas e que as lições sejam dadas apenas de forma online, que paremos de nos encontrar e conversar por razões políticas ou culturais e apenas troquemos mensagens digitais. E que, tanto quanto for possível, as máquinas substituam todo contato - todo contágio - entre os seres humanos.²⁴

22 ARROYO, Francisc. Giorgio Agamben: “O estado de exceção se tornou norma”, 30/04/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/cultura/1461061660_628743.html. Acesso em: 31 jul. 20.

23 AGAMBEN, Giorgio. Contágio, 11/03/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>. Acesso em: 15 jul. 20.

24 AGAMBEN, Giorgio. Contágio, 11/03/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>. Acesso em: 15 jul. 20.

Em “Esclarecimentos”²⁵, publicado em 17 de março de 2020, defendendo-se das críticas que recebeu, Agamben continua sustentando sua tese de que a pandemia é uma invenção. A redução do ser humano à sua mera biologia e a sobrevivência tornaram-se o novo imperativo. A defesa da vida individual a qualquer custo, cega e separa as pessoas. Os outros são vistos como infectantes que devem ser evitados a todo custo. Tudo aquilo que define os seres humanos, como, por exemplo, os afetos, as amizades, as relações de trabalho, as convicções morais e políticas se dissolveram diante do pânico causado pela decretação da pandemia.

A decretação estatal da pandemia é o fator causador do pânico, não a doença em si. A doença já estava aí e continuará ainda provocando danos até que surja uma vacina com potencial de eliminação dos efeitos do vírus. O que Agamben chama a atenção não é para a doença em si. Ele não nega existência do vírus e dos seus efeitos sobre a saúde humana. A crítica dele se dirige à criação de uma narrativa de pânico com o propósito de controle e administração das liberdades individuais. Foi preciso criar uma situação de pânico, por exemplo, com a mídia referindo-se à pandemia como “apocalipse”, para que as pessoas pudessem abortar as suas vidas sem qualquer forma de oposição. Como já dito, os descontentes são considerados os novos terroristas. O próprio termo “confinamento” foi substituído por “isolamento social”, com o propósito de anemizar os seus efeitos na mente das pessoas e facilitar a adesão de todos:

A epidemia deixa claro é que o estado de exceção, ao qual os governos nos acostumaram, tornou-se realmente a condição normal. Já houve epidemias mais sérias no passado, mas ninguém jamais havia pensado em declarar por isso um estado de emergência como o atual, que nos impede até de nos movermos. Os homens estão tão acostumados a viver em condições de crise e emergência perenes que parecem não perceber que sua vida foi reduzida a uma condição puramente biológica e perdeu todas as dimensões, não apenas sociais e políticas, mas também humanas e emocionais. Uma sociedade que vive em um perene estado de emergência não pode ser uma sociedade livre. Não é surpreendente que o vírus esteja falando sobre guerra. Na verdade, as medidas de emergência obrigam-nos a viver em condições de toque de recolher. Mas uma guerra com um inimigo invisível que pode espreitar qualquer outro homem é a mais absurda das guerras. É, na verdade, uma guerra civil. O inimigo não está fora, está dentro de nós.²⁶

Agamben diz considerar estranho o fato de que as mesmas autoridades que decretaram o estado de pandemia, declararam também que o distanciamento social será o novo princípio de organização social. Depois de se abdicar tão facilmente das liberdades e princípios éticos e políticos, há que se perguntar qual é o limite além do qual não se está disposto a renunciar. Há que se perguntar também sobre a responsabilidade dos políticos, religiosos e juristas que têm a função de zelar pela dignidade humana. Estão também tomados pelo pânico ou são coniventes com a invenção da pandemia? De acordo com o autor, uma norma que estabelece que se deve renunciar ao bem para salvar o bem é tão falsa e contraditória quanto aquela que, para proteger a liberdade, exige a renúncia à liberdade. Desse modo, é legítimo perguntar se a sociedade ainda pode se definir como humana ou se a perda de relações sensíveis, de rosto, de amizade, de amor pode ser verdadeiramente compensada por uma segurança de saúde abstrata e presumivelmente completamente fictícia²⁷.

25 AGAMBEN, Giorgio. Esclarecimentos, 17/03/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>. Acesso em: 15 jul. 2020.

26 AGAMBEN, Giorgio. Esclarecimentos, 17/03/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>. Acesso em: 15 jul. 2020.

27 AGAMBEN, Giorgio. Biossegurança e política, 11/05/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-biosicurezza>. Acesso em: 15 jul. 2020.

6 PETER SINGER, O ESPECISMO COMO CAUSA DA PANDEMIA

O filósofo Peter Singer é o mais renomado teórico dos direitos dos animais. Com a publicação do seu livro *Libertação Animal* (1975), Singer trouxe para a discussão filosófica o problema do uso e do abuso dos animais. Revelando todas as formas de sofrimento que o ser humano causa aos demais animais, o livro foi um marco na luta pelo reconhecimento dos direitos dos animais.

Singer, junto com Paola Cavalieri, publicou um texto questionando o modo como os animais são tratados nos chamados “mercados úmidos” chineses. O contágio inicial do Covid-19 é considerado como tendo ocorrido no “mercado úmido” de Wuhan na China. Considerando que eventos trágicos tendem a ensejar mudanças de paradigmas, os autores pretendem chamar a atenção para as péssimas condições, um verdadeiro cenário de horror, com que são tratados os animais nesses mercados e exigindo que sejam fechados, tanto por questões sanitárias quanto por violações de direitos.

No texto, “Os dois lados sombrios do Covid-19”²⁸, os autores dizem estranhar o fato de a causa subjacente da epidemia, o abuso de animais nos mercados chineses, não ser questionada. É de conhecimento geral que a epidemia de SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrome*) de 2003, causada por um tipo de coronavírus, e da atual pandemia, tiveram suas origens nos “mercados úmidos” da China, mercados populares ao ar livre onde os animais são comprados vivos e depois abatidos no local para os clientes. Até o final de dezembro de 2019, todos os afetados pelo vírus tinham alguma ligação com o Mercado Huanan de Wuhan:

Nos mercados úmidos da China, muitos animais diferentes são vendidos e mortos para serem comidos: filhotes de lobo, cobras, tartarugas, porquinhos-da-índia, ratos, lontras, texugos e civetas. Existem mercados semelhantes em muitos países asiáticos, incluindo Japão, Vietnã e Filipinas. Em áreas tropicais e subtropicais do planeta, os mercados úmidos vendem mamíferos, aves, peixes e répteis vivos, amontoados e compartilhando seu hálito, seu sangue e seus excrementos. Como o jornalista da US National Public Radio Jason Beaubien relatou recentemente: “Peixes vivos em banheiras abertas espirram água por todo o chão. As bancadas das bancas estão vermelhas de sangue enquanto os peixes são estripados e filetados bem na frente dos olhos dos clientes. Tartarugas e crustáceos vivos sobem uns sobre os outros em caixas. O gelo derretido aumenta a lama no chão. Há muita água, sangue, escamas de peixe e tripas de frango.” Mercados úmidos, de fato.²⁹

Os cientistas consideram existir um grande risco de transmissão de doenças de todo tipo quando animais de espécies diferentes ficam confinados num mesmo espaço e em condições insalubres. Evidentemente, na medida em que os “mercados úmidos” são frequentados por pessoas de baixa renda, as condições sanitárias e de acomodação dos animais são as mais precárias possíveis. A primeira contaminação humana por Covid-19, provavelmente, foi resultado da transmissão entre animais silvestres contaminados, que transmitiram o vírus a outros animais que estavam à venda no mercado de Wuhan. Em contato com o ser humano, o vírus adquiriu a capacidade de se ligar a receptores de células humanas, adaptando-se, assim, ao hospedeiro humano. Então, é possível estabelecer aí uma

28 SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola. Os dois lados sombrios do Covid-19, 02/02/20. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/wet-markets-breeding-ground-for-new-coronavirus-by-peter-singer-and-paola-cavalieri-2020-03>. Acesso em: 15 jul. 20.

29 SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola. Os dois lados sombrios do Covid-19, 02/02/20. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/wet-markets-breeding-ground-for-new-coronavirus-by-peter-singer-and-paola-cavalieri-2020-03>. Acesso em: 15 jul. 20.

relação desastrosa entre o abuso dos animais e a preservação da própria existência humana. Outras doenças resultantes dos abusos contra os animais, como a “doença da vaca louca” ou a “gripe suína”, confirmam a tese dos autores.

O negócio da produção de proteína animal é um dos mais rentáveis do mundo, apesar de ser um dos mais prejudiciais ao meio ambiente. O consumo de carne e seus derivados só têm aumentado e toda a cadeia de produção do agronegócio gira em torno da produção desses produtos. Logo, é compreensível que aquilo que deu causa à pandemia não seja de fato discutido. Apesar do mercado de Wuhan ter sido fechado por um breve período, não existe nenhum ânimo do governo chinês de abolir esse tipo de mercado. Inclusive, houve um aumento global no consumo de proteína animal durante a pandemia. Esse aumento no consumo demonstra que o público em geral não reconhece a relação entre a pandemia e o abuso dos animais, pois, talvez, a causa da pandemia é omitida com o propósito de não prejudicar o lucro de certos setores:

O que o mundo realmente precisa é de uma proibição permanente dos mercados úmidos. Para os animais, os mercados molhados são um inferno na terra. Milhares de seres sensíveis e palpitantes suportam horas de sofrimento e angústia antes de serem brutalmente massacrados. Esta é apenas uma pequena parte do sofrimento que os humanos sistematicamente infligem aos animais em todos os países - em fazendas industriais, laboratórios e na indústria do entretenimento. Se pararmos para refletir sobre o que estamos fazendo - e principalmente não o fazemos - estaremos propensos a justificar apelando para a suposta superioridade de nossa espécie, da mesma forma que os brancos costumavam apelar para a suposta superioridade de sua espécie, corrida para justificar sua sujeição aos humanos “inferiores”. Mas, neste momento, quando os interesses humanos vitais correm claramente paralelos aos interesses dos animais não humanos, essa pequena parte do sofrimento que infligimos aos animais nos oferece a oportunidade de uma mudança de atitude em relação aos membros da espécie não humana.³⁰

Singer é um filósofo utilitarista. Para ele, na medida em que alguém vive de acordo com padrões éticos, deve justificá-los não apenas em termos de interesse pessoal, mas demonstrando que os atos, com base nesse interesse, devam ser compatíveis com princípios éticos referentes a um público maior. A preservação do planeta é mais do que o problema de desequilíbrio ambiental. É, antes de tudo, um problema ético condescendente. Por isso, o ser humano deve levá-lo em conta e verificar quais são os seus deveres e as suas responsabilidades para garantir a proteção do meio ambiente e o bem-estar das gerações do presente e do futuro. É nesse patamar que entra a ética com um caráter universal, fazendo com que o indivíduo atribua aos interesses alheios o mesmo valor que atribui aos seus próprios. Ou seja, os interesses de uma pessoa não podem contar mais do que os interesses de outra.

A ética proposta por Singer visa englobar também indivíduos não humanos em seu escopo, retirando de sua teoria o caráter humanista, colocando-a em uma conjuntura ética universal. Ou seja, a ética deve ir além dos seres humanos, englobando todas as espécies. Segundo Singer, é arbitrário defender o ponto de vista de que só os seres humanos possuem um valor intrínseco. Por exemplo, provocar a morte de uma pessoa e de um ser que não é uma pessoa não deve significar que a morte de um animal que não é uma pessoa deva ser

30 SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola. Os dois lados sombrios do Covid-19, 02/02/20. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/wet-markets-breeding-ground-for-new-coronavirus-by-peter-singer-and-paola-cavaliere-2020-03>. Acesso em: 15 jul. 20.

tratada com menor importância. Segundo ele, levar uma ética além dos seres sencientes, e fazê-lo plausivelmente, é uma tarefa difícil. Uma ética que tenha por base os interesses de criaturas sencientes parte de premissas bem conhecidas. As criaturas sencientes têm vontades e desejos.

Portanto, uma nova ética é necessária, uma ética que trate da relação do homem com a Terra, com os animais, com tudo o que nela vive. Tal ética será capaz de ampliar as fronteiras das comunidades de modo a incluir e considerar todas as espécies como parte de um ecossistema unificado e interligado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 constitui um aterrador e inesperado evento cuja solução ainda é só uma esperança. Antes de tudo, é preciso esclarecer que a pandemia é um problema ambiental. Imaginava-se que o caos social viria como resultado de outro problema ambiental, o aquecimento global. Mas a humanidade foi surpreendida por outra via. Enquanto isso, continuava-se a destruir as florestas e praticava-se todas as formas possíveis de maus tratos aos animais, considerando o evento de Wuhan como um caso isolado de má sorte. Reduzir o contágio a um caso particular e contingente é uma forma de continuar escondendo a estrutura de dominação e destruição da natureza sobre a qual está alicerçado o modo de vida atual que é desejado por todos – apesar de beneficiar poucos!

Num certo sentido, pode-se olhar para a pandemia também de forma otimista. Muitos dos problemas sociais, como a extrema pobreza, a crise ecológica, a despolitização e a perda de representatividade política do cidadão foram trazidas à luz. De alguma forma, a pandemia obrigou a humanidade a pensar a si mesma. Ainda que os problemas sociais, ambientais e políticos continuem os mesmos depois da pandemia, é inegável que a doença oferece uma oportunidade de reflexão sobre a existência humana e o modo como a humanidade se relaciona com tudo que a cerca.

Mas, afinal, o que a Filosofia pode oferecer diante de uma pandemia mortal neste que não é o melhor dos mundos possíveis? Enquanto espécie, a solução para os problemas humanos depende da garantia de condições mínimas de existência para todas as pessoas e de uma educação que ensine o respeito por todas as formas de vida. É preciso garantir e fomentar o respeito aos direitos humanos e à natureza, uma vez que o ser humano é o resultado também das suas relações com o meio ambiente. Talvez esse seja o caminho que pensadores tentam apontar com as suas muitas narrativas, o caminho da afirmação da vida digna, igualitária e livre.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. A invenção de uma epidemia, 26/02/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em: 15 jul. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. Biossegurança e política, 11/05/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-biosicurezza>. Acesso em: 15 jul. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. Contágio, 11/03/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-contagio>. Acesso em: 15 jul. 20.

AGAMBEN, Giorgio. Esclarecimentos, 17/03/20. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ALSTON, Philip. Covid-19 has revealed a pre-existing pandemic of poverty that benefits the rich, 11/07/20. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2020/jul/11/covid-19-has-revealed-a-pre-existing-pandemic-of-poverty-that-benefits-the-rich>. Acesso em: 01 set. 20.

ARROYO, Francesc. Giorgio Agamben: “O estado de exceção se tornou norma”, 30/04/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/cultura/1461061660_628743.html. Acesso em: 31 jul. 20.

BUTLER, Judith. Covid-19: O capitalismo tem seus limites, 20/03/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/03/20/judith-butler-sobre-o-covid-19-o-capitalismo-tem-seus-limites/>. Acesso em: 01 set. 20.

DW. “Mundo não pode derrotar a pandemia dividido”, diz OMS, 09/07/20. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/mundo-n%C3%A3o-pode-derrotar-a-pandemia-dividido-diz-oms/a-54114610>. Acesso em: 15 jul. 20.

FAPESP. Novo coronavírus também causa morte por insuficiência cardíaca. Disponível em: <https://agencia.fapesp.br/novo-coronavirus-tambem-causa-morte-por-insuficiencia-cardiaca/33635/>. Acesso em: 30 ago. 20.

FIOCRUZ. Quais os sintomas do coronavírus. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/quais-os-sintomas-do-coronavirus>. Acesso em: 30 ago. 20.

PICHEL, Mar. ‘O coronavírus é um professor cruel porque ensina matando’, diz o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, 04/07/20. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-53281462>. Acesso em: 04 jul. 20.

SANTOS, Boaventura de Souza. Coronavírus: tudo o que é sólido se desmancha no ar, 02/04/2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/04/02/coronavirus-tudo-o-que-e-solido-desmancha-no-ar/>. Acesso em: 05 ago. 20.

SINGER, Peter; CAVALIERI, Paola. Os dois lados sombrios do Covid-19, 02/02/20. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/wet-markets-breeding-ground-for-new-coronavirus-by-peter-singer-and-paola-cavaliere-2020-03>. Acesso em: 15 jul. 20.

ŽIŽEK, Slavoj. A dialética paralisada da pandemia, 20/07/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/20/zizek-a-dialectica-paralisada-da-pandemia/>. Acesso em: 01 set. 20.

ŽIŽEK, Slavoj. Morte no paraíso: violência policial, pandemia e o crime do capital, 01/06/20. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/06/01/zizek-morte-no-paraiso-violencia-policial-pandemia-e-o-crime-do-capital/>. Acesso em: 01 set. 20.

PARTE II

REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NO DIREITO PÚBLICO

SEÇÃO I

DIREITOS HUMANOS E SOLIDARIEDADE INTERNACIONAL

EL INGRESO MÍNIMO VITAL QUE APROBÓ EL EJECUTIVO ESPAÑOL: ¿ES UNA SOLUCIÓN A LA CRISIS ECONÓMICA DE LA POSPANDEMIA DEL COVID-19?¹

Salvador Morales Ferrer

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

Sumário: 1 Introducción; 2 ¿En qué consiste el IMV?; 3 Fundamentos jurídicos para la aplicación del IMV; 4 ¿Qué Personas podrán acceder al IMV?; 5 Los titulares del IMV; 6 Algunos requisitos para acceder al IMV; 7 La extinción del IMV y algunas particularidades especiales; 8 Consideraciones finales; Referencias.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.26-38, set./dez. 2020.

1 INTRODUCCIÓN

Ante la pandemia del covid-19, se puso en marcha el ingreso mínimo vital de adelante (IMV), como política cuyo destino ha sido por el aceleramiento del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19², por lo que este ingreso mínimo vital está dirigido a un grupo concreto de personas con vulnerabilidad, atendiendo a la Constitución Española de 1978³, que en su artículo 41 manifiesta: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones serán libres”. Por lo que, Resolución de 10 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital⁴ y, mediante el artículo 86 párrafo 2º⁵ de la Constitución Española de 1978 que señala: “Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario”. Por lo que, gran parte de grupos parlamentarios aprobaron el IMV. Por otra parte, debe considerarse que el IMV, concretamente es una pensión no contributiva, casi una fiel réplica de las Rentas Básicas Vitales de las distintas Comunidades Autónomas Españolas que están sustentadas por la Constitución Española de 1978 en su artículo 148 párrafo 1º apartado 20ª⁶ que menciona: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Asistencia social”. Con el presente artículo se pretende realizar un análisis descriptivo y, jurídico del IMV, tanto a los efectos de la persona que vive sola, familias tradicionales o, familias monoparentales que en relación a la pandemia que sean quedado sin ingresos familiares. El artículo tiene la siguiente estructura: el primero aclara lo que en sí es el IMV; el segundo presenta los fundamentos jurídicos para la aplicación del IMV; el tercero esboza el beneficiario o, beneficiarios que pueden acceder al IMV; el cuarto atiende a los titulares del IMV y, sus efectos; el quinto aborda algunos requisitos para acceder al IMV; El sexto atiende a las causas de extinción del IMV, y, algunos aspectos de la norma.

2 ¿EN QUÉ CONSISTE EL IMV?

Atendiendo, al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital⁷, en su artículo 1 menciona: “El presente real decreto-ley tiene por objeto

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

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

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

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

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

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

la creación y regulación del ingreso mínimo vital como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas”, al hilo cabe mencionar la autora Ruíz⁸ que señala: “Vulnerabilidad se define siempre en relación con algún tipo de amenaza, sean eventos de origen físico o, enfermedades o, pérdida de empleo”, por lo tanto el legislador promulgó esta norma primero por la pandemia del Covid-19 y, segundo por lo que ocasionó la pérdida de empleo y, por tanto la dificultad de acceso de las familias a las necesidades básicas como la comida por falta de ingresos familiares, ya sean familias tradicionales o, en su caso familias monoparentales, por lo cual y, siguiendo con la misma del IMV⁹ en su artículo 2 párrafo 1º manifiesta: “El ingreso mínimo vital se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica en los términos que se definen en el presente real decreto-ley. A través de este instrumento se persigue garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias”, en este sentido los autores Travieso y Planella¹⁰ entienden como inclusión social al mencionar: “lo que implica carencias importantes en el ámbito de lo social y laboral”. Por tanto, son dos ámbitos muy diferentes primeramente las personas que se encuentran excluidas por la sociedad española en el ámbito social lo que implica un estatus menor que la mayoría de los ciudadanos españoles y, segundo la exclusión laboral lo que implica que por consecuencias de la pandemia sean quedado sin trabajo.

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA APLICACIÓN DEL IMV

Respecto, la Recomendación del Consejo de 2019¹¹ en su punto 14 señala: “Tanto la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social como la desigualdad de ingresos están disminuyendo, pero permanecen por encima de la media de la Unión. Las tasas de pobreza de las personas con empleo son altas entre los trabajadores temporales, con baja cualificación o nacidos fuera de la UE. La tasa de pobreza infantil, aunque decreciente, sigue siendo muy alta”, refiriéndose a España, por lo cual se extrae analógicamente de la Recomendación sería aplicable también como se expresa el legislador europeo nacidos fuera de la UE”, a los inmigrantes empadronados en España que están en situación irregular y, que ejercen trabajos informales sin previo contrato, claro es una Recomendación de carácter no vinculante a Estado español, lo que también implicaría a sus familias. Por otro lado, ésta El Consejo de Ministros que aprobó en su día Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2019-2023¹², mediante sus puntos iniciales alcanzaron los acuerdos siguientes: “el primero trata de las metas estratégicas se centra en combatir la pobreza, especialmente de las personas más vulnerables, como niños, niñas y adolescentes;

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

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

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

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

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

el segundo se refiere a la inversión social en las personas y se desglosa en dos objetivos: educación equitativa e inclusiva y atención prioritaria en formación y empleo a grupos vulnerables; el tercero apuesta por consolidar un sistema de servicios públicos sanitarios, educativos y sociales, universales y de calidad, que acompañen y protejan a las personas a lo largo de su ciclo vital y profundicen en combatir las desigualdades; finalmente el cuarto relativa a la eficacia y eficiencia de las políticas, establece cinco objetivos. En primer lugar, la ordenación del sistema y la coordinación de los servicios, políticas y prestaciones, en favor de personas en situación de pobreza y exclusión social. También contiene la coordinación y cooperación territorial y eficiencia del conjunto del sistema”, por lo que este punto sea dejado de entrever respecto a la inoperancia jurídica del legislador español respecto a los inmigrantes irregulares que viven más de dos años en España. Respecto, a la normativa aplicable en la legislación interna para la aplicación del IMV, como anteriormente se había citado, la Constitución Española de 1978¹³ que en su artículo 41 manifiesta: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones serán libres”, de la misma forma el legislador español se basa en Sentencia del Tribunal Constitucional¹⁴ en sus Fundamentos Jurídicos I. 3º apartado 2º que menciona: “El art. 41 CE. impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social”, por lo cual analógicamente conecta con el artículo 9 párrafo 2º de la Constitución Española de 1978¹⁵ al mencionar “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Por otro lado, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional¹⁶ en sus Antecedentes Jurídicos 6 y 11 párrafo 15 al mencionar: “por su naturaleza y finalidad, incide en el ordenamiento jurídico-material de relaciones jurídicas que afectan a derechos públicos subjetivos. Opera en la dirección del principio de igualdad, al perseguir la equiparación con el Régimen General de la Seguridad Social; no afecta a situaciones consolidadas”, lo que implica que le corresponde aún colectivo determinado el IMV, al hilo cabe mencionar a la autora Ridaura¹⁷ que menciona: “del principio de estabilidad presupuestaria, pues también deben acatar los compromisos adquiridos por el Estado en esta materia”, Por otra parte, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional¹⁸ en su Fundamentos Jurídicos 5 párrafo 45 manifiesta: “La garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo

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

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

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

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

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

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

el Estado”, por lo que el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital¹⁹, será de aplicación en todo el Territorio nacional. Por otra parte, cabe preguntarse, ¿por qué se creó en IMV? Al hilo cabe mencionar, la Sentencia del Tribunal Constitucional²⁰ en sus Antecedentes 2º párrafo 1 que menciona: “a cualquier tipo de reforma legislativa que tuviese algún contenido de impacto económico. Así se apela a “circunstancias difíciles” o “coyunturas económicas” que exigen una respuesta normativa inmediata”, por lo tanto, se refiere a los grupos que sean quedado en exclusión y, vulnerabilidad por las razones de la pandemia.

4 ¿QUÉ PERSONAS PODRÁN ACCEDER AL IMV?

Por lo cual, se tendrá que recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital²¹, en su artículo 4 menciona: “Podrán ser beneficiarias del ingreso mínimo vital: a) Las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos establecidos en este real decreto-ley. b) Las personas de al menos 23 años y menores de 65 años que viven solas, o que, compartiendo domicilio con una unidad de convivencia en los supuestos del artículo 6.2.c), no se integran en la misma, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1.º No estar unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho en los términos definidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 8/2015, de 30 de octubre, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente, a las que no se les exigirá el cumplimiento de esta circunstancia 2.º No formar parte de otra unidad de convivencia, de conformidad con lo previsto en el presente real decreto-ley. No se exigirá el cumplimiento de los requisitos de edad, ni los previstos en los apartados 1º y 2º de esta letra, en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual. 2. No podrán ser beneficiarias de la prestación del ingreso mínimo vital las personas usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario, con carácter permanente y financiada con fondos públicos, salvo en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, así como otras excepciones que se establezcan reglamentariamente. 3. Las personas beneficiarias deberán cumplir los requisitos de acceso a la prestación establecidos en el artículo 7, así como las obligaciones para el mantenimiento del derecho establecidas en el artículo 33”. Por lo cual, se desprende del artículo 4 del IMV que existe una franja de edad de 23 hasta 65 años, lo que implica que deben de estar en edad laboral. Por otro lado, no se limita la convivencia, pero sí con la condición siguiente como menciona el artículo 6 párrafo 2.c del IMV²²: “La formada por dos o más personas de al menos 23 años y menores de 65 que, sin mantener entre sí una relación de las consignadas en este precepto, habiten en un mismo domicilio en los términos que reglamentariamente se determinen. En los casos en los que una o varias personas comparten vivienda con una unidad de convivencia, se entenderá que no forman parte de esta a efectos de la prestación, considerándose la existencia de dos unidades de

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

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

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

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

convivencia, una formada por las personas que carecen de vínculo entre sí y otra la constituida por los miembros de una familia, o, en su caso, de una unidad de convivencia constituida por los miembros de la familia o relación análoga y una persona beneficiaria individual”, por lo que diferencia que aunque convivan que no tenga ningún vínculo familiar y, al mismo tiempo entiende la norma que pueden tener vínculos familiares o, relación parecida a la persona beneficiaria. Por otra parte, el IMV el mismo artículo 6 párrafo 2.c²³ menciona: “las consignadas en este precepto, habiten en un mismo domicilio en los términos que reglamentariamente se determinen”, lo que implicará que el legislador español tendrá que realizar un reglamento para regular este término. Otra característica, que enuncia²⁴ el IMV en su artículo 4: “No estar unidas a otra por pareja de hecho o, matrimonio”, por lo que cabe mencionar la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid²⁵. (cabe recordar que cada Comunidad Autónoma tiene su legislación propia de Uniones de Hechos con condiciones parecidas) en su artículo 2 párrafo 1º.c señala: “No pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente Ley: Las personas que forman una unión estable con otra persona” y, al mismo tiempo nombra la normativa matrimonio, por lo que se deberá recurrir al Código Penal Español²⁶ que menciona en su artículo 217: “El que contrajere segundo matrimonio o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de seis meses a un año”, por lo cual el legislador español aplica este fundamento de matrimonio en el caso de un extranjero comunitario o, extra comunitario este casado dos veces o más y, no hubiese disuelto su matrimonio ni presentado ante la embajada correspondiente puesto que hay varios países musulmanes donde el matrimonio con varias mujeres ésta permitido. Por otra parte, existe la acción protectora del IMV como contempla el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁷. en su artículo 64 párrafo 1º al señalar: “La Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones. En las mismas condiciones, en los casos de separación judicial o divorcio, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia social el cónyuge o ex cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación”, por lo tanto, se aplicaría tanto a las Uniones de Hecho así, como a los ex cónyuges y descendientes de las ex parejas.

5 LOS TITULARES DEL IMV

Al respecto, se debe recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital²⁸ que menciona en su artículo 5: “Son titulares de esta

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

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

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

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

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

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

prestación las personas con plena capacidad de obrar que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia. En este último caso, la persona titular asumirá la representación de la citada unidad. La solicitud deberá ir firmada, en su caso, por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente. Las personas titulares, cuando estén integradas en una unidad de convivencia, deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayor de edad o menor emancipado en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, y deberán ser menores de 65 años. Excepcionalmente, cuando la unidad de convivencia esté integrada solo por mayores de 65 años y menores de edad o incapacitados judicialmente, será titular el mayor de 65 años que solicite la prestación. En caso de no integrarse en una unidad de convivencia, la edad mínima de la persona titular será de 23 años, salvo en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, en los que se exigirá que la persona titular sea mayor de edad. En el supuesto de que en una unidad de convivencia existieran varias personas que pudieran ostentar tal condición, será considerada titular la persona a la que se le reconozca la prestación solicitada en nombre de la unidad de convivencia. En los términos que se establezcan reglamentariamente, la entidad gestora podrá acordar el pago de la prestación a otro de los miembros de la unidad de convivencia distintos del titular. En un mismo domicilio podrá haber un máximo de dos titulares”, en este aspecto queda fuera la persona discapacitada como bien expresa en la norma del IMV “plena capacidad de obrar”, asimismo también se excluye el tutor de la persona con discapacidad, psíquica puesto que el tutor siempre ha sido y, será una figura Jurídica de extrema importancia dentro de nuestro Derecho civil como indica el Código Civil Español²⁹ en su artículo 270 : “*El tutor único y, en su caso , el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia*”, que pasaría en el caso hipotético sí una persona que vive sola con el baremo previsto de edad entre 23 años y, menores de 65 y, por circunstancias de la vida se quede discapacitado psíquicamente y/o haya iniciado en proceso para el IMV o, lo éste cobrando se quedaría desamparado puesto que el único patrimonio que tiene es el IMV, por lo que el legislador español debería haberlo tenido en cuenta, por lo que lo deja en la extrema vulnerabilidad social. Por otra parte, se debe diferenciar entre la figura jurídica “incapacidad judicial” puesto que es un elemento diferente al concepto discapacitado por lo que para que la persona sea incapacitada judicialmente debe ceñirse al artículo 199 del Código Civil Español³⁰ que señala: “*Nadie puede ser declarado incapaz sino es por sentencia judicial*” y, al mismo tiempo en el mismo Código Civil Español³¹ menciona en su artículo en su artículo 231: “*El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de edad*”. Por lo cual, analógicamente se entiende que la persona ya ésta judicialmente incapacitada, por tanto, como expresa la norma: “*La solicitud deberá ir firmada, en su caso, por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente*”, por tanto se entiende que sí hay un integrante que solicita el IMV, este estará a cargo de la persona incapacitada judicialmente mediante una sentencia judicial, por lo cual la norma del IMV no especifica nada al respecto simplemente señala: “ *será titular el*

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

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

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

mayor de 65 años que solicite la prestación”, por tanto no aclara el legislador español sobre la persona incapaz quien será su tutor. Por otro lado, la norma sobre el IMV señala un baremo de edad *“Las personas titulares, cuando estén integradas en una unidad de convivencia, deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayor de edad o menor emancipado en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, y deberán ser menores de 65 años”*, lo que implica que están en edad laboral discriminando positivamente el legislador español a los mayores de 65 años. Otro carácter innovador es la figura jurídica del menor emancipado, por lo que cabe mencionar el Código Civil Español³² en su artículo 317 que manifiesta: *“Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro”*. Por otro lado, cabe citar el Código Civil Español³³ en su artículo 323 que menciona: *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que no llegue a la mayoría de edad no podrá el emancipado tomar dinero, sin consentimiento de sus padres o curador”*, al hilo cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo en sus Fundamentos³⁴ de Derecho Quinto párrafo 10 señala: *“es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección”*, por lo que el menor emancipado, si pertenecen a una unidad familiar estos no podrán percibir el IMV, por otro lado los menores emancipados que hayan sido acogidos por las Comunidades Autónomas, como acogimiento permanente tendrá derecho al IMV, también si tienen hijos sean naturales o, adoptivos, o en régimen de custodia o, acogimiento podrá acogerse los deberán tener una edad mínima de 23 años, o ser mayor de edad o menor emancipado. Por otra parte, en innovador IMV, al señalar la norma *“En caso de no integrarse en una unidad de convivencia, la edad mínima de la persona titular será de 23 años, salvo en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, en los que se exigirá que la persona titular sea mayor de edad”*. Primero se exigirá que la mujer sea mayor de edad para percibir el IMV, en caso de violencia de género, explotación sexual por lo que el legislador español deja a su suerte las mujeres menores de edad que sufran estas consecuencias, al hilo cabe mencionar a la autora Pollos³⁵ que manifiesta: *“se castiga a quien ejerza habitualmente violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes”*, por lo que tiene que tener una relación análoga la víctima de violencia de género la mujer o, ex mujer afectiva. Otro elemento a distinguir en la norma es *“víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual”*, en este punto parece muy bien la decisión tomada por el legislador español, pero, ¿Cómo se puede comprobar que han dejado la prostitución? Por lo que, podría ser como elemento probatorio solamente las mujeres que están en una casa de acogida.

6 ALGUNOS REQUISITOS PARA ACCEDER AL IMV

Por tanto, se deberá recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital³⁶ a su artículo 7 párrafos 1º y 2º señala: *“Todas las*

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

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

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

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

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

personas beneficiarias, estén o no integradas en una unidad de convivencia, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud .Por lo que el legislador se desentiende de las personas que están en situación irregular en España , por lo contrario será aplicable a las personas refugiadas. b) Encontrarse en situación de vulnerabilidad económica por carecer de rentas, ingresos o patrimonio suficientes y, siempre quedan exceptuados los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas”, en este sentido quedarían fuera del ámbito de protección del IMV y podrían recurrir a las Rentas de Inclusión Autonómicas. Por otro lado, el artículo de la misma norma del IMV³⁸ 7d. señala: “Si no están trabajando y son mayores de edad o menores emancipados, figurar inscritas como demandantes de empleo, salvo en los supuestos que se determinen reglamentariamente”. Por lo que, deberán estar inscritas en las oficinas de empleo “siempre que acredite que su domicilio ha sido distinto al de sus progenitores, tutores o acogedores durante tres años inmediatamente anteriores a la solicitud”, por tanto se excluye indirectamente a los emancipados menores ,salvo como enuncia el artículo de la norma del IMV³⁹ en su artículo 7 párrafo 3º: “permanente de menores”, por lo cual como se había comentado anteriormente los menores emancipados extranjeros sí tendrá derecho al IMV, puesto que están acogidos en las Comunidades Autónomas, que han entrado en territorio nacional no acompañados. Por otra parte, no se impide que trabajen el beneficiario o, los beneficiarios como menciona el artículo 8 párrafo 4º del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital:⁴⁰ “Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la personas beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan. En estos casos, se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas”, por lo que se tendrá en cuenta tanto la renta individual, así como la renta familiar. Sobre la duración del IMV se tendrá que acudir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital⁴¹ en su artículo 12 párrafo 1º que manifiesta: “El derecho a percibir la prestación económica del ingreso mínimo vital se mantendrá mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y se cumplan los requisitos y obligaciones previstos en este real decreto-ley”, por lo que se podrá percibir sine die.

7 LA EXTINCIÓN DEL IMV Y ALGUNAS PARTICULARIDADES ESPECIALES

Como bien se sabe, todas las prestaciones que pertenecen a la Seguridad Social y una de ellas es el IMV por lo tanto se debe recurrir al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital⁴² en su artículo 15 párrafos 1º y 2º manifiesta:

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

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

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

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

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

“El derecho a la prestación de ingreso mínimo vital se extinguirá por las siguientes causas: a) Fallecimiento de la persona titular. No obstante, cuando se trate de unidades de convivencia, cualquier otro miembro que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 6, podrá presentar una nueva solicitud en el plazo de tres meses a contar desde el día siguiente a la fecha del fallecimiento para el reconocimiento, en su caso, de un nuevo derecho a la prestación en función de la nueva composición de la unidad de convivencia. Los efectos económicos del derecho que pueda corresponder a la unidad de convivencia en función de sus nuevas circunstancias se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la fecha del fallecimiento, siempre que se solicite dentro del plazo señalado. b) Pérdida definitiva de alguno de los requisitos exigidos para el mantenimiento de la prestación. c) Resolución recaída en un procedimiento sancionador, que así lo determine. d) Salida del territorio nacional sin comunicación ni justificación a la entidad gestora durante un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año. e) Renuncia del derecho. f) Suspensión de un año en los términos del artículo 14.2. g) Incumplimiento reiterado de las condiciones asociadas a la compatibilidad del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia a que se refiere el artículo 8.4, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente. h) Cualquier otra causa que se determine reglamentariamente. 2. La extinción del derecho a la prestación producirá efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que concurran las causas extintivas”, por lo tanto se debe examinar las causas que manifiesta la norma, primeramente a causa del fallecimiento del causante de la prestación, esto no es óbice que otros destinatarios del núcleo familiar puedan volver a percibir la prestación, por lo cual, esta norma se remita a su vez al artículo 6 de la misma que esta concluye mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴³ en su artículo 221 párrafo 2º que manifiesta: *“A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”,* por tanto, podrán iniciar los trámites para el IMV y, serán las parejas de hecho, aunque no se especifique en esta norma de forma análoga los matrimonios. Otras causas de la pérdida del IMV, serían: *“la pérdida definitiva de alguno de los requisitos exigidos para el mantenimiento de la prestación”, “por la superación de la renta tanto individual”,* así como familiar *“por un procedimiento sancionador”,* como el cobro de otras prestaciones que no sean de la Seguridad Social Española bien pueden ser Autonómicas o, trabajos sin que el empleador no realice un contrato y, sea verbal; salida de España sin previa comunicación superior a noventa días naturales, esto estaría recogido para los extranjeros que estén legalizados como residentes en España, por lo que, cabe mencionar el sistema administrativo sobre la suspensión y,

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

la devolución indebida de la prestación. Por otra parte, sobre la cesión de datos de los beneficiarios a la Seguridad Social Española, esta contemplado en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital⁴⁴ concretamente en su artículo 20 que señala: *“sin necesidad del consentimiento previo del titular de los datos personales, a las comunidades autónomas y entidades locales a través de la adhesión a los procedimientos informáticos con los requisitos establecidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la finalidad de facilitar la información estrictamente necesaria para el reconocimiento y control de las prestaciones competencia de dichas administraciones. La información facilitada no podrá ser utilizada con ninguna otra finalidad si no es con el consentimiento del interesado”*, por lo cual al ser un órgano oficial no exigirán el consentimiento de beneficiario basándose en el Reglamento Europeo de Protección de Datos⁴⁵ en adelante (RGPD) en su artículo 5 párrafo 1.b) y d) que señala: *“recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»)”*, por lo cual serán tratados como fines de interés público para administración y siguiendo con el mismo del artículo del (RGPD) señala: *“exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»)”*, por tanto los datos del beneficiario o , beneficiarios serán tratados con exactitud, por lo que lo contrario la Seguridad Social Española sería sancionada por los mismos beneficiarios, al hilo cabe mencionar el (RGPD)⁴⁶ en su artículo 6 párrafo 1 e) que señala: *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”*, por lo que en sí el tratamiento de datos será única y exclusivamente por la Seguridad Social Española.

8 CONSIDERACIONES FINALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERENCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BREVE HISTORIA RECIENTE DE LAS MIGRACIONES HASTA LA ACTUALIDAD DEL COVID-19

Pedro Garrido Rodríguez

Doctor por la Universidad de Salamanca. Docente de los Programas de Posdoctorado de Derechos Humanos DHPCBE y GDHDS de la Universidad de Salamanca; EIPPPD y EIPPS de la Universidade Portucalense, Oporto. Miembro investigador del Instituto Jurídico Portucalense, (UPT, Oporto) y del Seminario Internacional de Historia Contemporánea de los Derechos Humanos (USAL).

Sumário: 1 Introducción; 2 Breve historia contemporánea de las migraciones; Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Los movimientos migratorios existen desde el principio de los tiempos. Ya a partir del 9.000 a.C. comienza la Revolución Neolítica, que se extiende lentamente desde Oriente Medio hacia otras regiones de Europa gracias a las migraciones.

Durante la Edad Contemporánea, las migraciones adquieren un enorme volumen y una tipología más diversa que sólo puede comprenderse en su conjunto desde un enfoque pluridimensional que integre todas sus variables. Habría que discernir entre dos periodos fundamentales: las migraciones entre 1850 y 1973 y las migraciones desde 1973 hasta la actualidad. El incremento de la presión migratoria en los estados industrializados comienza a percibirse como un problema a resolver y se empieza a contemplar también con mayor receptividad la dimensión sociocultural y política de las migraciones y no solamente el factor económico, preponderante hasta ese momento. Si a ello le sumamos los cambios producidos a consecuencia de la pandemia mundial actual, la cuestión se torna complejísima. El objeto de aportar algo de claridad sobre este fenómeno motiva esta investigación.

2 BREVE HISTORIA CONTEMPORÁNEA DE LAS MIGRACIONES

En el periodo que va desde 1850 hasta 1973m se produce una importante diversificación de los tipos de las migraciones. Cristina Blanco¹ diferencia entre dos subprocesos migratorios: el de los inicios de la industrialización (1850-1920) y el de la consolidación económica y política del mundo occidental tras la 2ª Guerra Mundial (1945-1973).

En el primer periodo, el de los inicios de la industrialización (1850-1920), los principales flujos migratorios son: corrientes migratorias espontáneas, que van desde Europa hasta las colonias del Nuevo Mundo; corrientes migratorias forzadas, que parten de las colonias asiáticas con destino hacia otras colonias europeas y corrientes migratorias dirigidas, desde la Europa menos desarrollada hacia la Europa que comienza a industrializarse. También habría que señalar aquí la importancia de los flujos intranacionales del campo a la ciudad, que adquieren gran volumen en este periodo de industrialización².

Los principales destinos son EEUU y la Europa industrial. EEUU recibe entre 1800 y 1930 más de 40 millones de europeos en busca de tierras, autonomía y libertad, frente a las poco atractivas expectativas de proletarización que les ofrecía su Europa natal. EEUU no impuso restricciones a la inmigración hasta 1880. En Europa, Gran Bretaña, Alemania y Francia fueron los países donde la inmigración fue más acusada. Gran Bretaña fue el primer país europeo afectado por este proceso inmigratorio a gran escala. Su primera gran oleada inmigratoria estuvo protagonizada por irlandeses atraídos por la incipiente industria británica, movidos también por la precariedad de su agricultura y la escasa competitividad de su pequeña industria en comparación con la de Gran Bretaña. En 1851, había 700.000

1 BLANCO, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p.38.

2 En España, es ilustrativo el caso de Madrid, que experimentó entre 1850 y 1900 un crecimiento demográfico de casi el 150%, pasando en dicho intervalo de 221.707 habitantes a 539.835. Como señala Carballo Barral, de la Universidad Complutense de Madrid: *La mayoría de los movimientos migratorios interiores acaecidos desde mediados del siglo XIX en España estuvieron ligados a la nueva organización socioeconómica y a los diversos procesos desamortizadores liberales, a los cambios en el comportamiento demográfico y a la dualidad existente tanto en el sistema hereditario como en la distribución y propiedad de la tierra en el conjunto español. Estos factores coadyuvaron a la expulsión poblacional de vastas zonas rurales del interior con dirección a Madrid y a las zonas mineras e industriales del País Vasco o Cataluña*. El autor realiza en su artículo un análisis del proceso de creación de redes de apoyo a la inmigración rural y su integración en la ciudad a partir de vínculos familiares, de parentesco y de paisanaje. (CARBALLO BARRAL, Borja. "Redes familiares en la inmigración hacia el Ensanche Este de Madrid (1860-1878)". En Revista Electrónica *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Coloquios, 2008. Disponible en: <https://journals.openedition.org/nuevomundo/30993>).

irlandeses en Gran Bretaña, empleados la mayoría en duros trabajos de la industria textil y en la construcción de canales y vías férreas. La segunda gran oleada fue la de los judíos huidos de Rusia. Fueron alrededor de 120.000 en el intervalo de 1875 a 1914. Estas migraciones fueron en su mayoría definitivas. Los inmigrantes tuvieron una nacionalización accesible y las terceras generaciones de descendientes ya ocupaban puestos importantes sociolaboralmente. Alemania tuvo un proceso de reclutamiento forzado y de carácter temporal. Los terratenientes del este activaron una inmigración estacionaria de polacos y ucranianos en condiciones de trabajo muy duras y mediante un sistema que impedía el asentamiento permanente. Francia fue el lugar de destino de una importante corriente migratoria espontánea. La nueva industria originó una creciente necesidad de fuerza de trabajo en tareas que los franceses trataron de evitar en la medida de lo posible. Así, en 1911 había en Francia 1,2 millones de extranjeros, esto es, el 3% de la población.

Respecto al segundo periodo, el de la consolidación occidental (1945-1973), tuvieron lugar importantes cambios. El más significativo es que los países menos desarrollados hacen de emisores, pero también de receptores de flujos migratorios. Así, se establecieron redes regionales de corta distancia con sus países colindantes. Por ejemplo, Argentina en Sudamérica recibió a numerosos inmigrantes de Chile, Bolivia y Paraguay. En África, Sudáfrica, Nigeria y Mauritania se convirtieron en lugares de inmigración regional. Los países productores de petróleo de Oriente Medio se transformaron también en destino de trabajadores de Asia y norte de África.

Por otra parte, desaparecieron algunos movimientos de larga distancia, como los de los trabajadores asiáticos reclutados forzosamente hacia colonias europeas en el Nuevo Mundo; disminuyó la emigración europea hacia EEUU; surgieron nuevas redes intercontinentales en Sudamérica, África y Oriente Medio; aumentó la inmigración europea proveniente de la Europa menos industrializada y de las antiguas colonias, y se inició un cambio de dirección en las migraciones intercontinentales entre Sudamérica y Europa.

Los movimientos de trabajadores hacia Europa aumentaron. Principalmente con los trabajadores "invitados" por los países de destino y los provenientes de las antiguas colonias, que marcharon hacia la antigua metrópoli. Los trabajadores "invitados" fueron reclutados de manera acordada por los países emisores y receptores. Es el caso de Gran Bretaña, Bélgica, Francia, Suiza, Holanda y Alemania, que incorporaron trabajadores de países como Italia, Grecia, España, Portugal, Yugoslavia, Marruecos, Turquía y Túnez. Este sistema promovía el trabajo temporal y obstaculizaba el asentamiento permanente. Sin embargo, a pesar de las restricciones, el desplazamiento terminó siendo permanente en multitud de ocasiones. Por su parte, los trabajadores de las antiguas colonias supusieron otra partida importante de inmigración. Son ejemplo de ello los numerosos irlandeses y personas provenientes de la Commonwealth que emigraron a Gran Bretaña; los trabajadores procedentes de Argelia, Marruecos, Túnez, Senegal y Mauritania que marcharon a Francia, o los indonesios y caribeños que fueron a Holanda.

A partir de la 2ª Guerra Mundial, las migraciones sufrieron cambios sustanciales. Se añadieron nuevas corrientes migratorias con características igualmente novedosas. En este sentido, es fundamental la intervención de los Estados no sólo en las migraciones relacionadas con acontecimientos políticos, sino una intervención extendida a todos los tipos de migración. Prueba de esto es la creación por parte de éstos de ministerios de inmigración, la firma de convenios y tratados multilaterales, el establecimiento de leyes o la institución de acuerdos internacionales sobre la materia.

Por su parte, Louis Dollot señala que el ambiente beligerante previo a la 1ª Guerra

Mundial provocó un paulatino descenso de los flujos migratorios clásicos³. En primer lugar, se redujeron las migraciones transoceánicas, quedando prácticamente interrumpidas años después, con la crisis económica de 1929. Ésta es causante también del término de las grandes migraciones continentales. Al inicio de la 2ª Guerra Mundial, la emigración europea era bajísima. Prueba de ello es que en 1938 había sólo 100.000 emigrantes, frente a 600.000 en 1927 y 1.400.000 en 1913. Hay causas de diversa índole que influyen en este cambio: en los países nuevos cada vez hay menos espacio útil para asentarse y menos necesidad de fuerza de trabajo extranjera; los Estados establecen impedimentos a las migraciones; el desarrollo industrial en Europa exige mano de obra, lo que absorbe una gran cantidad de emigrantes potenciales; los países aplican políticas proteccionistas priorizando a su población nacional. Estas políticas proteccionistas y nacionalistas dieron como resultado un descenso pronunciadísimo de los flujos migratorios en 1929. La ligera reactivación producida en los años previos a la 2ª Guerra Mundial se caracterizó por un proceso de corrientes migratorias invertidas, es decir, los países de emigración pasaron a ser países de inmigración y viceversa. En 1939 había ya un equilibrio entre los movimientos de emigración y de inmigración.

En este contexto del S. XX, las migraciones forzadas de refugiados y desplazados adquirieron una dimensión sin precedentes. Las tensiones políticas y bélicas acontecidas en la comunidad internacional durante el S. XX propiciaron que poco a poco se fuera conformando una red cada vez más amplia de movimientos migratorios de esta índole que se fue extendido a nivel mundial. Durante la primera mitad del S. XX, estos desplazamientos estuvieron causados por luchas armadas, la descomposición de imperios y de Estados, el nacionalismo más radical y beligerante y los regímenes dictatoriales europeos. En Europa, los primeros grandes movimientos de refugiados estuvieron motivados por el inicio de las guerras balcánicas en 1911-1912, estando especialmente implicados búlgaros, griegos y turcos. El hundimiento de Rusia y la revolución bolchevique de 1917 provocaron 1.500.000 refugiados rusos que tuvieron que abandonar el país y refugiarse en Europa Occidental y el Extremo Oriente. El Tratado de Lausana⁴ hizo que 1.300.000 griegos y 400.000 turcos se vieran obligados a regresar a los países de procedencia. En los años siguientes al fin de la I Guerra Mundial, hubo alrededor de 9,5 millones de europeos desplazados⁵. Las dictaduras de España, Italia y Alemania originaron numerosos desplazamientos, ejemplo de ello es el millón y medio de alemanes, mayoritariamente judíos, que tuvieron que abandonar Alemania en el intervalo 1933-1939. La II Guerra Mundial provocó el desplazamiento de cuarenta millones y medio de europeos, el más cuantioso de la historia.

Durante la segunda mitad del S. XX, la cuestión de los refugiados se ha ido trasladando a todo el planeta y ha ido acrecentándose su complejidad. En la década de los cuarenta y cincuenta se produce en Asia la descomposición de varios estados. La separación de la India en los estados de India y Pakistán provocó el movimiento de 15 millones de personas entre ambos países. La división de Corea en Norte y Sur ocasionó el intercambio de 5 millones

3 DOLLON, Louis. *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971, p.97-120.

4 El Tratado de Lausana fue firmado el 24 de julio de 1922 en la ciudad suiza de Lausana entre los gobiernos de Grecia, Turquía y los Estados aliados de la Primera Guerra Mundial. El acuerdo concedía a Turquía la Tracia oriental, las islas de Imbros y Tenedos y garantizaba la integridad de la minoría griega en Turquía, así como la de la minoría turca en Grecia. Sin embargo, el acuerdo también suponía que la mayoría de la población griega de Turquía era trasladada a Grecia y del mismo modo una gran parte de la población turca de Tracia se trasladaba a Turquía.

5 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Destín, 2006, p.93-120. Las autoras señalan tres constantes hasta la llegada de la 2ª Guerra Mundial: el fortalecimiento del estado-nación, el volumen creciente de refugiados y un ambiente poco receptivo a los inmigrantes por parte de los países receptores.

de coreanos entre los dos territorios. La división de Vietnam en Vietnam del Norte y Vietnam del Sur produjo el desplazamiento entre ambos de un millón de personas. Desde la Guerra entre árabes e israelíes de 1948 numerosos palestinos, 2,7 millones en 1993, han tenido que desplazarse. En los años sesenta y setenta, la descolonización de muchos países de África como Argelia, Angola, Ruanda o Zaire estuvo inmersa en conflictos sociales y situaciones violentas que causaron numerosos desplazamientos dentro del continente. La Guerra Fría también tuvo su efecto en esta problemática, pues las potencias implicadas intervinieron en conflictos internos de otros países como Camboya, Afganistán, Angola o Mozambique, agravando así la situación.

Volviendo al tema general de las migraciones, Louis Dollot diferencia entre dos tipos de grandes movimientos internacionales después de 1945: las migraciones políticas: *producto de los desplazamientos de fronteras, de transferencias de soberanía de cambios de régimen, factores demográficos y una política de población o malthusiana que pueden representar un papel accesorio* y las migraciones económicas: *tendientes, para los expatriados provisionales o definitivos, a una promoción social y a la consecución de un nivel de vida mejor; para los países receptores, al desarrollo industrial y agrícola y a la expansión*⁶.

El periodo que va desde 1973 a la actualidad está precedido por un enorme crecimiento económico de Europa Occidental⁷, lo que promovió un gran flujo migratorio. Los grandes núcleos industriales del momento, esto es, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Inglaterra, Francia y Bélgica, se nutrieron de numerosos inmigrantes llegados desde los países vecinos del sur, principalmente Italia, Portugal, España y Grecia. Desde 1960 hasta 1973, esta mano de obra inmigrante tuvo una enorme importancia económica en los países desarrollados y fue crucial para que desde 1960 hasta la crisis de 1973 sus índices de producto nacional bruto crecieran en torno al 4% anual⁸. En 1950 había ya unos cinco millones de trabajadores extranjeros en los catorce países que integraron la UE antes de 2004 y la cifra aumentó considerablemente. Entre 1960 y 1973 se duplicó incluso el número de residentes de 3,3 a 6,6, en los doce países que eran comunitarios entonces, llegando a representar la población extranjera en torno al 6% del total. A lo largo de la década de los 60, los principales países receptores de inmigración, concebían a sus sociedades como culturalmente homogéneas y no veían las repercusiones culturales, sociales y políticas que la presencia cada vez más creciente de inmigrantes iba a generar a largo plazo⁹.

Con la crisis del petróleo de 1973, estas corrientes migratorias sufrieron un fuerte descenso. El considerable aumento de la inmigración de la década anterior, la recesión provocada por la crisis del petróleo y el proceso de cambio del sector industrial al sector servicios en las economías europeas, hicieron que la mayoría de países europeos establecieran condiciones de entrada a los inmigrantes más restrictivas que combinaban a su vez con programas de retorno. Superada la recesión económica, a lo largo de la década de 1980 se

6 DOLLLOT, Louis. *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971, p.109.

7 PANADERO MOYA, Miguel. Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria. En: PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997, p.15-26. Panadero Moya hace también en este capítulo un análisis de la población extranjera en la Unión Europea, con la distinción entre la población extranjera con y sin ciudadanía europea.

8 HIDALGO, Paloma. Los desplazamientos humanos en una perspectiva histórica. De las migraciones en la Edad Antigua a la emigración atlántica y post-bélica europea. En: MARRODÁN SERRANO, D.; PRADO MARTÍNEZ, C. (Coords.): *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1994.

9 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Eida. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.93-120. Las autoras realizan además un recorrido exhaustivo por las migraciones internacionales a lo largo del siglo XX, centrándose en los dos destinos con mayor volumen de población inmigrante: América y Europa.

produjo una importante transformación en los flujos migratorios. Los países de Europa del sur, principalmente Italia, España y Grecia, cambiaron el sentido de sus corrientes migratorias, pasando a ser destino de la inmigración extranjera. Aparte, los países de Europa del norte, que habían sido países de recepción en las décadas anteriores, trataron de estabilizar sus flujos migratorios imponiendo fuertes restricciones a la inmigración en sus diferentes modalidades: inmigración regular, inmigración irregular y asilo. Sin embargo, junto a estas políticas restrictivas, hubo también una ampliación de los derechos de los trabajadores migratorios. Así, en Suecia y Holanda se implementó el asociacionismo, se facilitó el aprendizaje y el mantenimiento de la lengua materna, se fomentó la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y se permitió a los inmigrantes participar en las votaciones locales¹⁰.

Desde principios de los años 90, todos los países de la UE se han transformado en países receptores de inmigración, siendo la existencia de relaciones previas un criterio de gran importancia en la intensidad de sus flujos migratorios. Ejemplo de ello son los indo-paquistaníes que emigran a Inglaterra, los turcos que se dirigen a Alemania, los magrebíes que parten hacia Francia y España y los iberoamericanos que llegan también a este último país. Una constante de estos años ha sido el considerable incremento de la presión migratoria, fundamentalmente por el Este, con la caída del comunismo; y por el Sur de Europa, fundamentalmente desde África y desde Latinoamérica, por los vínculos de España y Portugal con sus antiguas colonias. La inmigración irregular ha crecido desmesuradamente en este decenio, en respuesta a lo cual los países europeos han articulado diversas medidas. Éstas son básicamente de dos tipos: la regularización de inmigrantes en situación irregular, atendiendo a criterios como el tiempo de residencia, el desempeño de un trabajo, etc.; y la deportación o privación de entrada en la misma frontera, que en muchos casos va acompañada de una sanción para los empleadores y las compañías de transporte. Junto a la inmigración irregular, los estados han prestado especial atención en la década de los 90 al incremento de las solicitudes de asilo, sobre todo en los primeros años de la década. Las condiciones para su concesión han sido fuertemente endurecidas para disuadir a potenciales inmigrantes económicos encubiertos bajo una solicitud de asilo. Las políticas de inmigración de los países europeos a lo largo de los 90 se han centrado fundamentalmente en las restricciones a la entrada, descuidando el objetivo de la integración de los inmigrantes y sus familias¹¹.

En el inicio del S. XXI, se ha intentado avanzar en favorecedora de una política migratoria comunitaria y se ha experimentado una cierta apertura hacia la inmigración, aunque ésta se ha ido apagando con el agravamiento de los conflictos sociales el aumento de la xenofobia. La política migratoria francesa presentada en 2002 por el Alto Consejo de la Inmigración, se centraba en la reducción de las restricciones y en la lucha contra la discriminación. En Alemania, donde se puso en 2001 la Tarjeta Verde para 20.000 técnicos informáticos, la ley de 2003 marca dos caminos para obtener el permiso de trabajo: personal cualificado con capacidades necesarias en el país que tenga una oferta de trabajo y personal cualificado seleccionado mediante un sistema de puntos¹².

El modelo migratorio ha sufrido pues, cambios vertiginosos en las últimas décadas. Para Panadero Moya¹³, las características del modelo migratorio actual en la Unión Europea son: 1.)

10 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.93-120.

11 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.116.

12 MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006, p.93-120.

13 PANADERO MOYA, Miguel. *Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria*. En: PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997, p.25-26.

El escaso volumen de sus manifestaciones; 2.) La tendencia a la consolidación de la población extranjera residente en su territorio y 3.) La promulgación de estrictas regulaciones nacionales que sujetan a los inmigrantes procedentes de terceros países carentes de la ciudadanía de la Unión Europea.

A lo largo de este periodo han surgido nuevas pautas migratorias: se ha acrecentado muy significativamente el volumen de las corrientes migratorias; se han ensanchado las redes migratorias; han aparecido nuevos países de emisión y recepción de inmigrantes; y se han diversificado los tipos y las formas de los movimientos migratorios. Todos estos cambios han conferido a las migraciones una entidad y una importancia social nunca antes vistas. Cristina Blanco¹⁴ sostiene que este carácter global identitario de las migraciones internacionales actuales se percibe principalmente en tres dimensiones: el incremento del volumen de migrantes, la ampliación de las redes migratorias y la diversificación de los tipos migratorios.

El aumento del volumen de migrantes es patente en las últimas décadas. Según la ONU, en 1965 había 76 millones de personas residiendo fuera de su país de nacimiento, en 1995 eran ya 125 millones. No sólo los países más desarrollados son los receptores de este aumento, factores como el establecimiento de redes migratorias entre los lugares en vías de desarrollo o las férreas restricciones a la inmigración puestas en práctica por los países más poderosos explican que países menos desarrollados reciban un fuerte volumen de inmigración.

La ampliación de las redes migratorias, acontecida durante los años 80 y 90, ha ayudado en gran medida a consolidar un complejo tejido de flujos migratorios internacionales. En esencia, las redes desde el sur hacia el norte y las transoceánicas son las más significativas, seguidas de las redes del interior de Asia y las del interior de África. Tras la caída del muro de Berlín, cobran gran importancia las migraciones de este a oeste, siendo Alemania, Suiza y Dinamarca los principales receptores de inmigración procedente de la antigua Yugoslavia y la antigua Unión Soviética.

La diversificación de los tipos migratorios ha sido enorme en las últimas décadas. Han aumentado muchísimo los tipos y las formas de migración. Aunque las migraciones más comunes son las de causa económica, también hay otros tipos de migraciones que o antes no existían o tenían una dimensión mucho menor a la que poseen en la actualidad.

Los refugiados y desplazados son un ejemplo de ello. Aunque, como antes se ha señalado, este tipo de migraciones forzadas tienen un largo recorrido histórico con raíces en la Antigüedad, en las últimas décadas esta problemática ha ido afectado a un volumen cada vez mayor de países y de personas, extendiéndose además a un nivel planetario. Según ACNUR, en 1960 había 1,4 millones de refugiados en el mundo, en 1995 la cifra ascendía a 27 millones y a finales de 2009 eran ya 36,4 millones¹⁵. Sin embargo, como indica Klaus J. Bade¹⁶, dentro del contexto nacional, europeo e internacional, las políticas de inmigración optan mayoritariamente por medidas restrictivas contra la inmigración de refugiados y solicitantes de asilo antes que por medidas que luchen contra las causas de la huida en los países de procedencia.

14 BLANCO, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p.34-56.

15 Más en concreto, la cifra a finales de 2009, según ACNUR, es de 36.460.306 personas, 10.396.540 refugiados, 983.420 solicitantes de asilo, 15.628.057 desplazados internos, 2.481.018 retornados, 6.559.573 apátridas y 411.678 en peligro objeto de interés por parte de la organización. En: Agencia de la ONU Para los Refugiados *La historia de los refugiados en estadísticas*. ACNUR. 2009. Recurso electrónico: <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas>.

16 BADE, Klaus J.. Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX. En: FERNÁNDEZ-RUFETE, J.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. (Eds.): *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio, 2005.

La problemática de los refugiados y solicitantes de asilo representa un punto límite donde la universalidad de los Derechos Humanos es puesta a prueba. Dado que es la comunidad política la que garantiza a los individuos sus derechos básicos, lo que está en juego en el caso del refugiado es el propio derecho a tener derechos¹⁷.

La actualidad más reciente nos sitúa en la complejísima y hasta ahora inédita coyuntura del COVID-19. Al igual que ocurre con todos los colectivos -y especialmente los más vulnerables-, la pandemia no ha hecho más que hacer todavía más difícil la situación de las personas migrantes. La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), refiere que en el año 2020 hay 79,5 millones de personas desplazadas en el mundo. Si se compara esta cifra con los datos de 2018, en la que hubo 68,5 millones, puede percibirse un aumento de 11 millones de personas.

Los refugiados y otras personas desplazadas son parte de los miembros más marginados y vulnerables de la sociedad. Están particularmente en riesgo durante este brote de COVID-19 porque a menudo tienen acceso limitado al agua, los sistemas de saneamiento y las instalaciones de salud. Más del 80 por ciento de los refugiados del mundo y casi todos los desplazados internos del mundo están alojados en países de bajos y medianos ingresos.

Ante esta situación, ACNUR está actuando en todo el mundo con proyectos de sensibilización, asesoramiento y apoyo logístico. En Brasil, se están formando áreas de aislamiento para casos sospechosos en Boa Vista y se están distribuyendo paquetes de higiene a comunidades indígenas en Belém y en Santarém. En Colombia, se han creado más de 30 líneas de ayuda telefónica para ofrecer asesoramiento a personas refugiadas e inmigrantes procedentes de Venezuela. En Venezuela, ACNUR está ofreciendo una respuesta con recursos médicos y asistencia técnica. En México, está dando información y equipamiento para albergues, con el fin de poder establecer áreas de aislamiento. También está localizando entre las personas refugiadas a personal médico que podría prestar una importante labor de ayuda.

Ya en África, en Uganda se están tomando medidas especiales de prevención, sensibilizando sobre hábitos de higiene, distribuyendo material desinfectante y apoyando la capacitación del personal de salud. En Etiopía, los socios de ACNUR se encuentran contratando y capacitando a personas refugiadas en labores de concienciación sobre el distanciamiento interpersonal, lavado de manos e higiene respiratoria.

En Siria, se están llevando a cabo actividades de información sobre buenos hábitos de higiene y se está capacitando personal médico para posibles intervenciones. En Irak, se están comprando equipos de protección para su empleo en fronteras y campos de refugiados. ACNUR ha enviado 4,4 toneladas de equipamiento médico a Irán como medida de apoyo a su debilitado sistema de salud.

En Grecia, se están aumentando los servicios de agua, saneamiento e higiene en los lugares en los que se concentra mayor población refugiada en las islas del Mar Egeo. En ellas, hay 35.000 personas refugiadas en centros y asentamientos con una gran superpoblación.

Estas son algunas de las más importantes iniciativas puestas en marcha hasta el momento por ACNUR, que ha hecho un llamamiento de emergencia por el coronavirus.

Cáritas ha alertado de la desprotección a las que están expuestos los pueblos de la Amazonía. En este sentido, está apoyando, en coordinación con el Consejo Indígena Misionero, a las comunidades indígenas de Amazonas y Roraima y de la cuenca del río Tapajós. Ha señalado el grave riesgo de contagio debido al aumento de las invasiones de territorios. Lo

17 DE LUCAS, Javier. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Ed. Icaria, 1996.

que supone un grave peligro más cuando se trata de comunidades con un sistema de salud muy precario. El apoyo se centra en la prevención y en la protección frente a la pandemia y en el apoyo al Estado en la aplicación de medidas urgentes que eviten consecuencias irreversibles en las comunidades indígenas.

Cruz Roja está llevando a cabo actuaciones reseñables. Destaca la elaboración de una Guía de actividades para el manejo del confinamiento en familia. Está realizando intervención familiar con niños, basada principalmente en el acompañamiento psicosocial. Está llevando a cabo cuidado alternativo a niños y adolescentes que se encuentran separados de sus familias biológicas y bajo el sistema de protección a la infancia. También es destacable su iniciativa del Servicio Multicanal Seracogedor, esto es, apoyo a las familias de acogida y a los profesionales de servicios sociales a través de los recursos digitales

Para finalizar, las actuales políticas restrictivas de inmigración han favorecido directa o indirectamente la aparición de otros tipos migratorios. Los países desarrollados de Occidente han ido reforzando sus fronteras exteriores, sin embargo, esto no es por sí mismo una solución pues, como subraya Cristina Blanco: *Puesto que las causas más sangrantes de las migraciones permanecen invariables, los intentos de cruzar fronteras también permanecen invariables*. Por otra parte, el reconocimiento de la reunificación familiar como factor fundamental para la correcta integración del inmigrante ha generado un tipo de movimiento migratorio de enormes dimensiones.

Uno de los grandes problemas de la inmigración en la actualidad, con especial incidencia en Europa, es la inmigración ilegal. Existen diversos tipos dentro de esta forma de inmigración y diversas formas de expansión del sector irregular, principalmente en el área de la construcción, la limpieza, los trabajos de temporada y otros empleos complementarios o de sustitución. El empleo irregular siempre lleva implícitos dos componentes¹⁸: el empleado en situación irregular y el empleador, que actúa de manera ilegal.

Otros tipos de migraciones que han crecido en las últimas décadas son las resultantes de la globalización mundial de la economía o del aumento del nivel de vida de determinados países. Un ejemplo de ello es la llamada “fuga de cerebros” o migración cualificada, que aún no ha sido lo suficientemente estudiado a pesar de su dimensión cada vez más creciente. Estas migraciones, vinculadas a los niveles más altos de la estructura sociolaboral, han crecido con mucha fuerza a partir de los años 90 y apenas sufren limitaciones por parte de los controles migratorios. Por otra parte, está tomando un cierto volumen la inmigración de la tercera edad. Cada vez son más las personas provenientes de países desarrollados en situación de jubilación o inactividad que aprovechan para pasar largas temporadas en otros países con mejor clima o calidad de vida.

El fenómeno migratorio actual está extendido a nivel planetario, posee un grandísimo volumen y tiene una tipología diversa. El grado de complejidad que ha adquirido nunca antes en la historia se había visto.

Por último, la situación de pandemia provocada por el COVID-19 ha puesto en una situación límite a millones de personas en todo el mundo. Los colectivos más vulnerables son los que lo tienen más difícil. Una vez más, se demuestra que ante problemas globales, no sirven soluciones fáciles, simplistas y de corto alcance. Es momento de fortalecer la cooperación internacional y la multilateralidad.

18 BADE, Klaus J.. Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX. En: FERNÁNDEZ-RUFETE, J.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. (Eds.): *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio, 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C.. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- Agencia de la ONU Para los Refugiados. *Reforzando la educación de los refugiados en crisis*. Ed. ACNUR, 2018.
- Agencia de la ONU Para los Refugiados *La historia de los refugiados en estadísticas*. ACNUR. 2009. Recurso electrónico: <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas>.
- Asamblea General de Naciones Unidas. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015. Nueva York, 2015.
- BADE, Klaus, J. *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*. Barcelona: Crítica, 2003.
- BADE, Klaus J.. *Europa y los movimientos migratorios de finales del S. XX*. En: FERNÁNDEZ-RUFETE, J.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. (Eds.): *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Ed. Universidad Católica San Antonio, 2005.
- BALDERAS, G. *Cristianismo, sociedad y cultura en la en la Edad Media: una visión contextual*. Universidad Iberoamericana. México, D.F., 2008.
- BAÑÓN HERNÁNDEZ, A. *Discurso e inmigración. Propuestas para un debate social*. Murcia: Universidad de Murcia, 2002.
- BERNAT, J. S.; GIMENO, C. (Eds.) *Migración e interculturalidad: de lo global a lo local*. Universitat Jaume I. Castelló de la Plana, 2006.
- BLANCO, Cristina. *Las migraciones contemporáneas*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- CACHÓN, L.; LAPARRA, M. *Inmigración y políticas sociales*. Barcelona: Ed. Bellaterra, 2009.
- CARBALLO BARRAL, Borja. "Redes familiares en la inmigración hacia el Ensanche Este de Madrid (1860-1878)". En Revista Electrónica *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Coloquios, 2008. Disponible en: <https://journals.openedition.org/nuevomundo/30993>.
- CHALIAND, G. *Atlas historique des migrations*. Paris: Editions du Seuil, 1994.
- CLARAMUNT, S.; PORTELA, E.; GONZÁLEZ, M.; MITRE, E. *Historia de la Edad Media*. Barcelona: Ariel, 1997.
- DE LUCAS, Javier. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Ed. Icaria, 1996.
- DOLLOT, Louis. *Las migraciones humanas*. Barcelona: Oikos-Tau, 1971.
- FERNÁNDEZ-RUFETE, José; GARCÍA JIMÉNEZ, Modesto (Eds.) *Movimientos migratorios contemporáneos*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2005.
- GAIGNÉ, C. *Aging nations and the future of cities*. Centre for Economic Policy Research. London, 2004.
- GARCÍA FITZ, F.. *Edad Media: guerra e ideología: justificaciones jurídicas y religiosas*. Madrid: Sílex, 2003.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. "Crisis humanitaria de refugiados, cooperación internacional y desarrollo e integración europea". En: *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M^a. Esther Martínez Quinteiro*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2018.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Inmigración y diversidad cultural en España. Su gestión desde la bonanza económica a la crisis*. Madrid: Ed. Fundamentos, 2014.

GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro. *Inmigración y diversidad cultural en España. Un análisis histórico desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.

HERRERA CARASSOU, R. La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones. Méjico D.F.: Siglo Veintiuno, 2006.

HIDALGO, Paloma. Los desplazamientos humanos en una perspectiva histórica. De las migraciones en la Edad Antigua a la emigración atlántica y post-bélica europea. En MARRODÁN SERRANO, D.; PRADO MARTÍNEZ, C. (Coords.): *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1994.

HOOPER, N.; BENNETT, M. *Atlas ilustrado la guerra en la Edad Media*. Madrid: Akal, 2001. Disponible en: <http://nuevomundo.revues.org/30993>.

IBARROLA-ARMENDARIZ, A.; H. FIRTH, C. (Eds.) *Migraciones en un contexto global: transiciones y transformaciones como resultado de la masiva movilidad humana*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007.

LEWIS, G. *Human migration: a geographical perspective*. London: Croom Helm, 1982.

LITTLE, L.; ROSENWEIN, B.. *La Edad Media a debate*. Madrid: Akal, 2003.

MALGESINI, Graciela. *Cruzando fronteras. Las migraciones en el sistema mundial*. Icaria: Fundación Hogar del Empleado. Barcelona, 1998.

MARRODÁN, Dolores; PRADO, Consuelo (Coords.) *Las migraciones: su repercusión en la sociedad y en la biología de las poblaciones humanas*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1994.

MERINO HERNANDO, Asunción; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda. *Las migraciones internacionales*. Madrid: Dastin, 2006.

MITRE, E. *Introducción a la historia de la Edad Media europea*. Madrid: Istmo, 2004.

MONTES DEL CASTILLO, Ángel; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a José (Eds.) *Migraciones, cultura y desarrollo*. Murcia: Universidad de Murcia, 2008.

Naciones Unidas *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2019*. Ed. Naciones Unidas, Nueva York, 2019.

PANDO BALLESTEROS, M^a. Paz; MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia; GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro (Dirs. y Eds.) *Pasado y Presente de los Derechos Humanos. Mirando al Futuro*. Madrid: Ed. Los Libros de la Catarata, 2016.

PANDO BALLESTEROS, M^a. Paz; GARRIDO RODRÍGUEZ, Pedro; MUÑOZ RAMÍREZ, Alicia (Eds.) *El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a la Profesora M^a. Esther Martínez Quinteiro*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquilafuente, N^o 243, 2018.

PANADERO MOYA, Miguel. Las nuevas realidades de las migraciones extranjeras en la Europa comunitaria. En: PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997, p.15-26.

PANADERO MOYA, Miguel; GARCÍA MARTÍNEZ, Carmen (Coords.) *Migraciones extranjeras en la Unión Europea*. Cuenca: Ed. Universidad de Castilla la Mancha, 1997.

RODRÍGUEZ, G.. "Migraciones e Inmigraciones en las religiones: la diversidad religiosa en el Medioevo". En: *Historia*, vol. 27, n^o 2, São Paulo, 2008.

TORRES, Francisco; GADEA, M^a. Elena *Crisis, inmigración y sociedad*. Ed. Ágora, 2015.

PANDEMIA Y DERECHOS DE LA NATURALEZA

Gina Chávez Vallejo

Doctora Cum Laude en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología. Master en Derecho Constitucional. Doctora en Jurisprudencia y Abogada de la República del Ecuador. Profesora Titular Principal del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Miembro fundador de la Red Internacional por el Nuevo Constitucionalismo Democrático. Miembro del Grupo de Trabajo de “Crítica Jurídica y Conflictos Sociopolíticos” (CLACSO).

Sumario: 1 Introducción; 2 Vivir la pandemia; 3 Lo ‘real’ y la condición de existencia; 4 La comunidad internacional: dialéctica del punto muerto; 5 La gestión del medio ambiente: mucho ruido y pocas nueces; 6 Derechos humanos y derechos ambientales y de la Naturaleza; 7 El momento de la pandemia: re-pensandolo todo; Referências.

1 INTRODUCCIÓN

Desde hace ya tiempo atrás, venía ocurriendo que todos los marcos teóricos y analíticos que nos permitían comprender la realidad, resultaban insuficientes para entender nuestra contemporaneidad. La presencia del Sars-coV2 terminó por evaporar lo que, en palabras de Bauman¹, ya se encontraba líquido, es decir, cambiante antes de que la experiencia se vuelva hábito.

Por la magnitud del hecho, un momento tan desconcertante como este no solo cabe examinarlo desde los cánones racionales a los que estamos acostumbrados en estos espacios, sino que también será necesario atender los planos subjetivos, personales y sensoriales en los que nos ha colocado el confinamiento y esta incursión de “lo real”, y conectarles con las estructuras de relacionamiento mantenidas entre Estado, sociedad y naturaleza.

Las ideas aquí planteadas, proponen pensar aquella relación entre Estado, sociedad y naturaleza, desde una perspectiva sociojurídica y constitucional, entendiendo que hoy más que nunca el Derecho no puede continuar en su pretensión de ser la solución aséptica, neutral y ciega frente a la realidad. Que si bien, la regla queda impregnada en su significado literal, la norma jurídica no puede tener como fin su realización en sí misma, sino la realización de los anhelos de orden de la sociedad a la que va dirigida.

2 VIVIR LA PANDEMIA

Traigo a este trabajo una de las tantas frase lapidarias genialmente expresadas por Hanna Arendt en su ensayo “La condición humana”. Dice: “Si cada uno se dedica exclusivamente a cultivar su jardín, algún día la maleza penetrará en su hogar, destruyendo su existencia idílica.”

En esta frase se condensa lo que nos ha pasado, no solo como personas sino como sociedad, con el advenimiento del Sars-coV2.

Nuestras vidas, perdidas en aspiraciones egoístas, sometidas a formas de esclavitud que aceptamos voluntariamente porque pensamos que es el camino para nuestra libertad, centradas en cuidar nuestro ascenso social y económico desde un pedestal de arrogancia e indiferencia hacia el “otro” y hacia nuestro entorno. Nuestros jardines hedonistas se vieron irrumpidos y nuestras casas devoradas por un “otro” indecible, un ‘bicho’, como también se lo llama en redes sociales, que en poco tiempo doblegó a la humanidad entera, y nos llama a repensarlo todo.

El confinamiento resultado de la pandemia nos regresó al núcleo originario de la sociedad, la familia, y nos enfrentó con nosotros mismos y con los nuestros, y no siempre la experiencia fue satisfactoria; eso dicen las estadísticas sobre el incremento de la violencia intrafamiliar durante la pandemia. Nos alejó de la vida social, pero nos dimos cuenta que hace tiempo ya vivíamos un alejamiento radical con los otros. La crudeza de los ritmos de la naturaleza nos puso a todos en un estado de igualdad, pero como siempre pasa, en poco tiempo nos dimos cuenta que unos éramos más iguales que otros; eso nos dicen las estadísticas de muertos, vistas por quintiles.

El confinamiento nos arrojó a un vivir desconcertante, a un estado sentipensante

¹ Asumiendo que el concepto de sociedad líquida puede ser aplicable tanto a las relaciones personales como al amor, al miedo o a los órdenes políticos, Zigmunt Bauman, sostiene que “La Sociedad moderna líquida es aquella en que las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en una rutina determinadas.” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Colección Paidós Estado y Sociedad. Madrid: Editorial Paidós Ibérica, 2010).

buscando comprender, y por ende construir, la realidad desde la experiencia particular, impregnada de sentidos y significaciones². Mi cuerpo - nuestros cuerpos- convertido en inagotable reservorio de pensar, sentir, decir, hacer³. Mi cuerpo -nuestros cuerpos- viviendo en un desdoblamiento nunca antes experimentado, entre nuestra visión del mundo y esta irrupción de lo "real", como diría Lacan, que representa la pandemia.

Este asalto de "lo real", que en principio nos demandó un ejercicio introspectivo para enfrentar el miedo y la incertidumbre, pronto chocaría con la frenética circulación de información, análisis de coyuntura y la cruda exposición de lo que significaba la pandemia. En ese momento, los muertos en Lombardía, los cadáveres en las calles de Guayaquil, el colapso de los sistemas sanitarios en muchos países y regiones, nos enfrentaba a otra dimensión de lo "real": la pandemia es drama humano y sus huellas marcan el devenir histórico. Pero además, sobre los muertos sin funerales, las fosas comunes y los subregistros burocráticos, el bicho estaba siendo aprovechado para profundizar los sistemas de explotación hacia los pueblos y la naturaleza.

En ese momento, los cielos despejados en las ciudades más contaminadas, los ríos limpios, las playas desiertas, los flamings en los canales de Venecia, los pingüinos en las calles de Sudáfrica, los elefantes paseando en calles de China e India, dejaron de ser la ilusión de un mundo posible, y en su lugar emergía lo "real" y su cruda condición de existencia.

3 LO "REAL" Y LA CONDICIÓN DE EXISTENCIA

Más allá de las teorías conspirativas que circulan, de las peligrosas acusaciones entre Estados Unidos y China sobre el origen de la pandemia, del incremento del gasto militar de las grandes potencias, de los éxitos y fracasos que han tenido en el manejo de la pandemia los distintos países y, por supuesto, considerando el declive del Estado social y la preeminencia del neoliberalismo financiero especulativo visto desde la teoría, la ideología y la metodología, las tres categorías de análisis que propone Bobbio; queda claro que la pandemia y la dimensión global que ha adquirido, es el resultado de las constantes, profundas y sistemáticas alteraciones que como especie hemos provocado en los ciclos vitales de la naturaleza. Y es, precisamente, lo que hace relevante hablar en este momento del medio ambiente y de los derechos de la Naturaleza; de esa naturaleza que surge como realidad y como condición de existencia en la post pandemia.

No hace falta remitirnos al hecho de que nuestra arquitectura cultural de origen bíblico manda al "hombre" a dominar la naturaleza, y nos ha conducido hasta el momento actual, en una escalada de dominación de la naturaleza que ha transitado por la agricultura, pasando por el hierro, el motor, la industria, la extracción, hasta llegar a la depredación.

Basta referirnos a este momento civilizatorio de la depredación como un continuo que arranca con la era industrial, que potencia la extracción de recursos naturales y llega a degradar la calidad del ambiente hasta impactar en la capa de ozono al punto de provocar los actuales problemas de cambio climático; alcanza a la depredación de innumerables especies llevándolas a su extinción; altera importantes ciclos naturales que resultan en enfermedades que diezman grupos de población enteros, y ahora doblega a toda la humanidad.

2 CLOSIER, Lizbeth. *Sistematización de experiencias. Una práctica senti-pensante para la transformación social*. 2014. Disponible en: <http://www.cepalforja.org/sistem/bvirtual/wp-content/uploads/2014/09/Clocier-sistematizacion-senti-Pensante.pdf>.

3 RAMÍREZ VELÁZQUEZ, Josefina. El cuerpo como inagotable reserva del pensar, sentir, decir, hacer. *Revista digital Corpo-grafías*, n.7, Enero-diciembre 2020. Disponible en: <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/CORPO/article/view/25909398.15501/15320>.

Solo para dar algunos datos, de acuerdo a Naciones Unidas⁴, el 60% de todas las enfermedades infecciosas en humanos son de origen animal y están estrechamente vinculadas con la degradación del medioambiente. “El deshielo de Groenlandia y la Antártida es hoy 6 veces más rápido que hace dos décadas”⁵. En medio de la pandemia, el desmantelamiento de la Amazonía brasileña se han disparado, mientras las acciones de control se reducen significativamente con relación al 2019.⁶

Pero además, los estudios respecto de los efectos del cambio climático alertan de que “los cambios bruscos de temperatura en regiones agrícolas de 103 países de todo el mundo influyen directamente en el ascenso de la migración”⁷. A lo que se suma la crisis alimentaria que sufren las poblaciones más susceptibles al cambio climático en el mundo, y que de acuerdo a la FAO, para el 2019, solo en el llamado corredor seco de América Central, integrado por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, alcanza a 4.4 millones de personas. Pero además, la hambruna sea por inseguridad alimentaria, conflictos armados, sequías o crisis económica, de acuerdo a la misma FAO, afectó en el 2019 a 135 millones de personas en 55 países. No obstante, a mayo del 2020, el Organismo prevé una duplicación de dicha cifra, por efectos de la pandemia.

Hablamos, por tanto, de una realidad que afecta las condiciones de existencia de humanos y no humanos, en distintos grados y dimensiones, y con efectos que llegan a ser irreversibles.

Este contexto nos lleva ineludiblemente a preguntarnos, qué ha hecho la comunidad internacional para enfrentar las causas de los problemas del medio ambiente derivados de los sistemas de vida, como la expansión urbana o los sistemas de industrialización, producción y de consumo, p.e., que desde hace décadas atrás ha quedado claro, son los causantes de los cada vez más frecuentes problemas ambiental y de los efectos del cambio climático, cuya discusión se puso en auge en los últimos decenios.

4 LA COMUNIDAD INTERNACIONAL: DIALÉCTICA DEL PUNTO MUERTO

Las políticas globales del ambiente que vimos surgir en la segunda mitad del siglo XX, llegaron tempranamente marcadas por visiones economicistas que transformaron la naturaleza en ambiente, y que quedaron marcadas desde la Conferencia de Estocolmo de 1972, con el lema del Desarrollo Sustentable.

Desde mi punto de vista, dos dinámicas han marcado las políticas internacionales sobre el medio ambiente: una interna, que tiene que ver con la dinámica de construcción de los instrumentos internacionales y su recepción en los países miembros de la comunidad internacional; y otra externa, que tiene que ver con los avances científicos y tecnológicos que van en contravía de los acuerdos internacionales de protección del medio ambiente y que también son receptados por los países.

Respecto de lo primero, las ‘políticas del ambiente’ entraron prontamente a la delinarse dentro de la dinámica usual de construcción de instrumentos internacionales que,

4 NACIONES UNIDAD. “COVID-19 está devastando a las comunidades indígenas del mundo y no sólo se trata de la salud” – advierte experto de la ONU. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25893&LangID=S>.

5 PICAZO, Mario. El deshielo de Groenlandia y Antártida es hoy 6 veces más rápido que hace dos décadas. *El Tiempo*, 2020. Disponible en: <https://noticias.eltiempo.es/el-deshielo-de-groenlandia-y-antartida-hoy-es-6-veces-mas-rapido-que-hace-dos-decadas/>.

6 GONÇALVES, Eduardo. Em meio à pandemia, o desmatamento dispara na Amazônia. *Veja Abril*, Mayo 2020. Disponible en: <https://veja.abril.com.br/brasil/em-meio-a-pandemia-o-desmatamento-dispara-na-amazonia/>.

7 Missirian y Schlenker citados por el New York Times, 2017.

por lo general, surgen del trabajo de ´grupos de expertos` armados como resultado de alguna conferencia o cumbre internacional, y a los que se destinan importantes sumas de dinero para la contrataciones, o para financiar procesos consultivos a nivel internacional. Los resultados que se obtienen mediante estos procedimientos, pasan por algunos niveles de redacción, revisión y negociación entre países, pero también por el trabajo intensivo que despliegan poderosos lobbies vinculados a intereses de corporaciones transnacionales específicas. Las declaraciones, convenios, cartas y protocolos nunca pasan, previo a su aprobación en las instancias internacionales, por mínimos procesos de legitimidad democrática al interior de los países miembros de los organismos internacionales, lo que, por lo general, pone a los instrumentos internacionales en el vaivén político de cada Estado.

Respecto de lo segundo, en paralelo, existe otra comunidad que opera de manera silenciosa con más efectividad y empeño, y avanza a paso firme sin que haga parte de los rimbombantes debates globales sobre medio ambiente o el cambio climático. Me refiero a esa comunidad de conocimiento que sostiene las investigaciones de punta en campos del cambio climático, la biotecnología, semillas, medicina o bioquímica, y que tiene como particularidad, tanto sus vínculos con grandes intereses corporativos de carácter transnacional, como su financiamiento por parte de los organismos de financiamiento internacional como el Fondo Monetario Internacional FMI, el Banco Mundial BM o la Organización Mundial de Comercio OMC. Todo esto, amparado en la firma de convenios, tratados bilaterales o multilaterales de inversión, o acuerdos internacionales, que son suscritos, tarde o temprano, por los Estados nacionales. El drama que surge de este esquema es, sin duda, el debilitamiento de la capacidad para tomar decisiones soberanas por parte de los países, pero a la par está el poder que asumen las transnacionales para tomar decisiones sobre la vida suprimible.

Debido a este doble juego por el que en la una cancha se defiende a la naturaleza pero en la otra se la depreda, los resultados que como humanidad hemos obtenido mediante los esfuerzos por detener o revertir los problemas del ambiente y del cambio climático, por ejemplo, han sido catalogados por variadas voces especializadas como ´fracaso`⁸, esto porque luego de inversiones billonarias en estudios, programas, grupos de trabajo, cumbres internacionales y seguimientos a los resultados de las cumbres, no se ha logrado parar las emisiones de carbono responsables del cambio climático, la extinción de especies, o el deterioro ambiental, y con ello, las condiciones de vida de millones de personal alrededor del mundo; como tampoco han incidido en las relaciones de poder que esta dinámica de deterioro ambiental encierra. No es aventurado, por tanto, sostener que la comunidad internacional, en el tema del medio ambiente, ha instaurado una dialéctica kantiana⁹ del punto muerto; esto es, un marco de relacionamiento entre distintos actores y niveles de acción que dan la impresión de seguir avanzando en los consensos, pero en sí instauran un *statu quo* en el que ni se corrigen las causas del problema, ni se protegen a las víctimas que dejan a su paso, esto es, a la naturaleza y a los seres humanos afectados. En suma, se ha instaurado mecanismos de relacionamiento basadas en una lógica de las apariencias.

8 MARTÍNEZ, Paris. La política sobre cambio climático ha sido un fracaso en México, reconoce el Instituto de Ecología. Animal Político, 2019. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/02/cambio-climatico-politica-fracaso-ecologia/>; SEQUEIROS, Leandro, De la III Cumbre de la Tierra (Rio de Janeiro, 1992) al fracaso de la Conferencia de Kioto: claves para comprender mejor los problemas ambientales del planeta. *Enseñanza de las Ciencias de la Tierra*, 1998, p.3-1; entre tantos otros.

9 VÁZQUEZ LOBEIRAS, María Jesús. Inmanuel Kant: el giro copernicano como ontología de la experiencia. *Éndoxa: Series Filosóficas*. n.18. Madrid: UNED, 2004, p.69-93. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/endoxa/article/view/5082/4901>.

5 LA GESTIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES

En cuanto a las respuestas nacionales, los países centraron sus acciones en la gestión del ambiente, en donde el mayor o menor protagonismo gubernamental no siempre ha sido favorable al ambiente. No obstante, en Latinoamérica, se constitucionalizaron los derechos ambientales, se amplió la capacidad regulatoria del Estado en la materia, se han destinado fondos para programas estatales y no estatales, y al momento, se cuenta con una amplia legislación nacional administrativa y sancionatoria. Se cuenta también con una creciente jurisprudencia de carácter nacional, y doctrina establecida por cortes internacionales.

Refiriéndonos a los procesos de constitucionalización de los derechos ambientales, diremos que en Latinoamérica hemos tenido dos olas de reformas. La primera ocurrió en la década de los 90s, y se caracterizó por reconocer el derecho humano al medio ambiente sano y libre de contaminación. Por esta vía, se instauró un esquema tecnocrático de gestión, manejo, uso y preservación del ambiente, que dicho sea de paso, siempre, o casi siempre, entra en pugna o contradicción con otras esferas de la gestión pública de los respectivos países, en especial, la económica, laboral, fiscal o financiera; en donde es fácil predecir quien gana y quien pierde.

No tuvo que pasar mucho tiempo para comprobar que pese a estos avances, la calidad del ambiente, la biodiversidad de nuestros países, la fauna y la flora y los ciclos vitales de la naturaleza, no dejaron de estar en peligro, por lo que los riesgos de deterioro ambiental, climático y de la biodiversidad continuaban avanzando sin conseguir ponerle freno. La solución técnica consistió en crear listas de especies en peligro de extinción, p.e., sin que tampoco estas vayan acompañadas con límites efectivos para las actividades humanas que las provocan.

No será sino hasta comienzos del siglo XXI que surja una segunda ola de reformas legales y constitucionales, esta vez, en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, proponiendo una formulación normativa innovadora que se plantea superar la visión antropocentrista del derecho al ambiente, reconociendo derechos a la naturaleza, en términos de derecho objetivo.

La Constitución ecuatoriana de Montecris¹⁰ en el inciso 2 do del artículo 10, en el marco de reconocimiento de que “Las personas, comunas, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”; a renglón seguido establece que: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Más adelante y refiriéndose a los derechos del Buen Vivir, el Capítulo Séptimo “Derechos de la Naturaleza”, en cuatro artículos (Ats. 71 al 74), traza aquellos derechos que quedan garantizados.

Desde la prescripción normativa, la Naturaleza o Pacha Mama, “tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.” También tiene derecho a la restauración, lo que de hecho implica asumir acciones positivas y pro activas por parte del Estado, para su consecución; así como se otorgan amplias facultades a la ciudadanía para actuar en su defensa. Se trata por tanto de un derecho objetivo que establece deberes y obligaciones a ser

10 Así denominada por el lugar en donde se reunió la Asamblea Constituyente. Montecristi es un cantón de la provincia costera de Manabí, famoso porque ahí se originaron los denominados “Pamana Hats”, pero sobre todo por ser el lugar de nacimiento del General Eloy Alfaro, quien lideró y consolidó la revolución liberal de finales del siglo XIX y comienzos del XX, y quien, además, fue pionero en comercializar el famoso sombrero, fruto de sus frecuentes exilios.

observados por el Estado y la sociedad.

Si atendemos al sentido teleológico de las normas constitucionales referidas, diremos que implica otorgar un valor en sí a la naturaleza, independientemente del conjunto de intereses o necesidades humanas. Exige asumir una responsabilidad estatal para garantizar su integridad, y compromete a la ciudadanía y a los entes estatales en su restauración y preservación.

En el esquema de la Constitución ecuatoriana, los derechos de la naturaleza, tal como los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, marcan los fines del Estado, los mismos que se apalanca en tres grandes pilares: 1) el régimen de desarrollo concebido como un sistema participativo en donde se resguardan varias nociones de soberanía como la soberanía ambiental, alimentaria y económica, p.e.; 2) el Buen Vivir, esto es, el conjunto de condiciones que hacen posible la calidad de vida de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, y de la naturaleza. Para la Constitución, estas condiciones se componen de: educación, salud, seguridad social, habitad y vivienda, cultura, cultura física y tiempo libre, comunicación social, ciencia y tecnología, población y movilidad humana, seguridad humana, transporte, así como la biodiversidad y los recursos naturales; 3) la integración regional marcada por la cooperación Sur-Sur y la promoción del manejo sustentable del patrimonio natural, la cooperación y complementación energética, la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua, el desarrollo científico y tecnológico y la implementación de estrategias de soberanía alimentaria.

De esta manera, la Constitución ecuatoriana reconoce dos tipos de derechos: los derechos ambientales, concebidos para proteger el ambiente, en tanto condición para el bienestar del ser humano; y los derechos de la Naturaleza que reconoce valor moral a los seres vivos no humanos, y por ende, les otorga garantías. Este último, por tanto, será un derecho que por otorgarle estatus de dignidad, y por ende, calidad de persona a seres vivos no humanos, su resguardo rebasa los cuadros de protección del bienestar humano, cobrando valor en sí.

6 DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS AMBIENTALES Y DE LA NATURALEZA

La Constitución de Montecristi pone a los derechos ambientales y a los derechos de la Naturaleza, en clara relación de interdependencia con los derechos humanos. Como resultado, los problemas ambientales y de la naturaleza, serán abordados en estrecho diálogo con los derechos humanos, a fin de ofrecer respuestas viables y adecuadas a la conflictividad que surge de las formas de relacionamiento que mantiene nuestras sociedades contemporáneas con respecto de los recursos naturales, el medio ambiente y los ciclos vitales de la naturaleza.

El surgimiento de este nuevo derecho ha activado varios espacios ciudadanos en distintos países y variados expresiones, unos impulsando el debate y los estudios académicos, otros activando mecanismos judiciales para su protección, y tantos otros, generando pronunciamientos de instancias internacionales o regionales. Dos de las más relevantes son, precisamente, la conformación del grupo Armonía con la Naturaleza, en el marco de la ONU, encargado de redactar y promover la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza; y, la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH.

Este último documento, aunque no se refiere a los derechos de la Naturaleza, es relevante para nuestro análisis dado que la Corte, atendiendo a cuestiones planteadas por Colombia respecto de las obligaciones de los estados en relación al medio ambiente, en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal,

establece, entre otros asuntos de interés, lo siguiente: 1) ratifica la interdependencia entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo a la par la autonomía del derecho al medio ambiente sano; 2) determina su exigibilidad mediante el artículo 26 de la CADH; 3) establece que el derecho al medio ambiente sano cuenta con connotaciones tanto individuales como colectiva, apelando al interés universal de las generaciones presentes y futuras; 4) reconoce la relación de protección de un medio ambiente sano con los grupos en situación de vulnerabilidad y establece como grupos de especial protección a los pueblos indígenas y tribales, a los niños y niñas, a las personas con discapacidad y a las personas que viven en extrema pobreza, reconociendo, además, el impacto potencial sobre las mujeres. De estos parámetros se derivan obligaciones de los estados sobre (i) prevención, (ii) precaución, (iii) cooperación y (iv) obligaciones de procedimiento.

Mientras la relación de los derechos al medio ambiente y los derechos humanos ha quedado esclarecida en la OC-23 referida, incluyendo su justiciabilidad, los derechos de la Naturaleza comienza a arrojar decisiones judiciales en distintos países, garantizando derechos de ríos o derechos de animales, y modificando de a poco las brechas culturales y civilizatorias que hasta el momento han condenado a la naturaleza a su negación.

7 EL MOMENTO DE LA PANDEMIA: RE-PENSANDO TODO

La pandemia nos encontró con grandes problemas globales como la hambruna, la migración y el cambio climático, pero ésta terminó de desnudar las estructuras estatales, y también la de los organismos de naturaleza pública internacional, en lo que atañe al gobierno de las poblaciones, la regulación en emergencias, la provisión de servicios, el cuidado de sus ciudadanos y las garantías de sus derechos.

Pensemos, por ejemplo, en la Organización Mundial de la Salud OMS, que se encuentra en el ojo de la disputa acerca del origen de la pandemia y su gestión global, mientras los distintos gobiernos se mueven entre el negacionismo y el activismo de la pandemia. Los resultados, en cuanto a las muertes evitables, las condiciones de vida de las poblaciones vulnerables, los derechos en estados de emergencia o los sistemas de salud para el cuidado de la población infectada, a penas los podemos dimensionar en los deficientes reportes oficiales y otros estudios algo más sólidos, pero todo apunta a que los celebrados avances científicos y tecnológicos, y tanta institucionalidad pública y privada construida en lo que va de vigencia el Estado liberal moderno, más aún en su fase de desarrollo infocognitivo¹¹ y rentista-especulativo, no están hechos para afrontar las consecuencias de sus modelos económicos basados en el despojo al ser humano y a la naturaleza.

El 'repensarlo todo' significa, entonces, asumir con seriedad la revisión de la matriz de relacionamiento entre Estado, sociedad y naturaleza, que redefina el papel de las estructuras nacionales e internacionales, públicas y privadas, desde perspectivas de un 'común' que diseñe estructuras para humanos y no humanos y de nociones de lo 'público global', que vaya más allá de lo internacional. Pero que también redefinan las soberanías nacionales y la integración regional, a fin de que sus límites dejen de ser las unidades administrativas del capital global o de la delincuencia internacional, y se concrete en las soberanías alimentaria, económica y ecológica, como camino para cerrar las brechas entre quienes están en mejores y peores condiciones para enfrentar los riesgos comunes.

11 RAMÍREZ GALLEGOS, René. Dictaduras democráticas, autoritarismo neoliberal y revueltas populares en tiempos de Covid-19. *Celag.Org.*, 2020. Disponible en: <https://www.celag.org/dictaduras-democraticas-autoritarismo-neoliberal-y-revueltas-populares-en-tiempos-de-covid-19/>.

Algunos planteamientos de fondo ya fueron planteados desde una perspectiva progresista. Basta recordar lo que el ex presidente Rafael Correa expresó en la 70^o. Asamblea General de las NNUU, 2015, como preámbulo de la Cumbre Ambiental, cuando sostuvo que: “Por primera vez la pobreza no es fruto de la escases de recursos o factores ambientales sino de sistemas económicos y de relaciones de poder perversos que potencian una insultante opulencia a la par que una indignante pobreza”. Manifestó que “la mejor manera de reducir la pobreza es reducir las distancias sociales, territoriales, ambientales y culturales”. “Estas injustas relaciones de poder, afirmó, se ve a nivel global respecto de los problemas del cambio climático en el que los países en vías de desarrollo aportamos no más del 0.1% de las emisiones globales de carbono pero sufren los más graves efectos de dichas emisiones al ambiente”.

En dicha intervención, terminó abogando porque “las Naciones Unidas apruebe una Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza en el que el principal derecho sea el que pueda seguir existiendo, pero también que pueda seguir ofreciendo los medios necesarios para que nuevas sociedades puedan seguir viviendo”. Con esto llamaba a “asumir que el ser humano no es lo único importante de la naturaleza pero sigue manteniendo su grado de importancia”, por lo que abogó por “asumir los desafíos del cambio climático con justicia social”. Estas tesis son entendidas por los analista como biorepublicanismo del Buen Vivir¹², o biosocialismo republicano¹³.

Justicia social y justicia ecológica serían los imperativos de la post pandemia, a lo que las estructuras estatales e internacionales deban ajustarse. La buena noticia es que no partimos de cero, si consideramos que los modelos constitucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano ya lo contienen, cuando dejan claro que el carácter finalista del Estado se cumple en el garantismo de los derechos, la democracia participativa, el fortalecimiento de lo público, las políticas integrales como ejercicio gubernamental y el intervencionismo estatal socialmente justificado. Pero, hay que reconocerlo, tanto los gobiernos progresistas como las constituciones progresistas se vieron truncadas por los acontecimientos políticos de los últimos años en la región, muy especialmente los ocurridos en Bolivia y Ecuador. Aunque también debemos reconocer que su derrota no tiene que ver con el agotamiento del modelo sino con su derrota política, ocurrida en el marco de procesos inconstitucionales, ilegales e ilegítimos, por lo que su vigencia sigue intacta.

Con esto, y siguiendo a Ramírez Gallegos¹⁴ cuando sostiene que el CoVid-19 actúa como catalizador de las contradicciones que vive el mundo y la región, pero las transformaciones las hacen los pueblos, no los virus; el ‘repensarlo todo’ tiene como catalizador la idea de constitución viva¹⁵ y contextual¹⁶, por su potencial de mantener activa la capacidad de corrección frente a actos y acciones que frustran el cumplimiento de sus fines, que con la pandemia deberían centrarse en implementar esa nueva relación Estado, sociedad y naturaleza a la que nos hemos referido.

12 LARREA MALDONADO, Ana María, El Buen Vivir como contrahegemonía en la Constitución Ecuatoriana. *Utopía y Práxis Latinoamericana*, Venezuela, v. 16, n. 53, abr./jun. 2011, p.59-70.

13 RAMÍREZ GALLEGOS, René. Socialismo del sumak kawsay: o, Biosocialismo republicano. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Documento de Trabajo*, n. 2. Quito, Ecuador, 2010.

14 RAMÍREZ GALLEGOS, René. Dictaduras democráticas, autoritarismo neoliberal y revueltas populares en tiempos de Covid-19. *Celag.Org.*, 2020. Disponible en: <https://www.celag.org/dictaduras-democraticas-autoritarismo-neoliberal-y-revueltas-populares-en-tiempos-de-covid-19/>.

15 ACKERMAN, Bruce. La constitución viva. Temis 55. *Revista de Derecho*, dialnet.unirioja.es, 2008.

16 HÄBERLE, Peter. La constitución en el contexto. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, dialnet.unirioja.es, 2006.

Para terminar, una salida republicana que rescate lo público, que garantice el resguardo de la vida, la salud, la educación y las demás condiciones de vida, es posible siempre y cuando se lo asuma como vía democrática para modificar de manera sustancial las relaciones de poder, las estructuras sociales y la cultura de una sociedad que ha llegado a sus límites. Y es posible siempre y cuando las nuevas reglas que surjan de esta pandemia incorporen, por un lado, los intereses de todos los seres dotados de sensibilidad, y por otro, comprometa a ciudadanos y gobernantes en su puesta en marcha. El potencial de un biorepublicanismo del Buen Vivir, o si se prefiere un biosocialismo del Buen Vivir será posible, por tanto, al amparo de este nuevo pacto entre Estado-sociedad y naturaleza, en donde la libertad sea sinónimo de no dominación, no despojo y no depredación de la naturaleza, superando el concepto liberal de libertad como no intervención.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. La constitución viva. Temis 55. *Revista de Derecho*, dialnet.unirioja.es, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Colección Paidós Estado y Sociedad. Madrid: Editorial Paidós Ibérica, 2010.

CALDERÓN, Fernando; CASTELLS, Manuel. La nueva América Latina en la Kamanchaka global. *Teoría y Cambio Social*, CLACSO, n. 1, Mayo 2020, p.15-22. Disponible en: <https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2020/05/TC-1-2.pdf>.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 23/17*. 2017.

CLOSIER, Lizbeth. *Sistematización de experiencias. Una práctica senti-pensante para la transformación social*. 2014. Disponible en: <http://www.cepalforja.org/sistem/bvirtual/wp-content/uploads/2014/09/Clocier-sistematizacion-senti-Pensante.pdf>.

GONÇALVES, Eduardo. *Em meio à pandemia, o desmatamento dispara na Amazônia. Veja Abril*, Mayo 2020. Disponible en: <https://veja.abril.com.br/brasil/em-meio-a-pandemia-o-desmatamento-dispara-na-amazonia/>

HÄBERLE, Peter. La constitución en el contexto. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, dialnet.unirioja.es, 2006.

LARREA MALDONADO, Ana María, El Buen Vivir como contrahegemonía en la Constitución Ecuatoriana. *Utopía y Práxis Latinoamericana*, Venezuela, v. 16, n. 53, abr./jun. 2011, p.59-70.

MARTÍNEZ, Paris. La política sobre cambio climático ha sido un fracaso en México, reconoce el Instituto de Ecología. *Animal Político*, 2019. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/02/cambio-climatico-politica-fracaso-ecologia/>.

NACIONES UNIDAD. "COVID-19 está devastando a las comunidades indígenas del mundo y no sólo se trata de la salud" – advierte experto de la ONU. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25893&LangID=S>.

PICAZO, Mario. El deshielo de Groenlandia y Antártida es hoy 6 veces más rápido que hace dos décadas. *El Tiempo*, 2020. Disponible en: <https://noticias.eltiempo.es/el-deshielo-de-groenlandia-y-antartida-hoy-es-6-veces-mas-rapido-que-hace-dos-decadas/>.

RAMÍREZ GALLEGOS, René. Dictaduras democráticas, autoritarismo neoliberal y revueltas populares en tiempos de Covid-19. *Celag.Org.*, 2020. Disponible en: <https://www.celag.org/dictaduras-democraticas-autoritarismo-neoliberal-y-revueltas-populares-en-tiempos-de-covid-19/>.

RAMÍREZ GALLEGOS, René. Socialismo del sumak kawsay: o, Biosocialismo republicano. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Documento de Trabajo*, n. 2. Quito, Ecuador, 2010.

RAMÍREZ VELÁZQUEZ, Josefina. El cuerpo como inagotable reserva del pensar, sentir, decir, hacer. *Revista digital Corpo-grafías*, Núm. 7, Enero-diciembre 2020. Disponible en: <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/CORPO/article/view/25909398.15501/15320>.

SEQUEIROS, Leandro, De la III Cumbre de la Tierra (Rio de Janeiro, 1992) al fracaso de la Conferencia de Kioto: claves para comprender mejor los problemas ambientales del planeta. *Enseñanza de las Ciencias de la Tierra*, 1998, p.3-12.

SOTOMAYOR TRELLES, Enrique; ATAY CALLA, Fiorella. El medio ambiente desde el discurso y políticas de derechos humanos: una aproximación preliminar al estado de la cuestión. *Revista Themis- Revista de Derecho*, n. 74, 2018, p.139-152.

VÁZQUEZ LOBEIRAS, María Jesús. Inmanuel Kant: el giro copernicano como ontología de la experiencia. *Éndoxa: Series Filosóficas*. n. 18. Madrid: UNED, 2004, p.69-93. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/endoxa/article/view/5082/4901>.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA: UNA MIRADA AL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A FAVOR DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD¹

Krúpskaya Ugarte Boluarte

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

Sumário: 1 Introducción; 2 La responsabilidad internacional de los Estados en materia migratoria; 3 La trilogía de los tratados como garantía del orden internacional de los derechos humanos; 4 Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos; 5 Principio de igualdad y no discriminación; 6 Jurisprudencia de la CIDH en materia de migraciones; 7 Consideraciones finales; Referencias.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.39-61, set./dez. 2020.

1 INTRODUCCIÓN

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

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

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.² Esta Convención ha creado un Comité de expertos de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (órgano supervisor), quienes supervisaran el cumplimiento por parte de los Estados del tratado en mención.³ El objeto y fin de este tratado en términos de la CV1969, es proteger “los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares”.⁴ Esta norma internacional se encuentra en el Sistema Universal, y busca sensibilizar al interior de los Estados, el fenómeno de las migraciones, reconociendo la situación de vulnerabilidad.

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

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

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

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

4 Convención de Viena de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf.

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

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

en el párrafo 84, hace una distinción entre el término “distinción” que se usa para emplear lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. Y el término “discriminación” que se utiliza para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos⁷. En ese sentido el término discriminación se hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable.

En esta línea existe una preocupación de la comunidad internacional, que lleva a plantear líneas de trabajo para abordar desde un enfoque holístico, desde un fundamento moral, jurídico, teniendo en cuenta el contexto socio histórico, etc., y proponiendo nuevos desafíos, mecanismos como acuerdos bilaterales de migración laboral, admisión humanitaria, el caso de los apátridas⁸, dando nacimiento a toda una normativa internacional que regula el derecho internacional sobre migración, sin embargo, es importante ver si en tiempos de Pandemia este orden internacional es eficaz. Llevando todos estos grandes temas a un proceso de reconocimiento internacional en un contexto universal y regional, llevando a la necesidad de contar con normas de protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familiares.

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

2 LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN MATERIA MIGRATORIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cuadro elaboración propia del autor.¹²

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

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

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

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

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

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

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

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

Otro gran tratado que aporta normas, reglas y principios a las relaciones entre los Estados y la conformación del nuevo orden internacional es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶. Este instrumento jurídico es producto de consensos entre los Estados dando mayor relevancia jurídica a los tratados, evidenciando ante la comunidad internacional su verdadera fuerza vinculante y lo más importante, como define en su artículo 2, los tratados son una manifestación de voluntad propia de los Estados, en el uso y ejercicio de su soberanía. Su importancia mayor está en reconocer en los tratados como una fuente del derecho internacional y cómo estos generan una cooperación pacífica entre los Estados.

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

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

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

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

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

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

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

4 OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS

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

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

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

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

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

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

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

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

Agrega el Profesor Hitters que: “[...], esta responsabilidad internacional, en el marco del Tratado antes citado, nace en el momento mismo de la violación de las obligaciones generales *erga omnes* de respetar y hacer respetar-garantizar- las normas de protección, y de asegurarla efectividad de los derechos que allí se consagran en cualquier circunstancia y respeto de toda persona²¹. Así mismo señala, que esa responsabilidad arranca de actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes del Estado independientemente de la jerarquía de los funcionarios que no infrinjan las disposiciones del Pacto San José de Costa Rica, y de otros tratados- suscritos por los países- apareciendo inmediatamente el ilícito internacional.

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

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

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

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

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

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

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

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

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

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

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

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

Un segundo elemento: Se encuentra en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado, donde concurre el requisito de imputabilidad. Lo expuesto supone que el acto ilícito del Estado debe ser atribuible o imputable a éste en su calidad de persona jurídica. Se debe recalcar que, en conformidad a la sentencia antes citada, el hecho ilícito en cuestión debe haber sido realizado por el Estado, lo que supone que funcionarios estatales, ya sea del poder ejecutivo, legislativo o judicial, hayan incurrido en una violación de la Convención²⁴. Agrega, que una vez determinada la responsabilidad internacional, la Corte debe decretar los remedios procedentes, estableciendo los siguientes términos:²⁵

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

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

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

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

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

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

5 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La CIDH articula en estos párrafos, un carácter fundamental del Principio de igual y no discriminación. Se determina el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación. Determinando en el párrafo 97, que este principio es de jus cogens. Saliendo este término de la esfera del derecho de los tratados²⁹. Como podemos evidenciar en el contenido del párrafo 98 y 99 de la siguiente Opinión Consultiva.

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

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

Entonces, la CIDH cuando se refiere a la obligación de respeto y garantía, la Corte considera que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, estando relacionado al derecho a una protección igualitaria ante la ley³⁰. Sigue a este párrafo, uno que contiene la fuerza argumentativa y recoge la esencia de la Opinión Consultiva, como podemos leer al siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

La OIM es la encargada de prestar asistencia a los migrantes y gobiernos, al reconocer el vínculo entre la migración y el desarrollo económico, social y cultural, así como el respeto del derecho a la libertad de movimiento de las personas. Entre las actividades de la OIM que abarcan están la promoción del derecho internacional sobre migración, la protección de los derechos de los migrantes, la migración y salud etc. Esta entidad tiene una agenda propia, que permite dialogar de manera eficaz a nivel de los Estados³³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La emergencia viral que se está viviendo no sólo ha puesto en crisis la capacidad de prevención y atención sanitaria en muchos países del mundo, sino que también ha hecho visible que algunos grupos poblacionales son más frágiles que otros en diferentes regiones. Al respecto, las Naciones Unidas han señalado que “los más vulnerables – las mujeres y los niños, las personas con discapacidad, las personas marginadas y desplazadas- pagan el precio más elevado y, además, son quienes tienen un mayor riesgo de sufrir devastadoras pérdidas por el Covid -19.³⁷

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

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

6 JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN MATERIA DE MIGRACIONES

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

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

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

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003³⁸.</p>	<p>168. “Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos [...]”.</p> <p>169. “[...] Es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores [...]”.</p>
<p>Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010³⁹.</p>	<p>97. “Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana [...]”.</p>
<p>Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014⁴⁰.</p>	<p>351. “En este sentido, la Corte ha sostenido que “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio”, [...] “los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.</p> <p>402. “Por otra parte, en relación con los derechos de los migrantes, la Corte ha establecido que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, “siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos”. “[...] Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”.</p>

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

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

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

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

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003⁴¹.</p>	<p>112. “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales) [...]”.</p> <p>113. “Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”.</p>
<p>Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010⁴².</p>	<p>97. “Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana [...]”.</p> <p>98. “En este sentido, la Corte ha establecido que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues “son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y “diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes] [...]”.</p>

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

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

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

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.⁴³</p>	<p>101. “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o desde otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens”.</p>
<p>Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005⁴⁴.</p>	<p>140. “La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados [...]”.</p> <p>141. “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.</p>
<p>Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010⁴⁵.</p>	<p>248. “Este Tribunal ya ha considerado que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, en el dominio del jus cogens. En consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos [...]”.</p>
<p>Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012⁴⁶.</p>	<p>233. “En cuanto a los derechos de los migrantes, el Tribunal recuerda que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos [...]”.</p> <p>234. “En este sentido, la Corte recuerda que el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”.</p>

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

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

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

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

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

<p>Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005⁴⁷.</p>	<p>139. “La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”.</p>
<p>Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.⁴⁸.</p>	<p>94. “Un apátrida es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Esta condición podría originarse por varias razones, entre las cuales destaca la pérdida de la nacionalidad; la privación de la nacionalidad; la interpretación o aplicación de legislaciones relativas a la adquisición de la nacionalidad, y la sucesión de Estados [...]”.</p> <p>95. “La determinación de la nacionalidad o, en su caso, de la condición de apátrida resulta relevante en situaciones variadas, tales como las siguientes: (i) cuando se cuestiona el derecho de una persona de permanecer en un país en los procedimientos de expulsión; (ii) en la identificación del país o países en relación con los cuales la persona alega poseer un temor fundado de ser perseguida, en el sentido de la definición de refugiado; o (iii) cuando una persona busca la aplicación de las garantías establecidas en la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961”.</p>
<p>Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014⁴⁹.</p>	<p>256. “En este sentido, la Corte considera que la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin perjuicio de ello, resulta necesario que dicha atribución estatal se ejerza en concordancia con los parámetros emanados de normas obligatorias del derecho internacional a las que los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, se hayan sometido. Así, de acuerdo al desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, es necesario que los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad, tengan en cuenta: a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación”.</p> <p>257. “En cuanto a su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad”.</p>

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

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

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

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

<p>Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003⁵⁰.</p>	<p>133. “Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición [...] Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”.</p> <p>134. “De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”.</p>
---	--

F) Derecho de Asilo y Refugio

Derecho al Asilo

<p>Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013⁵¹.</p>	<p>137. “[...]La adopción de un catálogo de tratados relacionados al asilo diplomático y territorial y a la no extradición por motivos políticos conllevó a lo que comúnmente se ha definido como “la tradición latinoamericana del asilo”. En la región, el concepto tradicional del asilo evolucionó con el desarrollo normativo del sistema interamericano de derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (en adelante “Declaración Americana”), incluyó el derecho al asilo en su Artículo XXVII, el cual conllevó al reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo en las Américas. Este desarrollo fue seguido a nivel universal con la adopción en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual “el derecho de buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, fue explícitamente reconocido en el artículo 14. A partir de ese momento, el asilo se empezó a codificar en instrumentos de derechos humanos y no sólo en tratados de naturaleza netamente interestatal”.</p>
<p>Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014⁵².</p>	<p>81. “Este derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado [...]; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar [...]”.</p>

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

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

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

<p>La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018⁵³.</p>	<p>64. “Como puede advertirse, el derecho humano sobre el cual la Corte va a centrar su labor interpretativa es el “derecho de asilo”, como es posible denominarlo de modo general, y sus diversos componentes normativos de acuerdo a las disposiciones extractadas previamente. Sin embargo, dado que el término asilo constituye un concepto ambiguo tanto en derecho nacional como internacional al manifestar distintos significados, la Corte está llamada a interpretar si el artículo 22.7 de la Convención y el artículo XXVII de la Declaración cobijan como un derecho humano fundamental las diversas modalidades de asilo, esto es el asilo territorial, el estatuto de refugiado, y el asilo diplomático, o si por el contrario, el derecho de asilo en dichos instrumentos interamericanos está circunscripto a una o varias de dichas figuras”.</p>
---	---

Condición de Refugiado

<p>Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013⁵⁴.</p>	<p>144. “De conformidad con el artículo 1 de la Convención de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que: i) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, ii) o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.</p>
<p>Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014⁵⁵.</p>	<p>75. “Conforme la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, los elementos de inclusión para el reconocimiento de la condición de refugiado son: a) estar fuera del país de origen, esto es el país de nacionalidad o, en caso de las personas apátridas, de residencia habitual; b) tener un temor fundado; c) de persecución o amenaza de la misma; d) que el motivo de ésta haya sido la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y e) que no se pueda o, a causa de temores, no se quiera acoger a la protección interna del país de origen. La definición de refugiado es integral, lo cual significa que se debe cumplir con todos y cada uno de los elementos mencionados para obtener el reconocimiento”.</p>

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

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

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

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

<p>Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013⁵⁶.</p>	<p>151. “Al recordar que, en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo”.</p> <p>152. “Así, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo artículo 33.1[...]”.</p>
<p>Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015⁵⁷.</p>	<p>125. “[...] La Corte considera que en el presente caso las obligaciones del Estado frente a la solicitud de extradición del señor Wong Ho Wing derivan de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal), en relación con el artículo 1.1 de la Convención, conjuntamente con el principio de no devolución establecido en el artículo 13 (párrafo 4) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante también “CIPST”)”.</p> <p>128. “Adicionalmente, el sistema interamericano cuenta con un tratado específico, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual recoge el principio de no devolución, de la siguiente forma: “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente [...]”.</p>
<p>La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018⁵⁸.</p>	<p>167. “Sin perjuicio de ello, la Corte a continuación determinará si, a pesar de que el asilo diplomático no se encuentra protegido en el marco del sistema interamericano (supra párr. 156), subsisten otras obligaciones en materia de derechos humanos para el Estado de acogida y, en su caso, para terceros Estados, en virtud del riesgo que pudieran sufrir las personas que acuden a una legación en búsqueda de protección. [...]”.</p> <p>173. “Por tanto, el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana es amplio, en la medida en que las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción [...]”.</p>

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

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

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

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

<p>Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013⁵⁹.</p>	<p>154. “El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo”.</p> <p>155. “En consecuencia, dada la especial regulación del derecho a buscar y recibir asilo, y en relación con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio [...], en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, en procedimientos que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana deben ser analizados en relación con las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento, según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso”.</p>
---	---

7 CONSIDERACIONES FINALES

1 - La Responsabilidad Internacional de los Estados

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

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

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

3 - Principio de Igualdad y no Discriminación.

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

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

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

REFERENCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf. Organización Internacional para las Migraciones, 2018.

TABATA, Santelices y FEDDERSEN, Mayra. Ejecución de Sentencias internacionales sobre Derechos Humanos en Chile. Disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/07_Santelices_Feddersen.pdf. Consulta en: 29 set. 2013.

SOLIDARIEDADE INTERNACIONAL: BREVE REFLEXÃO SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO DO DEVER DE COOPERAR FACE À PANDEMIA DA COVID-19

Helena Telino Neves

Mestre e Doutora em Ciências Jurídico Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Especialista em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Especialista em Ciências Jurídico Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Especialista em Direito Europeu pelo Instituto de Direito Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Investigadora Associada do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Advogada. Bióloga.

Sumário: 1 Introdução; 2 Um dever jurídico de cooperar?; 3 Perspectivas para um dever de cooperar face aos impactos da pandemia da COVID-19; 4 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os efeitos sem precedentes da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 fizeram com que a Organização das Nações Unidas - ONU reconhecesse que “*the coronavirus disease (COVID-19) pandemic is one of the greatest global challenges in the history of the United Nations*”¹. Neste contexto, algumas resoluções foram aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dentre as quais as Resoluções nº A/RES/74/270, de 2 de abril de 2020 (“Solidariedade global para combater a doença coronavírus 2019 - COVID-19”) e nº A/RES/74/274, de 20 de abril de 2020 (“Cooperação internacional para garantir o acesso global a medicamentos, vacinas e equipamento médico para enfrentar a COVID-19”).²

A Assembleia Geral das Nações Unidas apelou à intensificação da cooperação e da solidariedade internacionais para conter, mitigar e superar a pandemia da COVID-19 e suas consequências, através da Resolução no A/RES/74/307, de 11 de setembro de 2020³. Tal Resolução mostra que os Estados, apesar de não conseguirem chegar a um consenso, estão comprometidos com ações para lidar com as consequências sociais e econômicas da pandemia. A ONU reiterou que a forma mais efetiva para lidar com a crise global é através da cooperação internacional, do multilateralismo e da solidariedade.

Aparentemente, os impactos socioeconômicos provocados pela pandemia fizeram com que os Estados reafirmassem o compromisso com a cooperação internacional. Todavia, não nos iludamos: se as declarações internacionais parecem apontar neste sentido, as práticas e as condutas dos Estados nem sempre são condizentes com as declarações de boas intenções. Neste século, nunca a solidariedade e a cooperação internacionais foram tão necessárias. Entretanto, a conjuntura atual, sobretudo com o reforço de práticas protecionistas e a intensificação de movimentos nacionalistas, mostra-se uma ameaça ao multilateralismo e extremamente desfavorável para o desenvolvimento de uma cooperação prática efetiva, sobretudo em matéria de direitos humanos.

Este artigo tem como mote o dever de os Estados cooperarem para a garantia dos direitos humanos sociais. Não obstante ter mascarado as pessoas, a pandemia desmascarou as desigualdades no acesso aos direitos socioeconômicos por determinados grupos de pessoas. Isso ficou bastante evidente em relação ao direito à moradia (Fiquem em casa! Qual casa?!), ao direito à água (Lavem as mãos! Com qual água?!), ao direito à saúde (falta de acesso aos hospitais, medicamentos e serviços de saúde, por exemplo).

A discrepância fica ainda mais evidente quando analisamos a vulnerabilidade de alguns países em vias de desenvolvimento face à pandemia. Se, em situações de normalidade, alguns deles já têm dificuldades em assegurar os direitos sociais para sua população, a situação agrava-se num estado de emergência sanitária mundial. Qual é o estatuto jurídico do dever de cooperar entre Estados? Qual o impacto da pandemia da COVID-19 neste contexto?

Nas linhas a seguir refletiremos sobre o atual estatuto jurídico-internacional do dever de cooperar e como as consequências da pandemia da COVID-19 podem modificar a sua concepção.

1 Cf. Resolução no A/RES/74/307, de 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/74/resolutions.shtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

2 Resoluções disponíveis em: <https://www.un.org/en/ga/74/resolutions.shtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

3 Resolução no A/RES/74/307, de 11 de setembro de 2020 foi aprovada com 169 votos a favor, 2 votos contra (Israel, Estados Unidos da América) e 2 abstenções (Hungria, Ucrânia). Resolução no A/RES/74/307. Disponível em: <https://undocs.org/A/74/L.92>. Acesso em: 15 set. 2020.

2 UM DEVER JURÍDICO DE COOPERAR?

Na ordem internacional, a pandemia da COVID-19 evidenciou que a cooperação pode ser uma quimera. A crise de confiança entre os Estados (especialmente a deterioração das relações entre os Estados Unidos da América e a China⁴) e as dúvidas sobre a eficácia do trabalho das organizações internacionais (essencialmente a descredibilidade do papel da ONU) estão restringindo rapidamente a cooperação e a assistência internacional a uma opção estratégica, afastando uma pretensa obrigação legal que poderia ser fundamentada na Carta das Nações Unidas e no direito internacional dos Direitos Humanos.

A Organização das Nações Unidas é responsável por promover a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional, com a finalidade de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre os Estados⁵. A Carta das Nações Unidas estabelece que um dos objetivos da ONU é a realização da cooperação internacional, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais⁶.

Para atingir esses objetivos, os membros da ONU dar-lhe-ão toda a assistência em qualquer ação que ela empreender em conformidade com a Carta das Nações Unidas⁷ e se comprometem a agir em cooperação com a ONU, em conjunto ou separadamente⁸. Desta maneira, a Carta das Nações Unidas poderia consubstanciar o primórdio de um fundamento normativo do dever de cooperar, sustentado no entendimento de que os Estados estão deliberadamente envolvidos na realização e promoção dos direitos humanos.

Tal restou evidente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que enfatiza que todos têm deveres de cooperar na observância dos direitos humanos, seja enunciando que toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades possam ser plenamente realizados⁹, seja estabelecendo que *todos* têm deveres para com a comunidade¹⁰ (grifo nosso). A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, portanto, que a promoção dos direitos humanos é um projeto partilhado por todos: Estados, indivíduos, organizações internacionais, povos, grupos e associações. O dever de cooperar internacionalmente no campo dos direitos humanos não parece estar moldado ou limitado aos confins institucionais da ONU.

A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhecem a importância da cooperação para a garantia dos direitos humanos. Contudo, não obstante o caráter vinculativo da Declaração Universal dos Direitos Humanos face à Carta das Nações Unidas, não há uma exatidão sobre quais seriam os reais compromissos assumidos pelos Estados em relação ao dever de cooperar na promoção dos direitos humanos, e nenhum mecanismo específico para sua exequibilidade foi determinado pelos supracitados instrumentos normativos.

4 Tal restou claro no discurso do Presidente Donald Trump na 75ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/09/1073002>. Acesso em: 22 set. 2020.

5 Conforme Artigo 55º, b da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Acesso em: 22 set. 2020.

6 Artigo 1º, (3) da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Acesso em: 22 set. 2020.

7 Artigo 2º, (5) da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Acesso em: 22 set. 2020.

8 Cf. Artigo 56º da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Acesso em: 22 set. 2020.

9 Artigo 28º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/eng.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

10 Cf. Artigo 29º, (1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/eng.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

Portanto, deve-se recorrer aos tratados internacionais de direitos humanos e ao direito consuetudinário internacional na busca por um possível fundamento jurídico do dever de cooperar.

Os tratados internacionais de direitos humanos impõem deveres de cooperar de várias formas e para vários destinatários. O preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC reconhecem que o indivíduo está obrigado a respeitar a vigência e a observância dos direitos reconhecidos naqueles Pactos, por ter deveres para com os outros indivíduos e a comunidade a que pertence.

Assim, o dever de cooperar na promoção dos direitos humanos sobrepassa a esfera estatal e os indivíduos passam de meros detentores de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais para atores ativos no dever de cooperar para a garantia desses direitos e, especialmente, de não se envolver em qualquer atividade ou realizar qualquer ato que possa cercear direitos ou liberdades de terceiros¹¹.

Face aos Estados, o artigo 2º, no 1 do PIDESC poderia ser apontado como uma fonte da obrigação estatal de cooperar:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas¹².

O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Comitê DESC enfatizou que a cooperação internacional para o desenvolvimento e, portanto, para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais é uma obrigação de todos os Estados, de acordo com os artigos 55º e 56º da Carta das Nações Unidas, com os princípios estabelecidos do direito internacional e com as disposições do próprio PIDESC¹³.

Na ausência de um programa ativo de assistência e cooperação internacional por parte de todos os Estados que estão em condições de empreendê-lo, a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais será uma mera aspiração. Deste modo, o Comitê DESC interpreta que o artigo 2º, no 1 do PIDESC impõe a todos os Estados Partes a obrigação geral de cooperar na realização dos direitos humanos¹⁴.

Entretanto, o Comitê DESC continua a estabelecer uma diferenciação de responsabilidades, dizendo que a obrigação cabe particularmente aos Estados que estão em condições de ajudar. O princípio da *responsabilidade comum, mas diferenciada* pode ser visto como corolário do desenvolvimento do direito internacional e requer a atuação por parte daqueles Estados em condições de ajudar. É difícil, no entanto, determinar quando uma obrigação de assistência ou cooperação internacional foi violada, dando lugar a pretensa responsabilidade jurídica internacional “because there is a paucity of judicial elucidation as to

11 Nesse sentido, ver: DESIERTO, Diane. Beyond the State: Our Shared Duties to Cooperate to Realize Human Rights during the Evolving Risks of a Global Pandemic. In: EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. Disponível em: www.ejiltalk.org. Acesso em: 20 ago. 2020.

12 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>. Acesso em: 22 set. 2020.

13 Cf. parágrafo 14º do Comentário Geral no 3 do Comitê DESC. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11. Acesso em: 22 set. 2020.

14 Cf. parágrafo 14º do Comentário Geral no 3 do Comitê DESC. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11. Acesso em: 22 set. 2020.

what directives would indicate that a given state was required to act in a particular situation, and how, in order to contribute to fulfilling socio-economic rights in the world”¹⁵.

Isso levanta questões acerca da *vinculatividade jurídica* da obrigação de cooperar, sobretudo em sua dimensão *positiva*, ou seja, na *execução ativa de medidas* para prestar assistência a um Estado que necessite.

Alston e Quinn afirmam que, ao examinar os trabalhos preparatórios do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é difícil sustentar que o compromisso de cooperação internacional contido no PIDESC possa ser caracterizado com precisão como obrigação juridicamente vinculativa para que um Estado forneça qualquer forma particular de assistência¹⁶. Alguns Estados têm sustentado que tal obrigação não é juridicamente vinculativa, como é o caso da Suécia: “Our position is no secret, there is no legal obligation of international cooperation and assistance; we do it out of a sense of international solidarity...we have a moral obligation”¹⁷.

Alston e Quinn, no entanto, consideram inapropriado sugerir que o compromisso não tenha nenhum sentido: em determinado contexto, de acordo com as circunstâncias, seria possível identificar deveres de cooperação internacional que poderiam ser obrigatórios com fundamento no artigo 2º, no 1 do PIDESC¹⁸.

O Comitê DESC tem se esforçado para elucidar o conteúdo da obrigação de cooperar. No Comentário Geral nº 12 sobre o direito à alimentação adequada, por exemplo, foi destinada uma seção específica para as obrigações internacionais dos Estados e estabelecido que:

In the spirit of article 56 of the Charter of the United Nations, the specific provisions contained in articles 11, 2.1, and 23 of the Covenant and the Rome Declaration of the World Food Summit, States parties should recognize the essential role of international cooperation and comply with their commitment to take joint and separate action to achieve the full realization of the right to adequate food. In implementing this commitment, States parties should take steps to respect the enjoyment of the right to food in other countries, to protect that right, to facilitate access to food and to provide the necessary aid when required. States parties should, in international agreements whenever relevant, ensure that the right to adequate food is given due attention and consider the development of further international legal instruments to that end. States parties should refrain at all times from food embargoes or similar measures which endanger conditions for food production and access to food in other countries. Food should never be used as an instrument of political and economic pressure. In this regard, the Committee recalls its position, stated in its General Comment no 8, on the relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights¹⁹.

15 SALOMON, Margot E. *How to keep promises: making sense of the duty among multiple states to fulfill socio-economic rights in the world*. In: SHARES Research Paper, 53, 2014, p.5. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/58105/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

16 ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. In: *Human Rights Quarterly*, v. 9, no 2, may/1987, p. 191.

17 Declaração do representante da Suécia na primeira sessão da Força Tarefa para o Direito ao Desenvolvimento, em 2004, citado por: LANGFORD, Malcolm; COOMANS, Fons; GÓMEZ ISA, Felipe. *Extraterritorial Duties in International Law*. In: M. Langford, W. Vandenhole, M. Scheinin, & W. Van Genugten (Eds.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 62.

18 ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. In: *Human Rights Quarterly*, v. 9, no 2, may/1987, p. 191.

19 Cf. parágrafos 36o e 37o do Comentário Geral no 12 do Comitê DESC. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11. Acesso em: 22 set. 2020.

Subsequentemente, o Comentário Geral nº 13 sobre o direito à educação reforça a obrigação dos Estados Partes em relação à prestação de assistência e cooperação internacional para a plena realização do direito à educação, que pode se consubstanciar, por exemplo, na adoção de medidas para garantir que a adoção de acordos internacionais não tenha um impacto adverso sobre o direito à educação ou que os Estados Partes assegurem que suas ações como membros de organizações internacionais, incluindo instituições financeiras internacionais, tenham em conta o direito à educação²⁰.

Com a publicação dos Princípios de Maastricht sobre as obrigações extraterritoriais dos Estados na área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²¹ foi fornecida uma perspectiva mais aberta e graduada sobre a jurisdição no contexto das obrigações positivas. Os Princípios de Maastricht estabelecem que todos os Estados têm obrigações de respeitar, proteger e cumprir²².

Entretanto, a imposição aos Estados de obrigações de cooperar pode ser complexa. Há limitações decorrentes da disponibilidade de recursos e dúvidas em relação à exequibilidade das obrigações pelos Estados. Ademais, o escopo da obrigação de cumprir também pode ser limitado pela obrigação de respeitar a soberania dos Estados.

Não obstante a necessidade de cooperação para o adimplemento dos direitos humanos, fundamentar a existência de um dever de cooperar entre os Estados apenas na opinião do Comitê DESC é um argumento frágil. Por sua vez, considerar o artigo 2º, no 1º do PIDESC como fonte do dever de cooperar entre os Estados poderia restringir seus efeitos apenas aos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como aos Estados Partes do PIDESC.

O dever de cooperar internacionalmente na proteção e promoção dos direitos humanos tem sido claramente perfilhado pelos Estados em declarações e outros documentos normativos internacionais.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução no 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, reconheceu a existência de obrigações positivas em matéria de direitos humanos. Enfatizou-se a necessidade de cooperação internacional para a realização do direito ao desenvolvimento e para o respeito universal dos direitos humanos:

Os Estados têm o dever de cooperar reciprocamente para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos que se lhe colocam. Os Estados devem exercer os seus direitos e cumprir os seus deveres de forma a promover uma nova ordem econômica internacional baseada na igualdade soberana, na interdependência, no interesse mútuo e na cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos²³. Os Estados têm o dever de tomar providências, individual e coletivamente, para a formulação de políticas internacionais de desenvolvimento destinadas a facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento²⁴.

20 Cf. parágrafo 56º do Comentário Geral no 13 do Comitê DESC. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11. Acesso em: 22 set. 2020.

21 Os Princípios de Maastricht foram publicados em 28 de setembro de 2011 e refletem a opinião de especialistas em Direito Internacional de todas as regiões do mundo, que reafirmam a existência de obrigações extraterritoriais derivadas dos direitos econômicos, sociais e culturais. Princípios de Maastricht disponíveis em: https://www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=23. Acesso em: 20 jan. 2020.

22 “*Obligations of international cooperation are not limited to industrialized States but to all those with capacity and/or resources: those States in position to assist. Any State possessing capacity and any variety of resources – economic, technical, technological, influence in decision-making – must harness those assets also towards fulfilling economic, social and cultural rights elsewhere in the world. Taking account of varied forms of capacity and influence signals that there is a wide range of States with potential obligations*”. (SALOMON, Margot. *The Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights: An Overview of Positive Obligations to fulfill*. In: EJIL Talk nov/2012. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/>. Acesso em: 20 ago. 2020).

23 Artigo 3º, no 3 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/41/128>. Acesso em: 3 nov. 2020.

24 Artigo 4º, no 1 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/41/128>. Acesso em: 3 nov. 2020.

Todos os Estados devem cooperar com vista à promoção, ao fomento e ao reforço do respeito e da observância universais de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem qualquer distinção quanto à raça, ao sexo, à língua ou à religião²⁵.

Este dever global foi parcialmente refletido nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM²⁶, em 2001 e posteriormente na Agenda 2030 (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS), aprovada pela Resolução no A/RES/70/1 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de setembro de 2015.²⁷

De especial interesse face à pandemia da COVID-19 são as considerações feitas no Comentário Geral nº 14 sobre o direito à saúde. O Comitê DESC considera que existe uma responsabilidade coletiva da comunidade internacional para tratar do problema das doenças facilmente transmissíveis além das fronteiras e que os Estados desenvolvidos têm uma responsabilidade e um interesse especial em assistir os Estados pobres a este respeito²⁸. Deve ser dada prioridade na provisão de ajuda médica internacional, distribuição e gestão de recursos, tais como água potável e segura, alimentos e suprimentos médicos, e ajuda financeira aos grupos mais vulneráveis ou marginalizados da população.

Um dever direto de cooperar encontra-se previsto no Projeto de Artigos sobre a proteção de pessoas em caso de desastres adotada pela Comissão de Direito Internacional (em especial, nos artigos 7º e 8º)²⁹. A pandemia da COVID-19 enquadra-se na definição de desastres conforme previsto no artigo 3º, a: “Desastre significa um evento calamitoso ou uma série de eventos resultando em perda generalizada de vidas, grande sofrimento humano e angústia, deslocamento em massa ou material em grande escala ou danos ambientais, perturbando gravemente o funcionamento da sociedade”.

Embora no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas os Estados tenham adotado algumas resoluções que sublinham a necessidade de cooperação para o avanço dos direitos econômicos, sociais e culturais (vide Resolução no A/RES/2625XXV³⁰, Resolução no A/RES/41/128³¹ e Resolução no A/RES/55/2³²), tais resoluções não refletem qualquer consenso ou aceitação do dever de cooperar que evidenciem uma *opinio iuris*. Pelo contrário: tem havido certa objeção em relação a isto. De fato, vários Estados rejeitaram explicitamente, em diferentes ocasiões, a existência de uma obrigação legal de cooperar (vide E/CN.4/2006/47, parágrafo 82³³; E/CN.4/2005/52, parágrafo 76³⁴;), enfatizando o caráter voluntário da cooperação. Portanto, parece igualmente equivocado pretender fundamentar a existência de um dever de cooperar no direito consuetudinário internacional, pelo menos no período anterior à pandemia da COVID-19.

25 Artigo 6º, no 1 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/41/128>. Acesso em: 3 nov. 2020.

26 Sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, ver: <https://www.un.org/millenniumgoals/>. Acesso em: 4 ago. 2020.

27 Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) entraram em vigência em 1º de janeiro de 2016. Resolução no A/RES/70/1. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf. Acesso em: 4 ago. 2020.

28 Cf. parágrafo 40º do Comentário Geral no 14 do Comitê DESC. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11. Acesso em: 22 set. 2020.

29 Projeto de Artigos sobre a proteção de pessoas em caso de desastres adotada pela Comissão de Direito Internacional. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016.pdf. Acesso em: 3 nov. 2020.

30 Resolução no A/RES/2625(XXV). Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/2625\(XXV\)](https://undocs.org/en/A/RES/2625(XXV)). Acesso em: 3 nov. 2020.

31 Resolução no A/RES/41/128. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/41/128>. Acesso em: 3 nov. 2020.

32 Resolução no A/RES/55/2. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/55/2>. Acesso em: 3 nov. 2020.

33 Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/118/75/PDF/G0611875.pdf?OpenElement>. Acesso em: 2 nov. 2020.

34 Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/108/36/PDF/G0510836.pdf?OpenElement>. Acesso em: 2 nov. 2020.

3 PERSPECTIVAS PARA UM DEVER DE COOPERAR FACE AOS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Vivemos em um mundo em mudança. Essa mudança é ainda mais acentuada nas últimas décadas, dado os desafios globais enfrentados, como a crise climática, o aumento da desigualdade e os crimes cibernéticos, por exemplo. Tais desafios, incluindo pandemia da COVID-19, desconhecem fronteiras.

Em geral, a função do direito internacional foi, desde suas origens, garantir a coexistência entre os Estados. Porém, quando se trata de buscar soluções para os problemas globais, o direito internacional tenta, embora com dificuldade, conciliar o princípio clássico do consensualismo estatal com a necessidade de assegurar uma certa ordem pública em benefício da *comunidade internacional*³⁵. Perante os desafios mundiais, o direito internacional deve incentivar a promoção de ações coletivas para assegurar objetivos *comuns*, como a proteção dos direitos humanos, tendo em conta a cooperação e a solidariedade internacionais.

A ordem mundial carece de uma governança global determinada, coordenada e flexível. A atual crise global causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 destacou não apenas a fraqueza do modelo econômico global, mas também a necessidade de repensar a defesa dos direitos humanos sob uma perspectiva transnacional.

Nesse contexto, a questão da solidariedade internacional desempenha papel importante no esforço para alterar alguns paradigmas clássicos do direito internacional. A solidariedade incorporaria não só a consciência da necessidade de cooperar, mas também a materialização de uma colaboração conjunta nos diversos organismos internacionais com a atuação de diversos atores (Estados, organizações internacionais, organizações não governamentais, etc). A participação crescente de tais sujeitos resulta da incapacidade estatal de enfrentar os desafios globais. Na verdade, é o interesse comum que está em jogo e este transcende os interesses específicos dos Estados³⁶.

O Secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, afirmou que o novo coronavírus “está fora de controle” e “isso foi o resultado de uma falta de preparação global, cooperação, unidade e solidariedade”, sendo certo que “a pandemia ilustrou, indiscutivelmente, as lacunas no sistema multilateral”. Segundo ele, “enquanto os países vão em direções diferentes, o vírus vai em todas as direções.” O chefe da ONU declarou que “a pandemia foi resultado de uma falta de preparação global, cooperação, unidade e solidariedade” e que a pandemia da Covid-19 foi um teste para a eficácia da cooperação internacional, mas que “a comunidade internacional não passou nesse exame”. Para o Secretário-geral, ou os Estados se reúnem “em instituições globais adequadas ou serão esmagados pela divisão e pelo caos”³⁷.

No entanto, em uma sociedade internacional tão heterogênea, cujos interesses estatais são tão divergentes e difíceis de conciliar, a cooperação internacional parece estar num impasse.

Em um momento em que as negociações internacionais esforçam-se para produzir resultados positivos na luta contra a pandemia, parece haver indefinição sobre as formas

35 Vonintsoa Rafaly afirma que a sociedade internacional, composta por Estados soberanos, com regras diplomáticas de convivência, tende a aceitar a ideia de *comunidade internacional* como uma unidade sociológica, devido à crescente interdependência dos Estados em enfrentar problemas globais, como a pandemia da COVID-19. (RAFALY, Vonintsoa. *La solidarité dans le droit international: entre mythe et réalité*, in: *Völkerrechtsblog*, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/la-solidarite-dans-le-droit-international-entre-mythe-et-realite/>. Acesso em: 27 set. 2020).

36 Cf. RAFALY, Vonintsoa. *La solidarité dans le droit international: entre mythe et réalité*, in: *Völkerrechtsblog*, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/la-solidarite-dans-le-droit-international-entre-mythe-et-realite/>. Acesso em: 27 set. 2020.

37 Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1727402>. Acesso em: 3 nov. 2020.

de cooperação entre os Estados na luta contra a COVID-19 e boicotes na assistência internacional, estes últimos evidenciados, sobretudo, pela proibição e desvios das exportações de equipamentos de proteção individual e pelos relatos de que os Estados estão a tentar monopolizar a produção da vacina contra o SARS-CoV-2 ou dispostos a não facilitar a sua distribuição³⁸.

A importância da cooperação entre os Estados dominou a maioria das declarações internacionais feitas no contexto da pandemia da COVID-19. No entanto, nenhuma delas menciona um *dever legal* de cooperar. Tais declarações apenas enfatizaram a necessidade de cooperar para combater a pandemia (valendo-se da expressão ‘comprometer-se a cooperar’³⁹), o que revela mais um acordo *moral de colaboração* do que a natureza juridicamente vinculativa de um alegado dever de cooperar sob o direito internacional.

Mesmo a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas no A/RES/74/L.52⁴⁰ sobre a solidariedade para o combate à COVID-19 foi adotada através do procedimento de silêncio⁴¹, não sendo possível deduzir nenhuma *opinio iuris* dos Estados no sentido de demonstrar uma convicção jurídica que pudesse fundamentar eventual surgimento do dever de cooperar com base no direito consuetudinário internacional⁴².

Além disso, os casos de não cooperação não foram identificados como violações do dever jurídico de cooperar. Por exemplo, a Itália não alegou qualquer violação do dever legal de cooperar quando a União Europeia não lhe prestou a assistência médica solicitada⁴³.

A pandemia da COVID-19 demonstrou que as consequências da globalização perpassam a esfera institucional e econômica. Uma epidemia que se iniciou numa cidade chinesa tomou proporções enormes e afetou pessoas em todo o globo, a um ritmo avassalador. Em um mundo onde as ameaças estão interligadas, a cooperação e a solidariedade internacionais são do interesse de todos.

As medidas tomadas por governos e chefes de Estado em todo o mundo, como o fechamento de fronteiras ou as derrogações de tratados de direitos humanos, não garantem a segurança das pessoas. O que contribui para mais segurança é a partilha de informações, a governança global e a garantia dos direitos humanos para todos⁴⁴.

É por isso que esse período, que afetou a vida humana globalmente de todas as formas possíveis, comprova a necessidade de mudança de paradigma do nosso entendimento do direito internacional. Possíveis soluções contra futuras pandemias e outros desafios globais podem ser determinantes para a necessidade de estabelecer e identificar os contornos de um dever de cooperar. É expectável que se avance neste sentido, alterando a atual concepção de um *dever moral* de cooperar para um *dever legal* de cooperar.

38 Nesse sentido, ver: HOLMES, Flora. *BFPG Explains: COVID-19 and cooperation on vaccines*. In: British Foreign Policy Group. Disponível em: <https://bfpbg.co.uk/2020/03/coronavirus-vaccine-cooperation-explainer/>. Acesso em: 3 nov. 2020.

39 Ver, por exemplo: Declaração Conjunta dos Ministros das Relações Exteriores do MIKTA sobre a Pandemia de COVID-19 e a Saúde Global, 9 de abril de 2020 e COVID-19 - Declaração Final da Cúpula Extraordinária de Chefes de Estado e de Governo do G20, de 26 de março de 2020, disponíveis, respectivamente em: <https://de.ambafrance.org/COVID-19-G20-Leaders-Statement> e <http://www.mfa.gov.tr/covid-19-a-iliskin-mikta-bildirisi-hk.en.mfa>. Acessos em: 3 nov. 2020.

40 Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas no A/RES/74/L.52, de 27 de março de 2020. Disponível em: <https://www.undocs.org/en/A/74/L.52>. Acesso em: 3 nov. 2020.

41 Sobre o procedimento de silêncio para aprovação de Resoluções durante o período da pandemia. Disponível em: <https://www.un.org/pga/74/covid-19/v3-procedure-for-decision-via-silence-procedure-3/>. Acesso em: 4 nov. 2020.

42 Nesse sentido: ESSAWY, Rana Moustafa. *The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?* In: EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. Disponível em: www.ejiltalk.org. Acesso em: 20 ago. 2020.

43 Cf. ESSAWY, Rana Moustafa. *The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?* In: EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. Disponível em: www.ejiltalk.org. Acesso em: 20 ago. 2020.

44 SÓNMEZÖCAK, Ezel Buse. *The case for global constitutionalism in pandemic times*, in: *Völkerrechtsblog*, 6 de junho de 2020. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/articles/the-case-for-global-constitutionalism-in-pandemic-times/>. Acesso em: 2 nov. 2020.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afirmação de um dever interestatal de cooperar constante em importantes acordos e declarações internacionais não é suficiente, em sua forma atual, para atestar a existência de um dever jurídico de prestar assistência para a promoção de direitos humanos. Tal decorre da imprecisão conceitual do próprio dever de cooperar, da indefinição de questões temporais e dos mecanismos para a prestação desta assistência internacional, bem como da ausência de instrumentos que garantam a sua exequibilidade. Igualmente, tal insuficiência esbarra em questões de soberania e na proibição de ingerência nos assuntos dos Estados, que têm certa margem de liberdade para definir suas políticas para a efetivação dos direitos humanos.

Apesar de alguns organismos e Comitês internacionais, nomeadamente do Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esforçarem-se para elucidar os elementos e condições de um *dever de cooperar*, ainda é necessário melhor esclarecimento acerca do seu conteúdo, alcance e implicações práticas.

Não obstante o dever de cooperar ser constantemente reiterado pelos Estados, ele parece se ater à esfera de *dever moral de entreajuda*, dependente da condescendência dos Estados.

A pandemia da COVID-19 expôs a interconexão mundial e colocou em xeque a concepção de um direito internacional centrado exclusivamente na aceção clássica de soberania e nos interesses próprios de cada Estado.

Diante dos desafios complexos que afetam de forma direta e imediata os direitos humanos de *todas* as pessoas, a busca por resoluções individuais torna difícil e lenta a adoção de medidas necessárias para o desenlace de problemas globais comuns e não necessariamente garante o seu sucesso. A pandemia demonstrou que os desafios comuns implicam uma lógica de solução coletiva.

Assim, é possível fazer um prognóstico em relação ao dever de cooperar: face às obrigações negativas de os Estados respeitarem os direitos sociais de todas as pessoas (dentro ou fora de sua jurisdição), há um indício de uma futura obrigação (*in status nascendi*) fundamentada no costume internacional. Em relação às obrigações positivas derivadas do dever de cooperar, ainda é difícil identificar *uma prática estatal com convicção de obrigatoriedade*, embora seja provável que o direito internacional caminhe nesse sentido.

É necessário um pensamento inovador sobre governança global e multilateralismo adequados para o século XXI, que tenha em conta os direitos humanos. *Inevitavelmente, a solidariedade e a cooperação estão na natureza dialética do direito internacional.*

REFERÊNCIAS

ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. In: *Human Rights Quarterly*, v. 9, nº 2, may/1987, p.156-229.

DESIERTO, Diane. *Beyond the State: Our Shared Duties to Cooperate to Realize Human Rights during the Evolving Risks of a Global Pandemic*. In: *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Disponível em: www.ejiltalk.org.

ESSAWY, Rana Moustafa. *The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?* In: *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Disponível em: www.ejiltalk.org.

HOLMES, Flora. *BFPG Explains: COVID-19 and cooperation on vaccines*. In: British Foreign Policy Group. Disponível em: <https://bfpbg.co.uk/2020/03/coronavirus-vaccine-cooperation-explainer/>.

LANGFORD, Malcolm; COOMANS, Fons; GÓMEZ ISA, Felipe. *Extraterritorial Duties in International Law*. In: M. Langford, W. Vandenhole, M. Scheinin, & W. Van Genugten (Eds.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p.51-113.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comentário Geral nº 3 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comentário Geral nº 12 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comentário Geral nº 13 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comentário Geral nº 14 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/41/128>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/eng.pdf.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Discurso do Presidente Donald Trump na 75ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/09/1073002>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030). Resolução nº A/RES/70/1. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Projeto de Artigos sobre a proteção de pessoas em caso de desastres adotada pela Comissão de Direito Internacional. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016.pdf.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº A/RES/2625(XXV). Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/2625\(XXV\)](https://undocs.org/en/A/RES/2625(XXV)).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº A/RES/41/128 . Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/41/128>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº A/RES/55/2 . Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/55/2>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº A/RES/74/307, de 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/74/resolutions.shtml>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº A/RES/74/L.52, de 27 de março de 2020. Disponível em: <https://www.undocs.org/en/A/74/L.52>.

RAFALY, Vonintsoa. *La solidarité dans le droit international: entre mythe et réalité*, in: *Völkerrechtsblog*, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/la-solidarite-dans-le-droit-international-entre-mythe-et-realite/>.

SALOMON, Margot E. *How to keep promises: making sense of the duty among multiple states to fulfil socio-economic rights in the world*. In: SHARES Research Paper, 53, 2014, p. 5. . Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/58105/>.

SALOMON, Margot. *The Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights: An Overview of Positive Obligations to fulfill*. In: EJIL Talk nov/2012. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/>.

SÖNMEZOCAK, Ezel Buse. *The case for global constitutionalism in pandemic times*, in: *Völkerrechtsblog*, 6 de junho de 2020. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/articles/the-case-for-global-constitutionalism-in-pandemic-times/>.

COVID-19 E A SEMÂNTICA CONSTITUCIONAL SOLIDÁRIA

Ernani Contipelli

Pós-Doutor em Direito Político Comparado – Universidad Pompeu Fabra. Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado – Universidad Complutense de Madrid. Doutor em Direito do Estado – PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário – PUC/SP. Professor dos Programas de Graduação e Mestrado em Relações Internacionais na International Business School The Hague e de Empreendimentos Sociais e Sustentáveis na United International Business Schools – Campus Amsterdam.

Daniel Francisco Nagao Menezes

Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutorando em Economia (UNESP-Araraquara). Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas). Especialista em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil.

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve caracterização histórica da solidariedade; 3 Constituição e solidariedade; 4 Semântica constitucional solidária; 5 Covid-19: crise da semântica constitucional solidária; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A crise COVID-19 não é apenas uma crise de saúde. Traz inúmeras incertezas que impactam nossas sociedades, agravando as desigualdades sociais, minando o progresso do desenvolvimento econômico em escala global, gerando instabilidade política, obstruindo objetivos e programas de sustentabilidade e afetando adversamente a subsistência de famílias e cidadãos, particularmente, em condições vulneráveis.

Como política social, a saúde pública tem sido tradicionalmente definida e implementada pelos Estados-nação. No entanto, vários fatores que devem ser considerados para o desenho de políticas de saúde eficientes são estabelecidos com esforços cooperativos e solidários, principalmente, nos casos de pandemias que se caracterizam pela transmissão rápida e de longo alcance, como o coronavírus.

Nesse contexto, é importante verificar as possibilidades de cooperação por meio dos canais sociais existentes para o estabelecimento de mecanismos de governança pautados no ideal de solidariedade e sua respectiva semântica constitucional e que enfrentem efetivamente as pandemias.

O presente artigo visa investigar os desafios que a atual pandemia de coronavírus representa para a consagração da semântica solidária prevista pelo Texto Constitucional brasileiro. Inicialmente, é apresentado um breve histórico sobre o conceito de solidariedade, partindo de sua análise como fenômeno social, como elemento definidor dos direitos humanos de terceira geração e, finalmente, como base de compreensão dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Posteriormente, caracteriza-se a solidariedade dentro do plano constitucional brasileiro, a partir da análise do artigo 3º, que consagra os Objetivos da República Federativa Brasileira, condicionando a atuação dos poderes políticos. A discussão prossegue com a investigação da semântica constitucional solidária propriamente dita e sua extensão e significado diante das considerações anteriores. Por fim, analisa-se as políticas públicas para enfrentamento do COVID-19 com base na ideia de solidariedade e enfoque na questão brasileira.

2 BREVE CARACTERIZAÇÃO HISTÓRICA DA SOLIDARIEDADE

A solidariedade sempre foi um valor presente nas relações sociais humanas. Alguns pensadores consideram a solidariedade intrínseca a própria vida em coletividade. Ao propor uma perspectiva orgânica de sociedade, na qual a consciência individual sempre se manifesta na associação, de fato e de direito, a uma consciência coletiva, que direciona o comportamento humano ao atendimento de interesses convergentes, Leon Bourgeois, defende a existência de um “quase-contrato”, derivado das relações de créditos e débitos mútuos entre os membros da sociedade, que são mesurados pelo projeto ético firmado por vínculos de solidariedade, concluindo que: “*Não é, então, entre o homem e o Estado ou a sociedade que se põe o problema do direito e do dever, mas entre os homens concebidos como associados a uma obra comum e obrigados uns com os outros pelos elementos de um objetivo comum*”¹.

Bourgeois entende que a sociedade é marcada por enlaces de direitos e deveres recíprocos conferidos a todos seus associados, o que denota a “dívida social” posta pela solidariedade.

A interdependência social se apresenta como parte da natureza humana, exibindo a

1 BOURGEOIS, Leon. *La Solidarité*. Paris: Librairie Armand Colin, 1902, p.89-90.

composição da sociedade como uma associação de direito e de fato estabelecida entre seus membros, onde cada qual possui as responsabilidades mútuas em uma trama de relações recíprocas, que revela seus vínculos de solidariedade, possibilitando a identificação e a solução de temas sociais².

Em tal cenário, existe entre cada indivíduo e coletivamente um laço necessário de solidariedade e através da investigação das causas, das condições e dos limites dessa solidariedade que é possível alcançar a medida dos direitos e deveres de cada um, assegurando as condições científicas e morais para compreender os problemas sociais³.

De acordo com tal linha de pensamento, a solidariedade constitui um elemento fático concreto que deve ser observada com a aplicação de critérios científicos, para ser compreendida e distribuída de forma prescritiva na ordem política com a atribuição de deveres e direitos recíprocos entre os membros da sociedade, para preservar o núcleo de consciência comum da existência coletiva.

Neste sentido, Émile Durkheim entende que a sociedade é composta por uma série de relações recíprocas, traduzidas em regras concretas de convivência, que revelam seus laços de solidariedade, irradiando seus efeitos no caminhar da vida social independentemente da vontade individual de seus participantes.

Tal aspecto semântico da solidariedade envolve a noção de consciência coletiva ou comum que corresponde ao conjunto de crenças e de sentimento comuns à média dos membros de uma sociedade que forma um sistema determinado, dotado de vida própria e permeado pelos atributos da impessoalidade e da objetividade que o distancia das consciências individuais⁴.

E esta consciência coletiva dotada de vida própria permite a apreensão do significado de solidariedade a partir de sua representação existencial contida no fenômeno jurídico, seu “símbolo visível”, que possibilita o equilíbrio necessário à preservação e organização do meio social, por intermédio de sua indumentária sancionatória.

Ao comentar o pensamento de Durkheim sobre a solidariedade, Migue Reale ressalta sua íntima e necessária vinculação com o Direito, afirmando que:

[...] o estudo do fenômeno jurídico adquire na Sociologia de Durkheim uma importância fundamental, visto como representa ‘o resultado mais objetivo da solidariedade’ e, por conseguinte, aquele que melhor nos pode informar sobre a natureza da solidariedade como fator de coesão social.⁵

Com o desenrolar da história, a solidariedade recebe status de direito e dever fundamental, figurando como núcleo das ações governamentais direcionadas aos cidadãos em escala global, especialmente, com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Para compreender tal momento, é necessário ingressar em breves considerações sobre a teoria geracional proposta por Karel Vasak em seu emblemático artigo “*Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*”⁶, em que propõe a investigação cronológica dos direitos humanos em

2 CONTIPELLI, Ernani. *Solidariedade Social Tributária*. Lisboa: Almedina, 2010, p.111.

3 BOURGEOIS, Leon. *La Solidarité*. Paris: Librairie Armand Colin, 1902, p.90.

4 DURKHEIM, Émile. *Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p.50.

5 REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.62.

6 VASAK, Karel. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*. UNESCO Courier 30:11. Paris, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977, p.11.

correspondência com os valores da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Conforme as nações evoluem econômica e politicamente desenvolvem também a graduação dos direitos humanos, é dizer, desde os direitos civis e políticos de primeira geração, passando pelos direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração, para alcançar os direitos de solidariedade de terceira geração.

Geoger Marmelstein comenta as origens da teoria geracional dos direitos fundamentais, a qual considera a perspectiva cronológica de integração de tais direitos às ordens jurídicas estatais, destacando a ideia introduzida por Karel Vasak, que utiliza as cores da bandeira francesa, simbolizando a liberdade, igualdade e solidariedade para representar a evolução dos direitos fundamentais como conquistas históricas da humanidade. O mencionado autor complementa sua posição, afirmando que se tratam de normas jurídicas estritamente vinculadas à dignidade da pessoa humana e a limitação do poder, elemento legitimadores do próprio Estado Democrático de Direito⁷.

Assim, os direitos de terceira geração fundados no ideal de solidariedade são representados por aqueles que possuem titularidade coletiva, é dizer, as titularidades de tais direitos não pertence ao indivíduo, senão a grupos humanos coletivos e difusos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade⁸.

Especificamente sobre a relação entre os direitos de terceira geração e a solidariedade, constata-se a necessidade de estreitamento dos vínculos de interdependência recíproca entre os membros da sociedade, para conciliar a diversidade de interesses existentes no plano social, objetivando que cada indivíduo se conscientize da relevância de suas responsabilidades com respeito a seus semelhantes e com o projeto de atendimento ao bem comum, participando ativa e continuamente de sua formação e desenvolvendo ao máximo suas potencialidades com a garantia dos níveis satisfatórios de existência digna⁹.

Recentemente, a relevância planetária da solidariedade é reforçada pelo advento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de 2015, os quais buscam direcionar a cooperação e o desenvolvimento internacional em favor da construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, por meio da implementação de certos objetivos fundados no ideal de solidariedade, que compõe uma verdadeira agenda social global.

Os ODS compreendem um conjunto de 17 objetivos globais e 169 metas elaboradas para ser um modelo para alcançar um futuro melhor e mais sustentável para todos. Em outras palavras, os ODS representam o núcleo da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, orientando todos os esforços de desenvolvimento global, regional, nacional e local.

A Agenda 2030, que compreende os 17 ODS, reconhece que erradicar a pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Os ODS são considerados um programa universal perseguido e aplicado a todos os países do mundo, não apenas aos países pobres. Alcançar as metas requer esforços em todas as frentes: governos, empresas, sociedade civil e indivíduos em todos os lugares, todos têm um papel importante a desempenhar.

Como se pode verificar, então, os ODS expressam a semântica solidária, ao determinar laços de interdependência recíproca em âmbito global, por meio de um modelo

7 MARMELSTEIN, G.. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p.40.

8 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.131.

9 CONTIPELLI, Ernani. Medio Ambiente, Solidaridad y Dignidad Humana en la Constitución Brasileña. UNED, *Revista de Derecho Político* N.º 107, enero-abril 2020, p.345-346.

de governança multinível que envolve distintos atores, orientado a compartilhar direitos e deveres em diferentes escalas de poder e interesses para formação de benefícios a serem desfrutados por toda humanidade.

3 CONSTITUIÇÃO E SOLIDARIEDADE

Na Constituição Federal de 1988, a solidariedade está presente entre seus princípios fundamentais, como critério de compreensão dos objetivos da República Federativa Brasileira, para compor as bases de fundamentação de um modelo de Estado Social, o que prevê a participação ativa do Poder Público no campo social e econômico para proteção do bem comum.

Ora, o artigo 3º do Texto Constitucional, ao elencar os objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, revela, claramente, no teor de seus dispositivos, a opção de orientação pela via da solidariedade na concepção de seu modelo de Estado Social, condicionando a atividade de interpretação dos demais mandamentos constitucionais e subordinando toda dinâmica do processo de produção, interpretação e aplicação de normas jurídicas à concretização de tal valor¹⁰.

Sobre a importância dos objetivos definidos pelo artigo 3º da Constituição Federal e sua influência perante a ordem jurídica brasileira, Marco Aurélio Greco pondera que:

O viés humano da disciplina constitucional é reforçado pelo seu artigo 3º quando explicita os objetivos fundamentais da República. A indicação de objetivos não é mera declaração de boas intenções; ela assume o papel de condicionante dos mecanismos e instrumentos que vierem a ser criados e utilizados à vista das competências constitucionais. Isto significa que, dentre alternativas teoricamente possíveis (à vista de determinada situação e formalmente compatíveis com a norma de competência) estará prestigiada aquela que estiver em sintonia com o objetivo constitucional, no sentido de contribuir para sua obtenção.¹¹

O artigo 3º da Constituição Federal resgata as raízes semânticas solidárias, que pretende consagrar um ambiente de cooperação recíproca destinada ao comprometimento ético para com a promoção de assistência a quem dela necessita, atuando na correção de desajustes sociais e no combate às causas que o produziram pautado na justiça, bem como promovendo a garantia e ampliação do acesso a todos os setores da sociedade a liberdade e igualdade, para que não se tornem mera abstração teórica perante a ordem jurídica positivada.

Ademais, esse valor encontra-se previsto em diversos artigos politicamente estratégicos do Texto Constitucional, tais como: as disposições relativas à organização do poder, consagrando o denominado federalismo cooperativo, mediante o qual os diferentes níveis de poder (central, estaduais e locais) devem atuar através de políticas públicas coordenadas e convergentes, promovendo a solidariedade entre territórios e cidadãos.

Destacando a necessidade de participação social ativa que deve existir na consecução do esquema de ação proposto pela semântica constitucional solidária destinado ao bem comum, Miguel Reale afirma que:

[...] mais relevante do que todo o aparelho institucional e o comportamento dos próprios cidadãos, quer por seus atos, quer por sua vigilância constante

10 CONTIPELLI, Ernani. *Asimetrías en el Federalismo Fiscal y Solidaridad*. Granada: Comares, 2015, p.58.

11 GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.172.

e corajosa em prol dos valores democráticos. Cabe, com efeito, a cada um de nos cumprir espontaneamente as leis, bem como denunciar as tentativas de substituição da vontade da lei pelo arbítrio de líderes partidários ou dos órgãos governamentais.¹²

Portanto, os objetivos constitucionais vigentes são orientados pela semântica solidária, prescrevendo o balanceamento entre a proteção às liberdades individuais e as formas de cooperação intersubjetivas, para conscientizar a sociedade e seus deveres de colaboração na garantia das condições de existência humana digna a todos os seus membros.

4 SEMÂNTICA CONSTITUCIONAL SOLIDÁRIA

De acordo com as considerações anteriores, é certo que a solidariedade possibilita o estabelecimento dos liames necessários à coexistência recíproca em sociedade, ao refletir as preocupações e vantagens comuns a serem compartilhadas, as quais devem ser alcançadas pela experiência jurídica, para exercer adequadamente sua função seletivo-axiológica diante da multiplicidade de fatos com os quais se depara para proceder à criação de normas e consequente determinação de direitos e deveres no âmbito social.

Assim, o alcance do bem comum depende da consagração do ideal de solidariedade, na medida em que as ações dos membros da sociedade devem convergir para as mesmas finalidades, pressupondo a cooperação ao invés do conflito. Acrescenta-se ainda a necessidade de conscientização desse projeto, em que cada um dos membros da sociedade, ao se colocar no lugar do seu semelhante, participando e se sentindo como parte da vida do outro e do todo no qual se insere, reconhece a importância do papel dos deveres a ele atribuídos.

Justamente neste ponto, reside a importância material maior da solidariedade: o respeito para com o outro, conscientizando-se do papel do outro na composição de seu próprio ser. Partindo da ideia de que a natureza humana se revela eminentemente social o ser somente alcança a plenitude de sua existência na convivência com seus semelhantes, de tal arte que o outro nada mais é do que uma parte constitutiva do seu próprio ser.

Acerca do tema, Diogo Leite de Campos assevera que:

O eu-tu são incidíveis e transformam-se imediata e construtivamente no nós. O ser com os outros exprime a completude do ser: o estabelecimento necessário de uma relação de vasos comunicantes de reciprocidade e de solidariedade necessárias para com todos os outros. O ser só se realiza na sua concretização mais vasta que é comunidade de todos os seres humanos. Comunidade que é constituída por cada um que vai sendo constituído por todos e por cada um dos outros.¹³

Apresentando tal postura de pensamento, o ser humano, além de tomar consciência de sua própria dignidade, reconhece a dos demais, estabelecendo as devidas comparações para se colocar na posição dos outros diante da diversidade de eventos ocorridos na realidade, o que o conduz a uma interdependência pautada na comunhão ética direcionada ao cumprimento de deveres de colaboração essenciais para o alcance do projeto de vida comum e o, consequente, fortalecimento dos vínculos de solidariedade para com seus semelhantes.

12 REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.12.

13 CAMPOS, Diogo Leite de. *O Sistema Tributário no Estado dos Cidadãos*. Lisboa: Almedina, 2006, p.51-52.

Neste ponto, vale destacar a relevância do Texto Constitucional que se apresenta como centro originário de distribuição de poder político e fundamento de validade das demais normas jurídicas. É dizer, o âmbito de validade das normas que compõe o ordenamento jurídico encontra-se circunscrito aos limites estabelecidos pelo Texto Constitucional, que, disciplinando a forma de organização e distribuição do poder, descreve juridicamente os objetivos a serem alcançados pelo Estado para promover o bem comum.

Na sequência de tal raciocínio, o artigo 3º da Constituição Federal atua diretamente na organização e distribuição do poder na medida em que a solidariedade consagra os laços de interdependência recíproca que devem existir entre os membros de uma comunidade, traduzindo o ideal de cooperação intersubjetiva que deve ser realizado através da manifestação de poder, para alcance do projeto de coexistência social harmônica, sustentável e justa.

5 COVID-19: CRISE DA SEMÂNTICA CONSTITUCIONAL SOLIDÁRIA

Toda a construção histórica e constitucional da solidariedade revela não apenas sua importância como norma, mas também como valor, que se transforma em realidade como uma espécie de guia orientador das ações de instituições públicas e do comportamento de governantes, para estimular o altruísmo e a cooperação recíproca nos vários setores da sociedade, conforme as disposições previstas pelo artigo 3º do Texto Constitucional.

A concretização da solidariedade se torna mais evidente em situações de crise, como o momento em que vivemos atualmente, em que os distintos níveis de governo e os demais atores sociais (ONGs, corporações, comunidades locais, entre outros) devem prezar pelo respeito e auxílio mútuo como forma de superar os efeitos adversos causados pela COVID-19.

É dizer, entram em jogo o quadro de opções políticas para combater a COVID-19 e também as formas como elas devem ser gerenciadas considerando os diferentes interesses de governantes e governados no contexto de um país federal que pretende privilegiar o cooperativismo e a solidariedade.

Em uma análise singela, é possível distinguir duas opções políticas básicas para enfrentar o COVID-19, evitando que a sua propagação ocorra de forma descontrolada e implique em um colapso do sistema de saúde:

a) distanciamento social ampliado, o qual é recomendado pelo OMS e exige o isolamento por parte de todos os setores da sociedade independentemente de faixa etária ou profissão e que pode alcançar o denominado lockdown (ou bloqueio total), interrompendo toda e qualquer atividade social de um país, região ou cidade por um determinado período de tempo;

b) distanciamento social seletivo (ou isolamento vertical), em que o isolamento atinge apenas os denominados grupos com risco, como idosos e pessoas com doenças crônicas, em tais casos, as pessoas com idade inferior a 60 anos ou assintomáticos podem circular livremente.

Por um lado, o distanciamento social ampliado diminui os riscos de um aumento exponencial de contágios e mortes, porém exige um grande sacrifício social e econômico. Distanciamento social extremo e a necessidade de suspensão de atividades produtivas como o caso do fechamento temporário do comércio e de indústrias, possuem um efeito adverso no campo econômico, potencializando um futuro quadro de recessão e desemprego, que desembocam especialmente no âmbito social, com o aumento progressivo da pobreza extrema e da marginalidade.

Por outro lado, a adoção da política de abertura social e econômica com o distanciamento social seletivo durante a crise COVID-19 possui um impacto, teoricamente,

diverso. O livre desenvolvimento das relações sociais e a manutenção da atividade produtiva em território nacional implicariam em um menor risco de perdas financeiras para o país, com a potencial preservação de sua competitividade e do volume de negócios necessários para a recuperação do quadro econômico estável no futuro diante de uma crise de efeitos globais.

Concluindo, a implicação do crescimento exponencial da COVID-19 na saúde pública devem ser mesuradas com amplitude, colocando em pauta temas como a vulnerabilidade, as desigualdades e a exclusão de diferentes grupos populacionais. Simultaneamente, é relevante considerar as consequências econômicas da retração produtiva. Em um contexto de recessão que já começava a surgir antes da pandemia, o Brasil enfrentará graves desafios políticos que acarretarão riscos para o futuro financeiro do país¹⁴.

No cenário político brasileiro, o Presidente Jair Bolsonaro é manifestamente negacionista dos riscos sanitários que envolvem a COVID-19, condenando as medidas de lockdown social adotadas, especialmente, por governadores de oposição em certos Estados-membros, e incentivando a implementação de uma política de abertura social e econômica, com um discurso claramente direcionado aos muitos brasileiros que perderam seus empregos nos últimos meses: “Mais cedo ou mais tarde, todos nós seremos infectados - disse Bolsonaro -, podemos muito bem enfrentar esta crise como homens e sair para o trabalho. Sem trabalho, muito mais pessoas morrerão”.

Dentro dessa ampla base eleitoral, o discurso bolsonarista agrada também a uma grande parcela de pequenos e médios empresários, que pretendem colocar em funcionamento o mais rápido possível suas atividades para tentar sobreviver aos perversos efeitos econômicos do COVID-19. Em outras palavras, tal cenário implica em um maior número de contágios e mortes, mas, hipoteticamente, possibilitaria a continuidade de atividades comerciais e industriais com a consequente manutenção de empregos e sobrevivência especialmente de pequenas e médias empresas.

Na contramão das ideias de Bolsonaro, encontram-se um grupo de autoridades públicas que defendem o distanciamento social com rígidas políticas de bloqueio, como o caso do governador do Estado de São Paulo, João Doria, que, focando seus interesses nas próximas eleições presidenciais, se tornou um dos maiores críticos da postura do Presidente durante a pandemia, contribuindo para uma polarização e fragmentação da sociedade em um momento no qual deveria existir união e cooperação.

Um dos muitos exemplos marcantes da ausência de solidariedade entre nossos governantes na luta contra o COVID-19 pode ser constatado no momento em que o Presidente Jair Bolsonaro decidiu incluir academias, barbeiros e salões de beleza como atividades econômicas essenciais, ato prontamente contestado e rejeitado pelo governador de São Paulo, João Doria, o qual imediatamente declarou que não respeitaria tal decisão.

Ademais, devemos recordar as demais contentadas políticas que ocorrem atualmente entre o Presidente e os demais poderes, assim como internamente, com as deserções concomitantes de dois Ministros da Saúde, Luiz Henrique Mandetta e Nelson Teich, e da Justiça, Sergio Moro, abalando a base de sustentação política de Bolsonaro.

Esses fatos revelam o total descaso das autoridades públicas brasileiras na preparação do país para os impactos negativos do COVID-19, o que deveria ser realizado com a construção

14 CONTIPELLI, Ernani; NAGAO MENEZES, Daniel F.. *COVID-19: The Challenges for Regional Governance in Latin America*. New York: Indrastra, 2020, p.20.

de um ambiente de conciliação e definição de um verdadeiro projeto político conjunto, que considere a estrutura solidária e cooperativa constitucional.

Como se pode notar, adoção de medidas de distanciamento são extremamente complexas e variam de acordo com o grau de abertura ou bloqueio imposto pelos governantes dentro de seus respectivos campos de competência. Entretanto, é preciso ajustar tais opções às peculiaridades de cada território em que será aplicada, o que implica em um estudo aprofundado que envolve desde características culturais e sócio-antropológicas até pareceres econômicos e técnico-científicos seguros, para uma melhor definição dos protocolos e ações políticas a serem adotadas no combate ao COVID-19.

Certamente, as carências históricas do sistema público de saúde brasileiro associadas à ausência de solidariedade entre autoridades federais, estaduais e municipais sobre as medidas de distanciamento que devem ser adotadas cooperativamente entre diferentes níveis de governo, converterão rapidamente o Brasil em um dos epicentros mundiais do COVID-19.

Sempre deve existir, então, uma ponderação no momento de optar pela modalidade de distanciamento a ser executada, o que deve ser determinado com base em certos dados, em informações fundadas na análise de riscos para agregar uma certa margem de segurança e previsibilidade do caminho a ser seguido. Isso não significa desrespeitar a ideia de solidariedade que deve existir entre governantes, especialmente, em países federais como o Brasil, em que os Estados-membros e Municípios possuem autonomia política para gerenciar seus próprios interesses respectivamente nas esferas regionais e locais.

No Brasil a observação dos fatos vai no sentido contrário. Verticalmente já houve a disputa entre governos federal e Estado sobre as definições das regras de emergência sanitária, levando o Supremo Tribunal Federal a decidir pela competência dos Estados e Municípios. Horizontalmente não se vislumbra nenhuma coordenação entre os Estados e o poder central na compra/produção das vacinas. Existem cinco vacinas potencialmente aplicáveis no Brasil, com compradores e parceiros distintos, sem que estes ajustem como será a aplicação da vacina em uma completa ausência de solidariedade, ou mesmo coordenação política.

Na perspectiva da solidariedade, não menos importante nesse período é o perfil conciliador que os governantes dos países duramente afetados pelo COVID-19 devem demonstrar para enfrentar a crise. Superar divergências políticas, econômicas e ideológicas, interesses pessoais e eleitorais e evitar as famosas barganhas políticas são fatores decisivos para guiar a sociedade em um ambiente que favoreça a união ao invés da divisão e do conflito, para atender efetivamente as necessidades coletivas, buscar o bem-estar social e, principalmente, proteger o futuro da Nação.

6 CONCLUSÃO

A percepção da solidariedade não pode se restringir à mera inserção social, ou seja, concepção do indivíduo somente como parte integrante da comunidade, mero titular de direitos e deveres, na medida em que pressupõe algo mais, consistente na busca do mútuo reconhecimento entre seus membros de que todos possuem idênticos direitos e deveres para com a promoção do bem comum, para criar o terreno propício à interação e cooperação intersubjetiva.

E, assim, fazer como que cada membro da sociedade compreenda em seu semelhante o valor que conferi a si próprio, conscientizando-se do constante estado de dever para com os demais na função de produzir condições recíprocas de existência moral

e material dignamente satisfatórias.

Como o próprio Diretor-Geral da Organização Mundial de Saúde, Dr. Tedros Adhanom, se manifestou a Covid-19 deve ser vista como “uma ameaça sem precedentes, mas também uma oportunidade sem precedentes, de se unir contra um inimigo comum: um inimigo contra a humanidade”¹⁵, reforçando a necessidade de orientação solidária para enfrentamento de tal crise.

Portanto, a realização de esforços conjuntos através de ações coletivas comuns que pretendam afastar os riscos presentes e futuros da COVID-19 – ressalte-se a maior crise da humanidade desde a Segunda Grande Guerra – são dependentes do pensar e agir social em termos de gênero humano e não com barreiras, diferenças e discriminações. Mais que buscar a igualdade ou liberdade, devemos concentrar nossos objetivos nesse momento na solidariedade, no altruísmo.

REFERÊNCIAS

- BOURGEOIS, Leon. *La Solidarité*. Paris: Librairie Armand Colin, 1902.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *O Sistema Tributário no Estado dos Cidadãos*. Lisboa: Almedina, 2006.
- CONTIPELLI, Ernani. *Solidariedade Social Tributária*. Lisboa: Almedina, 2010.
- CONTIPELLI, Ernani. *Asimetrías en el Federalismo Fiscal y Solidaridad*. Granada: Comares, 2015.
- CONTIPELLI, Ernani. Medio Ambiente, Solidaridad y Dignidad Humana en la Constitución Brasileña. UNED, *Revista de Derecho Político* N.º 107, enero-abril 2020, p.345-346.
- CONTIPELLI, Ernani; NAGAO MENEZES, Daniel F.. *COVID-19: The Challenges for Regional Governance in Latin America*. New York: Indrastra, 2020.
- DURKHEIM, Émile. *Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.
- GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MARMELSTEIN, G.. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- OMS. Director General's opening remarks at the media briefing on COVID-19. Disponível: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-directorgeneral-s-opening-remarksat-the-media-briefing-oncovid-19>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- VASAK, Karel. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*. UNESCO Courier 30:11, Paris, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977.

15 OMS (2020) Director General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 (16/03/20). Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-directorgeneral-s-opening-remarksat-the-media-briefing-oncovid-19>. Acesso em: 16 mar. 2020.

OS REFUGIADOS NA PANDEMIA: UM OLHAR HUMANISTA A PARTIR DO COMUNITARISMO DE AMITAI ETZIONI¹

Stéfani Reimann Patz

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

Thami Covatti Piaia

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

Sumário: 1 Introdução; 2 Covid-19: o que, quando e onde?; 3 Os refugiados e a pandemia; 4 A resposta do comunitarismo; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.62-75, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

Por essa ninguém esperava. Quem poderia prever que o ano de 2020 seria assim? Um ano, no mínimo, atípico. Distantes e ao mesmo tempo conectados – graças aos avanços tecnológicos – todos depararam-se com a seguinte notícia: “a pandemia da COVID-19”. O mundo parou e em alguns momentos/locais, o caos foi instaurado. Voos cancelados, corridas por papel higiênico, cantorias e aplausos em varandas italianas e brasileiras. Uma “gripezinha” para alguns e um lembrete que “a vida é um sopro” para outros. Na visão de professor Celso Gabatz, as pandemias “dizem mais sobre nós mesmos do que a doença em si”.²

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

De acordo com o relatório “Folha informativa – COVID-19” da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) em parceria com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 31 de dezembro de 2019, a OMS foi alertada sobre diversos casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma “nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos”.³ Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus. Neste cenário, é preciso lembrar que: “Os coronavírus estão por toda parte. Eles

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

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

são a segunda principal causa de resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum”.⁴

Conforme dados da OPAS e da OMS, ao todo, sete coronavírus humanos (HCoVs) já foram identificados, são eles: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). O novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19. Neste contexto, a OMS tem trabalhado com autoridades chinesas e especialistas globais desde o dia em que foi informada, para “aprender mais sobre o vírus, como ele afeta as pessoas que estão doentes, como podem ser tratadas e o que os países podem fazer para responder”.⁵

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constituía uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional”.⁶ Já em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. O termo “pandemia” se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade. A designação reconhece que, no momento, existem surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo.⁷

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

[...] febre, cansaço e tosse seca. Alguns pacientes podem apresentar dores, congestão nasal, dor de cabeça, conjuntivite, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato, erupção cutânea na pele ou descoloração dos dedos das mãos ou dos pés. Esses sintomas geralmente são leves e começam gradualmente. Algumas pessoas são infectadas, mas apresentam apenas sintomas muito leves.⁸

Consoante as organizações internacionais de saúde, deve-se seguir as seguintes medidas de proteção: Praticar a higiene das mãos e respiratória, e sempre que possível, manter uma distância de pelo menos um metro entre as pessoas.⁹ Ou seja, higiene e distanciamento social. Nesta senda, a antropóloga Lilia Moritz Schwarcz, professora titular no Departamento de Antropologia da USP e *visiting professor* na *Princeton University*, afirma que é impressionante como uma criatura tão pequena, invisível a olho nu, “tem a capacidade de paralisar o planeta. Algo que só se conhecia do passado ou por meio de fantasias, de

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

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

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

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

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

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

distopias científicas agora faz parte da nossa realidade”.¹⁰

Neste contexto, é necessário lembrar, que as pandemias não são novas na história. Conforme o historiador israelense, Yuval Noah Harari, autor de *Sapiens* e *Homo Deus*, apesar de episódios terríveis, como o da AIDS e o do Ebola, “no século XXI as epidemias matam uma proporção muito menor de pessoas do que em qualquer outra época desde a Idade da Pedra. Isso porque a melhor defesa que os humanos têm contra os patógenos não é o isolamento, mas a informação”.¹¹ Para Harari, a história ensina duas lições para lidar com a atual pandemia, são elas: “Primeiro, sugere que é impossível se proteger fechando permanentemente as fronteiras. (...). Em segundo lugar, a história indica que a proteção real vem da troca de informação científica confiável e da solidariedade global”.¹²

Neste cenário, cabe lembrar da teoria da metamorfose do sociólogo alemão, Ulrich Beck. Na obra “A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade”, o autor apresenta a distinção entre mudança e metamorfose. Mudança, na visão de Beck, implica que “algumas coisas mudam, porém outras permanecem iguais – o capitalismo muda, mas alguns aspectos do capitalismo continuam como sempre foram”.¹³ Já a metamorfose implica uma transformação “muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge”. Para compreender essa metamorfose do mundo, conforme o autor, é necessário explorar os “novos começos, focalizar o que está emergindo a partir do velho e buscar apreender estruturas e normas futuras na confusão do presente”.¹⁴

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

Enquanto alguns podem trabalhar na modalidade *Home Office*, outros são obrigados a encarar os riscos de trabalhos, que muitas vezes, não oferecem os Equipamentos de Proteção Individual (EPI's) adequados. De um lado, cursos *online* e *lives* sobre os mais diversos assuntos viralizam pelas redes. De outro, milhares de pessoas não possuem nem acesso à *Internet*. De um lado, muitas pessoas conseguem cumprir o distanciamento social ou isolamento dos infectados em suas casas de uma forma considerada até confortável. Entretanto, essa não é uma medida possível para todos, considerando que em muitas periferias do Brasil e do mundo, as moradias contêm uma “única saída de ar e abrigam 4 ou mais pessoas, em pouco mais de 12m²”.¹⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

outros empreendimentos fecharam filiais e/ou entraram com pedidos de recuperação judicial/falência, como por exemplo, o caso do Cirque du Soleil e de algumas companhias aéreas, como a Avianca e Aeromexico.¹⁶ Isso, é claro, sem mencionar os pequenos empresários que foram diretamente e indiretamente afetados.

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

3 OS REFUGIADOS E A PANDEMIA

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

[...] o processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocamento de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos.¹⁷

É possível afirmar, portanto, que as migrações estão no seio do ser humano e o ato de migrar sempre esteve presente durante a história da humanidade. Consoante a redação do artigo décimo terceiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH): “Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”.¹⁸ Assim sendo, é possível afirmar que migrar é um direito humano, inerente a todo ser humano, onde quer que esteja.

Contudo, quando esse deslocamento é feito de forma forçada, a narrativa adquire uma perspectiva um pouco mais específica. É nesse cenário que surge a figura do refugiado. Etimologicamente, o termo refúgio provem do vocábulo latino *refugium* e é estabelecido como “esconderijo, lugar para esconder-se, abrigo, amparo”, já o termo refugiado refere-se ao “abrigado, fugido, escondido”.¹⁹

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

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

17 OIM. *Glossário sobre Migração*. 2009. Disponível em: <http://www.participa.br/article_s/public/0006/5033/OIM_Gloss%C3%A1rio_sobre_Migra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020, p.40.

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

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

alterações para justificativas de motivação política decorrentes de perseguição, flagelo, fome e insegurança de modo geral.²⁰

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

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.²¹

Tal definição encontrava-se ultrapassada, uma vez que se restringia aos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa. Com efeito, no protocolo de Nova York de 31 de janeiro de 1967, houve uma expansão desse conceito, com a finalidade de incluir refugiados de todas as regiões do mundo. Assim, o ponto 3 do art. 1º afirma que “o presente Protocolo será aplicado para os Estados-Partes sem nenhuma limitação geográfica”.²²

Essa, seria uma perspectiva mais positiva, convencional, mais descritiva do que são pessoas refugiadas. Em uma outra perspectiva, todavia, como, por exemplo, a da filosofia dos direitos humanos, os refugiados são vistos como nômades, não por escolha, “mas por um veredicto de um destino cruel”, que faz com que a sociedade, de um modo irritante e até aterrador, lembre-se da vulnerabilidade da própria posição, além da endêmica fragilidade do bem-estar humano, arduamente conquistado.²³

Cabe lembrar que as migrações forçadas afetam de modo desigual e combinado, crianças, jovens, adultos e velhos; homens e mulheres; pessoas documentadas e não documentadas, países desenvolvidos e em desenvolvimento. Neste cenário, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão especializado da Organização das Nações Unidas (ONU), elabora anualmente o relatório Tendências Globais, que acompanha o deslocamento forçado com base em dados coletados pelo próprio órgão, por governos e outros parceiros. De acordo com as informações do relatório divulgado em 18/06/2020, cerca de 79,5 milhões de pessoas estavam deslocadas por guerras e conflitos até o final de 2019. Conforme o documento, os refugiados correspondem a 26 milhões de pessoas do número total de deslocados. As pessoas deslocadas dentro do seu próprio país representaram 45,7 milhões do total.²⁴

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

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

21 ONU. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiado*. 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dosRefugiados.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020, s.p.

22 ONU. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967>. Acesso em 25 jul. 2020, s.p.

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

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

informa que 80% das pessoas deslocadas no mundo estão em países ou territórios afetados por grave insegurança alimentar e desnutrição e que 63% saíram de apenas cinco países, são eles: Síria (6,6 milhões), Venezuela (3,7 milhões), Afeganistão (2,7 milhões), Sudão do Sul (2,2 milhões) e Mianmar (1,1 milhão).²⁵

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

Não bastassem todos os problemas acima elencados, em 2020, os refugiados encontraram uma pandemia causada pela COVID-19. Sob esta perspectiva, é imperioso destacar que, conforme Lilia Moritz Schwarcz, “nem todos estão passando por isso da mesma maneira. Há grandes diferenças, a depender de raça, classe, gênero”.²⁶ Considerando que, os dois pilares básicos de proteção são higiene e isolamento social, é preciso lembrar que nem sempre ‘casa’ quer dizer ‘lar’. Casa sempre foi um local de repouso e abrigo. Já lar é um conceito criado pela burguesia, no século XIX, que tendeu a idealizar esse lugar, sublinhando o modelo de família estruturada e esquecendo dos conflitos por lá inerentes.²⁷

Nesta senda, quando se diz “fique em casa, mantenha o isolamento” faz-se necessário refletir, na visão da autora, não só “acerca da nossa ‘bolha’, mas sobre as condições de vida” de outras populações.²⁸ Neste cenário, Patrícia Nabuco Martuscelli alerta que “muitos imigrantes e refugiados (assim como brasileiros) não têm condições dignas de moradia e ficar em casa não é uma opção”.²⁹ Conforme a organização Médicos Sem Fronteiras (MSF), muitos refugiados vivem em campos oficiais e informais, em centros de acolhimento ou em centros de detenção. Outros vivem nas ruas, em moradias informais. A maioria não tem acesso a serviços básicos, como alimentos, água potável e saneamento, ou tem acesso inadequado à assistência médica, e muitos não têm status legal.³⁰

Nesses contextos, nem sempre é possível seguir as medidas de prevenção contra a COVID-19. Nesta perspectiva, a organização MSF faz os seguintes questionamentos: “Como pedir que refugiados e migrantes lavem as mãos quando não há água e sabão? Como eles poderão se isolar se vivem em uma única tenda com outras 10 pessoas?”³¹

O distanciamento físico é “difícil, senão impossível, em campos superlotados e locais urbanos densamente povoados, onde as pessoas vivem muito próximas ou dividem o mesmo espaço com vários membros da família”.³² Ter que fazer fila para “obter água e alimentos

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

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

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

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

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

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

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

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

também aumenta os riscos de transmissão viral”.³³

Consoante um relatório da ACAPS, organização independente de análises humanitárias internacionais, a densidade populacional dos trinta e quatro campos de refugiados em Bangladesh, por exemplo, é de “40 mil pessoas por quilômetro quadrado. Isso dá mais de seis vezes a concentração existente em Wuhan, na China, onde a pandemia de coronavírus começou”.³⁴ De acordo com a Oxfam Brasil, uma organização da sociedade civil brasileira, Bangladesh é “o país que abriga um dos maiores campos de refugiados do mundo, Cox’s Bazar. Lá vivem cerca de 855 mil *rohingyas*, uma minoria muçulmana perseguida em Mianmar, país vizinho”.³⁵

A organização afirma que os padrões adotados nos “campos de refugiados, acordados pelas agências que respondem às crises humanitárias, simplesmente não foram projetados para lidar com uma pandemia global como a de coronavírus”.³⁶ Segundo um levantamento da Oxfam: cada torneira é usada, em média, por 250 pessoas nos campos de refugiados em todo o mundo. São 250 pessoas tocando a mesma torneira com alto risco de contaminação. Além disso, muitos têm menos 3,5 metros quadrados de espaço para viver, o que torna o isolamento social quase impossível.³⁷

O campo de Moria, na ilha grega de Lesbos, foi construído para 3 mil pessoas. Hoje abriga quase 20 mil pessoas. Com isso, a organização informa que “até 160 pessoas usam o mesmo banheiro e mais de 500 compartilham o mesmo chuveiro. Em algumas partes do campo, 325 pessoas compartilham uma torneira e não há sabão. Abrigos improvisados chegam a ter até 20 pessoas”.³⁸ Conforme o MSF, o confinamento e as restrições à liberdade de movimento relacionados à COVID-19 também têm um “grande impacto sobre esses grupos, que já estão excluídos da maioria das oportunidades de emprego e têm ainda menos acesso a assistência e proteção”.³⁹

A organização destaca que, em muitos contextos, “as pessoas em movimento vivem em um estado de insegurança constante e enfrentam risco de prisão ou abuso”.⁴⁰ Os refugiados frequentemente são “estigmatizados como ‘portadoras de doenças’, diante de um cenário de crescente xenofobia e acesso limitado a informações confiáveis. Algumas populações são totalmente dependentes de ajuda humanitária. E, em muitas regiões, essa ajuda é limitada”.⁴¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

o ACNUR alerta que o país é considerado um epicentro da pandemia na América Latina e que a situação brasileira está afetando os mais vulneráveis - incluindo as populações indígenas mais pobres e outros povos originários, além de refugiados.⁴²

Conforme dados do órgão especializado da ONU, o Brasil abriga mais de 345.000 refugiados e solicitantes de refúgio, para os quais as consequências da pandemia são especialmente severas. E, embora o número total de refugiados que contraíram o vírus no Brasil seja desconhecido, o ACNUR está ciente de pelo menos 19 mortes relacionadas à COVID-19 entre os refugiados dos quais nove eram refugiados indígenas venezuelanos.⁴³

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

[...] sem acesso aos serviços mais básicos de saúde. Isso representa um risco para todos nós. Estamos acostumados a pensar nesse tema em termos nacionais, no enquanto oferecer assistência médica a iranianos e chineses também ajuda a proteger israelenses e americanos contra epidemias. Essa simples verdade deveria ser óbvia para todos, mas, infelizmente, ela escapa até mesmo a algumas das pessoas mais influentes do mundo.⁴⁴

Neste sentido, o autor israelense afirma que o “verdadeiro antídoto para epidemias não é a segregação, mas a cooperação”.⁴⁵ Entretanto, a xenofobia, isolacionismo e desconfiança “agora caracterizam a maior parte do sistema internacional”.⁴⁶ Sem confiança e solidariedade globais, Harari alerta que “não seremos capazes de parar a epidemia de coronavírus, e é provável que enfrentemos mais epidemias desse tipo no futuro”.⁴⁷ Todavia, na visão do autor, “toda a crise também é uma oportunidade. Com sorte, a presente epidemia ajudará a humanidade a perceber o grave risco imposto pela desunião global”.⁴⁸

Diante do exposto, cabe lembrar que desde o início da pandemia, o Alto Comissariado tem apoiado as autoridades locais e nacionais nos esforços de prevenção e resposta. A agência está ampliando seu apoio para ajudar a mitigar a ameaça do vírus entre refugiados, migrantes e comunidades locais que os acolhem, fornecendo infraestrutura para fortalecer o sistema nacional de saúde, assistência em dinheiro, itens de higiene e informações para salvar vidas, como sessões sobre medidas preventivas.⁴⁹

Dado o início do inverno, que agrava drasticamente a vulnerabilidade das populações deslocadas, o órgão especializado da ONU está oferecendo “abrigo, assistência domiciliar e de inverno”.⁵⁰ Conforme informações, cerca de 15.000 refugiados receberam “colchões,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

redes, kits de limpeza e higiene, redes mosqueteiras, baldes, bidão, lâmpadas solares e outras formas de assistência”.⁵¹ Cabe destacar que, entre os beneficiários estão “cerca de 2.300 venezuelanos indígenas, representando quase metade da população indígena venezuelana existente no país”.⁵²

Portanto, é preciso manter em mente que, “se cuidarmos melhor das populações vulneráveis [...] cuidaremos melhor de nós mesmos, não só numa dimensão simbólica, como também de maneira prática”.⁵³ Diante do exposto, é possível afirmar que os refugiados são sim um grupo vulnerável e precisam ser cuidados e protegidos, ainda mais neste período pandêmico. Neste sentido, o próximo tópico aborda o uso da teoria do comunitarismo como uma possível resposta adequada para a proteção dos refugiados.

4 A RESPOSTA DO COMUNITARISMO

Nestes tempos difíceis, não se deve esquecer daqueles que fogem de guerras e perseguições. Mais do que nunca, os refugiados precisam da solidariedade e compaixão das comunidades locais e das organizações estatais. Sob esta perspectiva, o ACNUR lembra que “nenhum país pode resolver sozinho o problema do coronavírus e nenhuma parcela de nossa sociedade pode ser desconsiderada se quisermos efetivamente enfrentar este desafio global”.⁵⁴ Todos possuem um papel a desempenhar na prevenção desta pandemia. Neste sentido, investiga-se do que se trata a terceira via, também conhecida como comunitarismo e como ela pode auxiliar na proteção dos refugiados, não apenas no período pandêmico, tudo isso, considerando aspectos que envolvem a promoção da dignidade da pessoa humana em prol da construção de uma boa sociedade.

Em termos gerais, João Pedro Schmidt afirma que o comunitarismo pode ser definido como um ideário que confere centralidade à comunidade (e não ao Estado ou ao mercado) e inclui um leque de formulações filosóficas, sociológicas, políticas e econômicas, cujas raízes estão nas grandes religiões (judaísmo, cristianismo, islamismo e budismo) e na filosofia grega, perpassando todo o pensamento ocidental.⁵⁵

Conforme Schmidt, Alexis de Tocqueville, Charles Fourier, Piotr Kropotkin, Ferdinand Tönnies, Emanuel Mounier, John Dewey, Robert Nisbet, Martin Buber e Amitai Etzioni são alguns dos pensadores dessa corrente de pensamento, que tem diversas matrizes: a tradição aristotélica, a tradição judaico-cristã, a tradição utópica, o liberalismo, o ideário socialista e anarquista, os estudos sociológicos sobre comunidade, o pensamento autoritário, o republicanismo e as teorias do capital social e o comunitarismo responsivo.⁵⁶

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

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

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

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

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

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

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

comunitaristas, a saber: a comunidade é condição ontológica do ser humano; oposição ao individualismo e ao coletivismo; oposição ao gigantismo estatal; primazia dos valores pessoais sobre os valores do mercado; subsidiariedade, poder local, associativismo e autogestão; fraternidade, igualdade e liberdade.⁵⁷

Neste contexto, analisa-se os ideais propostos no livro “A Terceira Via para a Boa Sociedade”, do sociólogo germano-estadunidense-israelense Amitai Etzioni⁵⁸. A obra foi publicada originalmente em 2000, com o título “*The third way to a good Society*”. O presente estudo utilizou-se da versão em português, traduzida por João Pedro Schmidt e publicada em 2019 pela editora EDUNISC. A obra é uma espécie de síntese da teoria de Etzioni e diz muito do pensamento comunitarista responsivo do autor. Amitai centrou sua mensagem na necessidade de revalorização da comunidade como a tarefa central à renovação do *Welfare State*.

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

Nesta senda, o autor entende que uma sociedade é aquela em que as pessoas tratam umas às outras como: fins em si mesmas, e não meramente como instrumentos; como totalidades pessoais, e não como fragmentos; como membros de uma comunidade, unidos por laços de afeto e compromisso, e não apenas como empregados, comerciantes, consumidores ou até como cidadãos.⁵⁹

Para Etzioni, a boa sociedade é um ideal, afirmando que “pode ser que nunca cheguemos a alcançá-lo, mas ele orienta nossos esforços, e medimos nosso progresso com referência a ele.”⁶⁰ Quanto à sua origem, Etzioni lembra que a Terceira Via não é “americana, britânica ou propriedade de qualquer nação, região ou cultura”.⁶¹ Entre suas numerosas raízes estão o “Antigo e o Novo Testamento; os ensinamentos dos gregos antigos; as concepções asiáticas, muçulmanas e judaicas de harmonia e responsabilidade pelos outros, e não apenas por si; o pensamento fabiano; o pensamento social católico; e outras mais.”⁶² O autor lembra que, em épocas passadas e mesmo em algumas sociedades livres contemporâneas, as comunidades “têm oprimido indivíduos e minorias”.⁶³ Conforme Etzioni, é papel do Estado proteger os “direitos de todos os membros em todas as comunidades, assim como os das pessoas que, sem pertencer a elas, se encontram em seu âmbito.”⁶⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

No núcleo da Terceira Via, consoante o autor, deve estar o reconhecimento de que a boa sociedade combina “o respeito pelos direitos individuais e a satisfação das necessidades humanas básicas com a expectativa de que os membros cumpram suas responsabilidades para com eles mesmos, suas famílias e amigos e com a comunidade em geral.”⁶⁵ Etzioni segue afirmando que uma boa sociedade não “nega a nenhuma pessoa os seus direitos básicos, mesmo que ela não cumpra suas responsabilidades, assim como não exime de responsabilidade aqueles cujos direitos não foram plenamente honrados.”⁶⁶ A responsabilidade de todos deve ser “acompanhada da responsabilidade para com todos.”⁶⁷

Para o autor, as comunidades podem desempenhar um papel especialmente importante para garantir que todos sejam “incluídos e tratados com todo o respeito que lhes é devido em razão de sua humanidade, tratados como um fim em si mesmo”.⁶⁸ Ao tratar as pessoas como fins, as sociedades da Terceira Via devem “reconhecer que existem certos bens básicos que são devidos a todos. Esses bens básicos incluem comida, abrigo, roupas e cuidados de saúde.”⁶⁹

Na concepção de Etzioni, a boa sociedade consiste em uma parceria de três setores – governo, setor privado e comunidade, sendo que cada setor reflete e serve uma faceta distinta de nossa condição humana. Somente com a contribuição dos três elementos, ao invés de fragmentá-los ou colocar uns contra os outros, podemos alcançar uma sociedade que considere a pessoa como um todo, essencial para que todos sejam tratados como fins em si.⁷⁰

Nesta senda, cabe destacar que a visão da sociedade como uma comunidade de comunidades alude a comunidades geográficas, raciais e étnicas. Uma boa sociedade, consoante o autor, “prospera a partir de uma diversidade de culturas que enriquece a vida das pessoas através das artes, da música, da dança, do convívio social, da culinária, etc.”⁷¹ Por fim, o autor ainda destaca que a “diversidade não deve se tornar o oposto da unidade, mas deve existir na unidade.”⁷²

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

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

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste exato momento, milhões de pessoas estão se deslocando de forma forçada pelo mundo. São movidas por conflitos armados, catástrofes ambientais, pobreza e guerras, dentre outros fatores. Em busca de proteção e de um recomeço, elas foram surpreendidas pela

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

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

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

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

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

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

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

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

pandemia provocada pela COVID-19, uma doença que possui impactos não apenas na área da saúde, mas também na economia, política, educação, trabalho, entre tantos outros setores.

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

OIM. *Glossário sobre Migração*. 2009. Disponível em: <http://www.participa.br/articles/public/0006/5033/OIM_Gloss%C3%A1rio_sobre_Migra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

ONU. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dosRefugiados.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

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

ONU. *Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967>. Acesso em 25 jul. 2020.

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

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

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

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

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

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

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

FRATERNIDADE, SOLIDARIEDADE E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19

Clara Cardoso Machado Jaborandy

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos da UNIT. Líder do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos – CNPq.

Liziane Paixão Silva Oliveira

Doutora em Direito pela Universidade d'Aix-Maeseille III. Mestre em Direito pela UnB. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Estágio Pós-doutoral na UnB. Bolsista CAPES e FAPITEC/SE. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Inovação – CNPq.

Sumário: 1 Introdução; 2 Saúde como bem comum da humanidade: por uma agenda global; 3 por uma delimitação conceitual de fraternidade, solidariedade e cooperação internacional; 4 Solidariedade e cooperação internacional no combate à pandemia da covid-19; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A crise sanitária decorrente da velocidade na disseminação da COVID-19 ressaltou a importância de uma agenda global e do fortalecimento dos organismos internacionais multilaterais para cooperação política e técnica entre os países para enfrentar as pandemias que, reconhecidamente, não respeitam as fronteiras geopolíticas.

Diante deste cenário, o artigo objetiva refletir acerca dos contornos jurídicos internacionais da fraternidade, solidariedade e cooperação para o enfrentamento da COVID-19, delimitando seu campo de análise a partir da declaração universal de direitos humanos, da declaração de constituição da Organização Mundial de Saúde e do Mercosul para compreender como tais instrumentos regulam a cooperação a nível regional em caso de pandemia.

Nomeadamente no que concerne a saúde, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), braço da OMS nas Américas, tem importante atuação para ajudar a estabelecer padrões de segurança sanitária em portos, aeroportos e programas de saúde pública instaurados pelo Brasil e por governos da região.

O problema de pesquisa consiste em saber se teriam os Estados a faculdade ou o dever de cooperar e de agir solidariamente para conter a pandemia? É possível afirmar que os deveres de cooperação e de solidariedade e o compromisso da cooperação são mecanismos cogentes para situações de emergência em saúde pública no âmbito global e regional?

Tal questionamento decorre do fato de que ao olhar para o cenário Europeu depreende-se que o dever de solidariedade possui uma natureza obrigatória com previsão no art. 222, numeral 3.1, do Tratado Fundacional da União Europeia (TFUE), que determina uma ação conjunta sempre que um Estado for vítima de um ataque terrorista ou de uma catástrofe natural ou de origem humana.

Durante a existência da União de Nações Sul-americanas (UNASUL) (2008-2019) a América do Sul foi um exemplo para cooperação em saúde auxiliando no enfrentamento coletivo às epidemias de dengue, zika vírus, na criação de políticas públicas para vacinação, dentre outras ações. Com o fim da UNASUL pretende-se verificar quais foram as ações de cooperação na América do Sul. Objetiva-se nessa pesquisa verificar se é possível inferir o dever de solidariedade e o compromisso de cooperação entre os países que integram o Mercosul assim como ocorre na União Europeia. Para tanto, propõe-se a compreensão do direito à saúde como bem comum da humanidade, cuja proteção e garantia de efetividade só pode ser alcançada pela cooperação entre os Estados e a coletividade nacional e internacional a partir da instituição de deveres humanos e de compromissos multilaterais.

Em sequência, far-se-á a delimitação conceitual de fraternidade, solidariedade e cooperação internacional para compreender como é possível aferir a exigibilidade dos deveres de solidariedade e o compromisso de cooperação internacional no âmbito da saúde pública.

Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico e documental.

2 SAÚDE COMO BEM COMUM DA HUMANIDADE: POR UMA AGENDA GLOBAL

Sem que aqui se pretenda aprofundar o debate em toda a sua extensão, o que seria inviável em face das limitações espaciais de um artigo, é mister verificar o tratamento jurídico dado à saúde no plano internacional e nacional de modo a verificar se a saúde deve ser compreendida como bem comum da humanidade exigindo uma ação coordenada entre os Estados.

Para tanto, deve-se utilizar como ponto de partida o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) que define saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”¹. O tratado destaca que a saúde é um direito humano de caráter universal, sem distinção de raça, religião, credo político ou condição econômica ou social. A importância da saúde é tamanha que sua proteção pelos Estados Membros é fundamental para conseguir a paz e a segurança.

Ademais, outro aspecto que merece ser evidenciado na Constituição da OMS é que o “desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção da saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum”². O tratamento desigual no combate a COVID 19 pelos Estados, por exemplo, traz um perigo para toda a humanidade, tendo em vista o caráter transfronteiriço da rápida disseminação. Ante tal fato urge a defesa da saúde enquanto bem comum da humanidade sendo imperiosa sua tutela jurídica e social tanto internamente quanto internacionalmente por meio de uma agenda global coordenada.

Ações coordenadas para a promoção da saúde já são vislumbradas no cenário internacional a exemplo do programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento estabeleceu os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecendo metas para cumprimento até 2030, também conhecida como Agenda 2030. A Agenda 2030 prevê, no objetivo 3 que os Estados devem “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”. O objetivo 3 foi subdividido em 13 metas. A meta 3.8 estabelece “atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos”³.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), ao idealizar o Plano Global de Ação para Vidas Saudáveis e Bem-Estar para todos em setembro de 2019, buscou implementar estrategicamente as metas relacionadas a saúde em cumprimento ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 3. Para tanto foram convocados doze organismos do sistema das Nações Unidas: a OMS, Aliança Global para Vacinas e Imunização (GAVI), ONU Mulheres, Banco Mundial, Programa Mundial da Alimentos (PMA), Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF), Fundo das Nações Unidas para Populações (UNFPA), Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS), Global Financing Facility (GFF), Global Fund, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), UNITAID⁴.

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em especial atenção à desigualdade em que se encontra as Américas, em sua Resolução 1/2020 (CIDH, 2020) estabeleceu que a “pandemia da COVID-19 pode afetar gravemente a plena vigência dos direitos humanos da população em virtude dos sérios riscos que a doença representa para a vida, a saúde e a integridade pessoal, bem como seus impactos de

1 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. (OMS). *Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO)*. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 jul. 2020.

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. (OMS). *Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO)*. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 jul. 2020.

3 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Transformando nosso Mundo: A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

4 Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/plano-global-de-acao-para-vidas-saudaveis-e-lancado-na-onu>. Acesso em: 20 jul. 2020.

imediatos, médio e longo prazo”⁵.

E adiante realça a natureza jurídica do direito à saúde como um bem público que deve ser protegido por todos os Estados e que “o direito humano à saúde é um direito de caráter inclusivo, que guarda correspondência com o gozo de outros direitos, que compreende seus determinantes básicos e sociais como o conjunto de fatores que condicionam seu efetivo exercício e gozo”⁶;

Vê-se, portanto que a saúde é um bem essencial para o indivíduo e para a coletividade, que encontra forte aproximação com o direito à vida digna, ao trabalho, à moradia, à alimentação, entre outros direitos, na medida em que a saúde precisa ser assegurada em sua integralidade e em conexão com os demais direitos.⁷

As ações do Estado e dos indivíduos em relação à saúde devem ter como meta o bem comum, que é o bem de uma comunidade. Inelutavelmente, a razão da existência de uma comunidade é a busca pelo bem comum e, por isso, a promoção e proteção da saúde deve ter como base o bem da própria comunidade.

Na perspectiva tomista o bem comum é aquele que é capaz de abarcar a comunidade política inteira. Para Aquino a noção de bem comum é o ponto central da sociedade e do governo e é a partir dele que é possível ordenar uma comunidade de cidadãos. Trata-se, portanto, de um bem da ordem⁸.

Ao tratar da teoria do bem comum Vittorio Possenti defende que o conceito de bem comum é vital para a filosofia pública, sem o qual a vida em coletividade não teria sentido, já que só há sociedade política se tiver bem comum⁹.

Ao elaborar uma teoria sobre bem comum Possenti¹⁰ ensina que a compreensão de bem comum passa por nove aspectos. O primeiro é que bem comum não corresponde a soma de bens individuais por se tratar do bem da sociedade política ao qual as pessoas se comunicam e a partir dele há uma redistribuição para que haja o desenvolvimento integral da personalidade. O segundo aspecto é que o bem comum é um fim em si mesmo e não um meio para alcançar a felicidade individual. Esse fim é a do bem intrínseco da sociedade política, distanciando-se, dessa maneira, da lógica utilitarista de bem comum para o alcance da felicidade privada. O terceiro elemento é que o bem comum possui as dimensões material, intelectual e moral, com ênfase na ética. O quarto aspecto é que a promoção do bem comum serve como fundamento de legitimidade da autoridade e prevenção de injustiças. O quinto elemento é que o bem comum não se confunde com bem público (bem do Estado), tendo o bem comum uma amplitude maior por ser um bem da sociedade política, havendo, sendo relevante portanto, um esforço cooperativo dos indivíduos e do Estado.

5 CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolution 1/2020: Pademia y Derechos Humanos em las Americas*. 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

6 CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolution 1/2020: Pademia y Derechos Humanos em las Americas*. 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

7 ALBUQUERQUE, Aline; ELER, Kalline (Coords.). *Direitos Humanos dos Pacientes e COVID-19*. Observatório Direitos dos Pacientes, UNB, abril, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriopaciente.com.br/>. Acesso em: 10 set. 2020.

8 BARZOTTO, Luiz Fernando. O Bem da Ordem – O Direito como Condição da Moral em Tomás de Aquino. In: STOCK, A. C.; LISBOA, W. B. (Orgs.). *Norma, Moralidade e Interpretação: temas de Filosofia Política e do Direito*. Porto Alegre: Linus, 2009.

9 “Con l’idea di bene comune non si rincorre il mito romantico di una comunità perfettamente solidale e armoniosa, ma un concetto che è vitale per l’intera filosofia pubblica e la cui assenza la rende inintelligibile. Conduciamo un esperimento mentale: si provi a cancellarne l’idea e si verifichi se sussistano ancora motivi perché gli uomini vivano insieme. Essi potranno forse ancora stipulare contratti privati, ma non esisterà più una società politica, perché non vi sarà più un bene globale intenzionato dai “cittadini” e che su essi rifluisce. Se non vi fosse un bene comune da raggiungere, la società non esisterebbe. (POSSENTI, Vittorio. *Le società liberali al bivio*. Roma: Marietti, 1991, p.67).

10 POSSENTI, Vittorio. *Le società liberali al bivio*. Roma: Marietti, 1991.

O sexto aspecto é que o conteúdo do bem público deve ser definido no caso concreto, não podendo ter definição abstrata, devendo ser alcançado o máximo do bem humano. O sétimo destaque que Possenti faz diz respeito a perspectiva distributiva do bem comum, ressaltando que a teoria do bem comum não é simétrica ou recíproca, razão pela qual a redistribuição não ocorre de acordo com o mérito ou contribuições, mas também levando em consideração a necessidade. Possenti destaca também a existência de um bem comum global da humanidade a partir do cosmopolitismo kantiano. Ao final o autor menciona os pressupostos para a realização do bem comum conectando-o com o exercício dos direitos da pessoa e cumprimento dos respectivos deveres, bem como com o comprometimento das instituições em relação aos direitos¹¹.

Seguindo o conceito de Possenti, Janaína Machado Sturza e Sandra Regina Martini defendem que a saúde é um bem comum da comunidade sendo o município o espaço de consolidação de direitos. Para as autoras isso decorre do fato de haver uma correlação entre os aspectos enunciados por Possenti para compreensão do bem comum e o direito a saúde. Inicialmente o direito a saúde possui uma dimensão social e coletiva. No segundo aspecto, por ser um bem da comunidade global a saúde é um fim a ser atingido. As dimensões do bem comum também dialogam com o direito à saúde na medida em que a participação e o controle social são essenciais na efetivação do direito. A ação do Estado na promoção da saúde serve como justificativa de autoridade. O quinto aspecto destaca a corresponsabilidade dos cidadãos na promoção do direito à saúde por ser além de um bem público, um bem comum que é mais abrangente¹².

Ao analisar o processo de definição do bem comum no caso concreto a partir de debates públicos, consenso e evolução social as autoras afirmam que “a participação na organização do sistema de saúde é um exemplo de construção paulatina da saúde como bem comum de certa comunidade”.

Pensando no elemento distributividade, pode-se afirmar que o direito a saúde deve ser concretizado a partir das necessidades sociais por meio de políticas públicas. Ademais, por ter um conceito aberto, que é delineado pela sociedade, pode-se incluir no conceito de bem comum à saúde, haja vista sua importância para a vida com dignidade.

Para além de um bem da comunidade a saúde deve ser compreendida como bem comum da humanidade, assim como as energias necessárias para a vida, a educação, a internet, dentre outros¹³. De fato, ao se pensar numa perspectiva global não há como deixar de reconhecer que saúde é um bem comum da humanidade fato que demanda dos Estados e de toda sociedade uma postura proativa no sentido de sua promoção e proteção.

No plano do direito brasileiro, o sistema constitucional brasileiro trata a saúde como direito/dever ao ser elencada no artigo 6º enquanto direito social e ao prescrever no art. 196 que saúde é direito de todos e dever do Estado, ressaltando a obrigação precipuamente estatal na promoção desse direito.¹⁴

11 POSSENTI, Vittorio. *Le società liberali al bivio*. Roma: Marietti, 1991.

12 STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. O município enquanto espaço de consolidação de direitos: a saúde como bem comum da comunidade. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Volume 04, n. 49, Curitiba, 2017, p.393-417.

13 Ao redigir o esboço da Declaração Universal do Bem Comum da Terra e da Humanidade Leonardo Boff e Miguel de Escoto pontuaram no artigo 7 que: “São Bens Públicos da Humanidade as energias necessárias para a vida, a saúde e a educação, os meios de comunicação, a internet, os correios e os transportes coletivos. Os medicamentos produzidos por laboratórios privados passam a pertencer ao Bem Comum da Humanidade depois de cinco anos e, em situações de emergência, podem ser tornados públicos imediatamente”. Declaração Universal do Bem Comum da Terra e da Humanidade. Disponível em: <https://mbecovilas.files.wordpress.com/2011/06/declarac3a7c3a3o-universal-do-bem-comum-da-terra-e-da-humanidade-leonardo-boff-e-miguel-de-escoto.pdf>.

14 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

Em verdade, é dever de todos em corresponsabilidade com o Estado, uma vez a construção de uma sociedade fraterna depende não só do Estado prestador e garantidor de direitos, mas também de indivíduos comprometidos com uma cidadania ativa e inclusiva que reconheçam seus deveres em prol do bem estar social e da comunidade, admitindo-se, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais¹⁵.

A efetivação de políticas públicas relacionadas à saúde depende da cooperação dos cidadãos para alcançar um consenso decisório quanto aos rumos a serem perseguidos a bem da coletividade. Para ratificar esta assertiva, sublinha-se o entendimento de Sandra Regina Martini:

Para efetivar uma política de saúde adequada, é necessário que os atores envolvidos nela participem do processo desde sua gestão até sua implementação. É neste sentido que o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que a saúde é um direito do cidadão e um dever do estado, é preciso criar condições para que este direito seja efetivado, e isso se dará somente por meio de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados.¹⁶

No mesmo sentido, Dallari¹⁷ destaca o caráter coletivo do direito à saúde ressaltando a possibilidade de o Estado por meio de leis definir comportamentos nocivos passíveis de serem sancionados. Compreendendo a saúde enquanto direito/dever e como bem comum da humanidade, defende-se a necessidade de uma maior articulação entre os países em nível regional e global de modo a enfrentar coletivamente as crises sanitárias.

Como já destacado, a agenda 2030 ressalta a importância do acesso universal à saúde como direito humano a ser perseguido e efetivado pelos países membros da ONU. Pelo fato de a pandemia ultrapassar as fronteiras geopolíticas dos países, é mister reconhecer a existência de deveres específicos a serem observados pelos Estados e pela sociedade para sua plena efetivação, sendo a fraternidade um importante fundamento político e jurídico para o enfrentamento da crise e para a compreensão dos deveres de solidariedade e o compromisso de cooperação internacional.

Para o alcance desse desiderato cumpre discorrer sobre a delimitação conceitual de fraternidade, cooperação e solidariedade de modo a compreender como os Estados devem agir em situações de crise sanitária global como a da COVID-19.

3 POR UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE FRATERNIDADE, SOLIDARIEDADE E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Antes de enfrentar o problema de pesquisa proposto é preciso diferenciar os conceitos de fraternidade, solidariedade e cooperação internacional de modo a esclarecer como deve ser a ação Estatal diante de situações de emergência sanitária.

Inicialmente, é válido registrar que parte da doutrina trata fraternidade e solidariedade como expressões idênticas. Não obstante a enorme confusão conceitual, que se faz em razão

15 MACHADO, Clara. *O princípio Jurídico da Fraternidade*. Um instrumento para a proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

16 MARTINI, Sandra Regina. Saúde: um direito fundado na fraternidade. In: Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. *Saúde e direitos humanos*, ano 5, n.5, 2008. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3037.pdf#page=6>. Acesso em: 10 set. 2020.

17 DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020, p.330.

de semelhanças quanto à origem e aplicabilidade dos termos, defende-se que a fraternidade engloba a solidariedade e a cooperação internacional, mas não se restringe a elas.

A fim de demonstrar ausência de delimitação conceitual entre as expressões, é forçoso verificar como a doutrina vem tratando o tema para em seguida constatar distinções a partir da determinação semântica aqui propugnada¹⁸.

Gregorio Peces-Barba Martínez, por exemplo, não distingue fraternidade de solidariedade, tratando-os como valores relacionais da ordem jurídico-constitucional espanhola que completam os valores liberdade e igualdade¹⁹. Ao discorrer sobre escassez e solidariedade, o autor espanhol destaca a função de referidos valores na cooperação e participação da vida social²⁰.

Por sua vez, Lorenzo Peña Gonzalo e Txetxu Ausín entendem que, em termos mais modernos, fraternidade significa ética da solidariedade e da cooperação, vinculada à noção de caridade, compreendida como hábito de amar os outros (fraternidade) ou virtude que impulsiona o afeto do ser humano aos seus semelhantes.²¹

Normalmente se califica a esa concepción de la fraternidad (solidaridad) entendida como un don con el adjetivo de «altruista», en la medida en que se funda en la norma de gratuidad (actúo en favor de los demás sin querer o pedir una contrapartida) pero sobre la base del modelo o del ejemplo de Dios. A ella se suele contraponer una concepción «mutualista» de la fraternidad, donde el porvenir individual y colectivo van indisolublemente unidos. Veremos cómo en Leibniz se dan cita esos dos sentidos del concepto de fraternidad. Lo importante aquí es destacar que para Leibniz el reconocimiento del otro es un elemento fundamental de nuestra propia existencia, lo cual es una característica de la reivindicación actual del bien común y de una ética de la solidaridad.

Na mesma linha, Angelo Costanzo constata que os valores da benevolência e do universalismo são raízes da ideia de fraternidade, que, na dimensão jurídica, evolui para diferentes expressões da solidariedade social²². Javier Tajadura Tejada, por sua vez destaca que, nas origens do constitucionalismo contemporâneo, solidariedade se apresentou como tradução jurídica do dever moral de fraternidade²³.

Para Gérard Cornu fraternidade significa solidariedade entre cidadãos e solidariedade é um princípio fixado no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946²⁴, segundo o qual os franceses devem se ajudar em situação de calamidade nacional²⁵.

18 A distinção entre fraternidade e solidariedade é trabalhada na tese de doutorado de Clara Machado. MACHADO, Clara. *O princípio Jurídico da Fraternidade*. Um instrumento para a proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

19 Nas palavras de Gregorio Peces-Barba Martínez “*Los valores relacionales como la solidaridad o fraternidad que se refieren a los sujetos, y a las formas de vida social, a los comportamientos, entre ellos, que favorezcan desde esa dimensión de las relaciones entre las personas, la realización de los ideales de libertad y de igualdad que conducen a la libertad moral o autonomía moral*”. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. In: *Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista*. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, p.247-272. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/11620>. Acesso em: 17 maio 2020, p.261).

20 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos. In: MENÉDEZ, Fernando M. Mariño; LIESA, Carlos R. Fernández (Eds.). *El desarrollo y la cooperación internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, p.19-33. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/10581>. Acesso em: 14 jun. 2020, p.33.

21 GONZALO, Lorenzo Peña; AUSÍN, Txetxu. Derecho y bien común en Leibniz: Una apología de la fraternidad. In: ANDREU, A. et al. *Ciencia, tecnología y bien común: La actualidad de Leibniz*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2002, p.320-339. Disponível em: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/10812/1/dbc.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

22 COSTANZO, Angelo. *Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani*. Disponível em: http://www.archivioscupo.unict.it/europa/JM_humanrights/costanzo.pdf. Acesso em: 14 jun. 2015.

23 TEJADA, Javier Tajadura. *El principio de solidaridad en el Estado autonómico*. Cuadernos de Derecho Público, n.32, 2007, p.69-102. Disponível em: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9504&path%5B%5D=9443>. Acesso em: 14 jun. 2015, p.70.

24 FRANÇA. *Constitution de 1946*, IV République. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republiquePréambule>: “La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.”

25 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, 2004, p.423;859.

Essas citações servem para demonstrar a confusão conceitual que se faz entre os termos. De outro lado, há quem compreenda solidariedade como atualização da fraternidade. Para Erhard Denninger²⁶, a tríade da Revolução Francesa - “liberdade, igualdade e fraternidade” cedeu lugar à “segurança, diversidade e solidariedade”. Para o referido doutrinador, solidariedade refere-se à humanidade, ao reconhecer o outro como ser dotado de dignidade, significando “um vínculo de sentimento racionalmente guiado, enquanto se apoia na similitude de certos interesses e objetivos de forma a, não obstante, manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”. Em termos jurídicos, solidariedade propõe “uma rejeição do caráter vinculante de sistemas de valor universais, e a renúncia da exigência de nos fazermos iguais aos outros tanto em posses quanto em consciência”²⁷.

Outra compreensão ventilada por Filippo Pizzolato é a da fraternidade como dimensão horizontal da solidariedade, compreendida na ideia de reciprocidade. Para o autor na dimensão horizontal, a solidariedade (fraternidade) interpela diretamente o comportamento individual e confere um sentido de responsabilidade social através do reconhecimento do outro. Por seu turno, na dimensão vertical, a solidariedade está relacionada com a intervenção do Estado Social para redução das desigualdades e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa²⁸. Na percepção do autor italiano, fraternidade é espécie de solidariedade que resulta da efetivação do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há um dever de socorro mútuo entre os indivíduos, “limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo”²⁹. Filippo Pizzolato enuncia que “a fraternidade vai atuar no ordenamento jurídico como solidariedade que nasce da ponderação entre as esferas de liberdade, que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas a ação do Estado enquanto ordenamento jurídico”³⁰.

Também inspirado pela doutrina italiana, José Casalta Nabais distingue solidariedade vertical (solidariedade pelos direitos ou solidariedade paterna) de solidariedade horizontal (solidariedade pelos deveres ou solidariedade fraterna). Para o autor português, a solidariedade vertical (paterna) está calcada de um lado na realização dos direitos sociais pelo Estado Social e, de outro, na dos direitos de quarta geração (direitos de solidariedade intergeracional ou diacrônica). Por sua vez, a solidariedade horizontal (fraterna), está fundamentada, de um lado, nos deveres fundamentais que o Estado tem que concretizar legislativamente e, de outro, nos deveres que cabem à comunidade social, entendida como esfera de relações entre os indivíduos, grupos e classes sociais que se desenvolvem fora da esfera das relações de poder do Estado³¹.

Apesar de não discorrer sobre eventuais traços distintivos entre fraternidade e solidariedade, Eligio Resta articula que, no ideário da Revolução Francesa, fraternidade indicava um dispositivo de vaga solidariedade entre as nações, estando mais relacionada a princípios de

26 Maria Inês Chave de Andrade destaca que após a Revolução francesa, o vocábulo fraternidade foi sendo gradativamente substituído por solidariedade. (ANDRADE, Maria Inês Chave de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o deve ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010, p.28).

27 DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos UFMG*, vol.88, dez. 2003, p.21-45, p.35.

28 PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p.113-114.

29 PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p.117.

30 PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p.114.

31 NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p.138-139.

direito internacional³². Em seguida, ao tratar do direito fraterno, elucida a importância dos deveres de solidariedade e dos vínculos dela resultantes para a aplicabilidade do código fraterno.

Vincenzo Buonomo ressalta que as relações de solidariedade no direito internacional derivam da convergência de interesses que surgem partir do momento em que obrigações comuns são colocadas acima da vontade de cada um dos Estados. São as chamadas obrigações erga omnes, não submetidas a vínculos de reciprocidade correlativa, mas ligadas a princípios fundamentais do Direito Internacional, como por exemplo, normas de defesa dos direitos humanos; proteção ao meio ambiente, proteção a saúde, entre outras³³.

Não obstante o termo fraternidade não aparecer de maneira expressa no cenário internacional, é em nome da fraternidade que são criadas formas de aliança e integração entre os Estados, servindo de fundamento para a solidariedade e a cooperação internacional. A fraternidade serve como vetor para que os Estados ajam em prol do bem comum do “sujeito-humanidade”, garantindo o interesse de todos que fazem parte da comunidade internacional³⁴.

É nessa perspectiva que se defende que fraternidade é princípio jurídico mais amplo que solidariedade e cooperação que tem, no âmbito internacional, a função de direcionar as ações estatais de integração para a garantia do bem comum da humanidade. Ademais, a fraternidade, enquanto equilíbrio, representa o contraponto aos direitos de liberdade e de igualdade, ao evidenciar o lado dos deveres humanos, exigindo dos Estados deveres de solidariedade de cooperação.

Observa-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁵ reconhece a categoria política e jurídica da fraternidade ao afirmar no seu art. 1 que a dignidade é inerente a todos da família humana, determinando assim o dever de todos agirem em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Esse compromisso internacional destaca a importância da fraternidade como equilíbrio entre liberdade e igualdade e redimensiona a perspectiva dos deveres humanos no âmbito interno e internacional. Tal fato não passou despercebido pela própria declaração ao trazer a dimensão comunitária dos deveres no art. 29 preceituando que “todo ser humano tem deveres para com a sua comunidade, na qual, unicamente livre e o pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”³⁶.

Ao postular o reconhecimento do outro, o enraizamento do indivíduo na comunidade, a responsabilidade individual e estatal, a fraternidade completa a teoria dos direitos humanos, em face da suplantação de construções identitárias de forte raiz liberal para a realização da alteridade³⁷.

No que tange aos conceitos de solidariedade e cooperação, algumas normas internacionais os empregam como sinônimos. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos³⁸, por

32 RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 12 ed. Roma: Laterza, 2005.

33 BUONOMO, Vincenzo. Vínculos Relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.), *O Princípio Esquecido 2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

34 BUONOMO, Vincenzo. Vínculos Relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.), *O Princípio Esquecido 2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

35 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020. Sobre o valor jurídico da Declaração Universal ler: OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; FUMAGALI, Ellen. *O valor jurídico da Declaração Universal de Direitos do Homem: norma jus cogens ou soft law?*. In: CONPEDI. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu – Uruguai, Curitiba: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/910506b2/081s6j67>. Acesso em: 20 ago. 2020.

36 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

37 MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.107.

38 Sobre o valor jurídico das Declarações ler: OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. *RIDB*. Ano 1 (2012), nº 10, p.6265-6289. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

exemplo, dispõe em seu artigo 13, intitulado solidariedade e cooperação, que: “A solidariedade entre os seres humanos e cooperação internacional para este fim devem ser estimuladas”³⁹. Posteriormente o artigo 24, sobre cooperação internacional, acrescenta na alínea c que “Os Estados devem respeitar e promover a solidariedade entre Estados, bem como entre indivíduos, famílias, grupos e comunidades, com atenção especial para aqueles tornados vulneráveis por doença ou incapacidade ou por outras condições individuais, sociais ou ambientais e aqueles indivíduos com maior limitação de recursos”⁴⁰. Por estes dispositivos poder-se-ia concluir que cooperação e solidariedade são conceitos correlatos⁴¹.

Entretanto, alguns autores, como Volnei Garrafa, apontam diferenças doutrinárias ou práticas para o emprego da solidariedade e cooperação. Se solidariedade é compreendida, dentre outras formas, como um valor social que incorpora o auxílio e apoio a outras pessoas⁴², cooperação visa benefícios mútuos para as partes envolvidas⁴³.

Em síntese, é possível resumir que a cooperação internacional pode ser realizada em diversos domínios tais como o científico, tecnológico, político, econômico, diplomático entre outros⁴⁴. A cooperação entre os Estados é normalmente formalizada mediante acordo. Por outro lado, a ajuda é compreendida como uma transferência de recursos do país doador para o receptor⁴⁵.

Com base nessa perspectiva, sempre que houver bilateralidade e reciprocidade tem-se a cooperação e, de outro ângulo quando existir um auxílio unilateral e hierarquizado (países mais desenvolvidos para os países em desenvolvimentos) estar-se-á diante da perspectiva da solidariedade.

Quando a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos aduz no art.15 que os benefícios decorrentes de pesquisa científica devem ser compartilhados com a sociedade internacional como um todo, principalmente com os países em desenvolvimento está-se diante de um dever de solidariedade entre os Estado. Tal dispositivo pode ser destacado como ponto de referência normativa para a realização de estudos cooperativos, com um senso de solidariedade, que resultam em compartilhamento justo dos benefícios, evitando assim Exploração⁴⁶.

Na União Europeia existem inúmeros acordos de cooperação internacionais e inter-regionais para transferência de tecnologia e conhecimento para melhorar o desenvolvimento econômico em diversas regiões.

No Mercado do Cone Sul (Mercosul)⁴⁷ a cooperação internacional entre os Estados-

39 UNESCO. DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. 2005. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf.

40 UNESCO. DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf.

41 O princípio da solidariedade está integrado no direito internacional a exemplo da sua expressão na noção de desenvolvimento sustentável com os elementos da responsabilidade comum, porém diferenciada e da equidade entre gerações. WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-) Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections. In: WOLFRUM, R.; KOJIMA, C. *Solidarity: a structural principle of international law*. London: Springer, 2010, p.17

42 GARRAFA, Volnei. *Solidarity and Cooperation*. In: HAVE H., GORDIJN B. (Eds). *Handbook of Global Bioethics*. Springer, Dordrecht, 2013, p.177.

43 GARRAFA, Volnei. *Solidarity and Cooperation*. In: HAVE H., GORDIJN B. (Eds). *Handbook of Global Bioethics*. Springer, Dordrecht, 2013, p.182.

44 Marcelo Fernandes de Oliveira e Caroline Klaus Luvizotto destacam quatro tipos de cooperação internacional: a) cooperação vertical (possui caráter assistencial e consiste na transferência vertical de conhecimentos e técnicas dos países avançados aos países menos desenvolvidos); b) cooperação técnica tout court (parcerias); c) cooperação horizontal (cooperação Sul-Sul) e d) cooperação descentralizada (possui características gerais da cooperação horizontal sem necessariamente incorporar a figura do Estado-nação. (OLIVEIRA, M. F. de; LUVIZOTTO, C. K. Cooperação técnica internacional: aportes teóricos. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v.54, n.2, 2011, p.5-21. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rbpi/v54n2/v54n2a01.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020)

45 ALONSO, José; GLENNIE, Jonathan. Qu'est-ce que la coopération pour le développement?. *ECOSOC*. 2016. Disponível em: <http://archive.ipu.org/splz-f/nairobi16/policy-brief.pdf>.

46 GARRAFA, Volnei. *Solidarity and Cooperation*. In: HAVE H., GORDIJN B. (Eds). *Handbook of Global Bioethics*. Springer, Dordrecht, 2013, p.185.

47 Sobre direito do Mercosul ver: RIBEIRO, Elisa de Sousa (Orgs). *Direito do MERCOSUL*. 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13134>. Acesso em: 25 ago. 2020.

Membros visa trocar experiências e conhecimentos para fortalecer os Estados, diminuir as diferenças e consolidar o processo de integração⁴⁸. A cooperação no bloco atenta aos princípios da solidariedade, “entendida como consecução dos objetivos de desenvolvimento de todos os participantes”; do benefício mútuo segundo o qual “cooperação internacional do Mercosul deve buscar em todas suas instâncias resultados favoráveis para as partes intervenientes”; dentre outros⁴⁹.

4 SOLIDARIEDADE E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19

A pandemia da COVID-19 demonstrou com clareza a interdependência entre os Estados e a necessidade de ações governamentais compartilhadas de modo a não colocar em risco a saúde individual ou coletiva. Nesse sentido, a cooperação internacional e o compartilhamento de informações são cruciais, principalmente em países com sistema de saúde deficitários e nos quais as condições sociais e econômicas indicam uma hipervulnerabilidade da população. Isso ocorre na América Latina onde há grandes conglomerados urbanos sem saneamento básico, condições de higienização e distanciamento para evitar a contaminação.

Além do impacto na saúde e na vida das pessoas a pandemia causa um enorme impacto econômico e social que necessita de políticas públicas nacionais e internacionais que ofereçam respostas firmes e vigorosas para o enfrentamento da crise. Nesse cenário, organizações multilaterais, como a Organização Mundial de Saúde e a Organização Pan Americana de Saúde, revelam-se sujeitos importantes para o enfrentamento da pandemia de maneira coordenada e fraterna.

O valor “quase regulatório”⁵⁰ das decisões da OMS contribui para que os seus Estados Membros observem e cumpram suas determinações, mesmo se na crise atual da COVID-19, alguns Estados optaram em seguir protocolos distintos. O Regulamento Sanitário Internacional (2005), por exemplo, é um instrumento jurídico internacional vinculante, cujo objetivo é “prevenir, proteger, controlar e prover uma resposta de saúde pública à disseminação internacional de doenças proporcional e restrita a riscos à saúde pública, e que evite interferência à circulação e comércio internacionais”⁵¹. Pressupõe-se, portanto, que os Estados signatários se comprometem perante a sociedade internacional à cumprir com o disposto no texto regulamentar, que revela um direito de emergência sanitária.⁵²

Entre janeiro e setembro de 2020 os Estados, as Organizações Internacionais, laboratórios, universidades e indivíduos deram exemplos de solidariedade e cooperação para conter o avanço da COVID-19, de modo a proteger a saúde dos afetados pelo vírus e conter a pandemia.

48 MERCOSUL. *Cooperação no Mercosul*. MERCOSUL/CMC/DEC n. 23/14. Anexo I. Art. 1 Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/temas/cooperacao/>. Acesso em: 15 ago. 2020

49 MERCOSUL. *Cooperação no Mercosul*. MERCOSUL/CMC/DEC n. 23/14. Anexo I. Art. 2. B e H Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/temas/cooperacao/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

50 Destaca Bélanger: “sur le plan de la valeur juridique des décisions qu'elle a prises, l'OMS a été dotée de compétences quasi réglementaires et quasi judiciaires qui sont assez exceptionnelles dans le droit général des Organisations internationales. Le pouvoir quasi réglementaire de l'OMS est réel, puisque cette Organisation a, constitutionnellement, la capacité d'adopter des règlements (citons par exemple l'important Règlement sanitaire international) qui, pour être obligatoires pour les États membres, ne doivent pas avoir été refusés par lesdits États (qui peuvent toutefois les accepter avec des réserves) dans un délai fixé. Les obligations des États sont ainsi particulières: adoption de mesures sanitaires adéquates, notification de ces mesures à l'OMS, etc. Les compétences quasi judiciaires de l'OMS tiennent au fait que cette Organisation peut intervenir, avec l'accord des États concernés, pour résoudre des différends d'ordre sanitaire survenus entre deux ou plusieurs États membres (art. 100 du R.S.I. de 1969 modifié)”. (BÉLANGER, M.. Une nouvelle branche du droit international: Le droit international de la santé. *Études internationales*, v.13, n.4, 1982, p.611-632, p.614).

51 World Health Organization (WHO). *International health regulations*. 2 ed. Geneva: Who, 2005. Disponível em: <https://www.who.int/ihr/9789241596664/en/>. Acesso em: 27 set. 2020.

52 OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. RIDB. Ano 1 (2012), n.10, p.6265-6289. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

Muitos países se articularam em torno das diretrizes da OMS para que existisse uma ação integrada e conjunta. Estados cooperaram com o envio de médicos, equipamentos, a exemplo da Cuba, China e Rússia que enviaram ajuda à Itália e aos Estados Unidos⁵³. Ademais, a China vem se destacando com a produção de equipamentos médicos como máscaras, luvas, respiradores.

Com o fito de acelerar a produção da vacina a OMS lançou o Mecanismo de acesso mundial às vacinas contra a COVID-19 (COVAX). O mecanismo favorece a colaboração transnacional para o desenvolvimento, produção e acesso igualitário a vacina. Com as doações recebidas o mecanismo COVAX pretende comprar 2 milhões de doses de vacinas até o final de 2021, assim ele almeja reduzir os riscos para as empresas fabricantes⁵⁴.

Na União Europeia a solidariedade e cooperação nacional, regional e internacional tiveram destaque por meio de orientações comuns para o combate do vírus, compartilhamento de informações verídicas e combate às *fake news*.⁵⁵

A Comissão Europeia e a Organização Não Governamental *Global Citizen* elaboraram o programa “*Global Goal: Unite for our Future*” com o objetivo de angariar recursos para promover o acesso a testes, tratamento e vacina para o coronavírus em todas as regiões. O programa arrecadou aproximadamente 15 bilhões de euros e será empregado também na recuperação econômica de populações carentes⁵⁶.

O Parlamento Europeu e o Conselho destacaram as principais medidas contra a COVID 19 com destaque para o fomento da solidariedade europeia que foi considerada uma medida fundamental para o enfrentamento da pandemia⁵⁷. Além da solidariedade europeia, vislumbra-se a solidariedade internacional, uma vez que uma das medidas europeia é ajudar os países em desenvolvimento a enfrentar a pandemia⁵⁸.

Em relação a América do Sul, a Organização Pan Americana de Saúde (OPAS) tem um papel relevante no que se refere à cooperação em matéria de saúde na região e visa fortalecer os Estado para enfrentar desastres, pandemias e doenças. O relatório anual de 2020 ressaltou o tema “Salvar vidas e melhorar a saúde e o bem estar”, haja vista os impactos da pandemia e a missão institucional da organização articulada com a ODS 3.⁵⁹ O relatório reforçou a importância da cooperação técnica exercida pela OPAS apoiando os Estados Membros na formulação de uma resposta integrada e multissetorial à COVID 19. Como ação articulada e solidária a Repartição Sanitária Pan-Americana auxiliou os Estados Membros a manterem programas de vacinação e a prepararem-se para a introdução de uma possível vacina contra a COVID-19. A Repartição promoveu cooperação técnica para orientar a avaliação, o planejamento e o treinamento dos profissionais vislumbrando promover a saúde universal⁶⁰.

Entre as iniciativas colaborativas para conter a COVID-19 os Estados do Mercosul aventaram realizar juntos compras públicas de insumos hospitalares para viabilizar um melhor preço⁶¹. Além disso, em 18 de março de 2020, os presidentes dos Estados Membros

53 LEE, Nelson; MCGEER, Alisson. *The starting line for COVID-19 vaccine development*. Lancet, May 28, 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31239-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31239-3/fulltext). Acesso em: 25 set. 2020.

54 UNIÃO EUROPEIA. *Comissão Europeia*. Resposta Mundial ao Coronavírus: Comissão adere ao Mecanismo de Acesso Mundial às Vacinas contra a COVID-19 (COVAX). Bruxelas, 31 de agosto de 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1540. Acesso em: 22 set. 2020.

55 Sobre o tema conferir DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; COSTA, Elizabeth Accioly Rodrigues; SILVA, Alice Rocha da. A solidariedade como fundamento para o enfrentamento do covid-19 na União Europeia. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 18, n. 29, p.77-97, set./dez. 2020.

56 UNIÃO EUROPEIA. *Coronavirus Global Response*. Disponível em: https://global-response.europa.eu/index_en. Acesso em: 20 set. 2020.

57 UNIÃO EUROPEIA. *Coronavirus Global Response*. Disponível em: https://global-response.europa.eu/index_en. Acesso em: 20 set. 2020.

58 Disponível em: <https://eurocid.mne.gov.pt/artigos/uniao-europeia-e-covid-19>. Acesso em: 27 set. 2020.

59 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Relatório Anual Director*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/node/74014>. Acesso em: 25 set. 2020.

60 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Relatório Anual Director*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/node/74014>. Acesso em: 25 set. 2020.

61 MERCOSUL. *Os presidentes da região acordam medidas para combater o Covid-19*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/os-presidentes-da-regiao-acordam-medidas-para-combater-o-covid-19/>. Acesso em: 20 set. 2020.

elaboraram a *Declaracion de los Presidentes del Mercosur sobre Coordinacion Regional para la Contencion y Mitigacion del Coronavirus y Su Impacto* comprometendo-se a abordar o problema de forma estratégica e solidária⁶². Na Declaração os Estados indicam a sua vontade em facilitar o retorno dos seus nacionais, notificar os Estados vizinhos sobre as medidas adotadas nas áreas de fronteira, remover os obstáculos para a livre circulação de bens e serviços ligados ao controle da pandemia, reduzir as tarifas de produtos vinculados ao controle da COVID 19 ⁶³.

Outro exemplo de ação de cooperação no Cone Sul é a atuação do Fundo para Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM). Desde 2011, o FOCEM promove investigação coordenada entre pesquisadores e instituições argentinas, brasileiras, paraguaias e uruguaias. Participam da rede de investigação o Instituto de Biomedicina de Buenos Aires, a Fundação Osvaldo Cruz do Brasil, o Laboratório Central de Saúde Pública do Paraguai e o Instituto Pasteur de Montevideo. As diversas colaborações realizadas pelas instituições mencionadas facilitaram as ações conjuntas para combater a pandemia da COVID-19 na região, que contou com o apoio de US\$16 milhões do Mercosul para a emergência sanitária Covid-19.⁶⁴

Todas essas ações demonstram a cooperação e a solidariedade internacional, além de retratar o senso de responsabilidade dos Estados no enfrentamento da pandemia. Inelutavelmente, ainda há muito que evoluir no reconhecimento da saúde como bem comum da humanidade e na maior articulação e cooperação dos Estados no combate às pandemias que ainda estão por vir. É necessário ampliar o espírito de fraternidade preconizado na Declaração Universal de Direitos Humanos e compreender que há uma interdependência inerente à sociedade globalizada e que temos deveres humanos a serem observados para a conservação da vida das gerações presentes e futuras.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As doenças em geral e a COVID-19, em particular, desconhecem limites fronteiriços e exigem uma resposta coordenada, rápida e eficaz por parte dos Estados, internamente e internacionalmente. Portanto, as políticas de controle e promoção da saúde pública exigem a busca de um comportamento fraterno, ações solidárias e cooperação entre os Estados, além da conscientização dos indivíduos dos deveres humanos e da corresponsabilidade em relação à saúde.

Partindo da perspectiva de que a saúde é direito/dever e bem comum da humanidade, defendeu-se uma maior articulação entre os países em nível regional e global de modo a enfrentar coletivamente as crises sanitárias. Para tanto, este artigo abordou como a compreensão da fraternidade, solidariedade e cooperação internacional pode auxiliar na articulação dos Estados e na tomada de decisões conjuntas e eficientes para o enfrentamento da pandemia.

Compreendeu-se que a fraternidade prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos completa a teoria dos direitos humanos, em face da suplantação de construções identitárias de forte raiz liberal para a realização da alteridade. A fraternidade, enquanto

62 MERCOSUL. *Declaracion de los presidentes del mercosur covid-19*. Disponível em <https://www.mercosur.int/documento/declaracion-de-los-presidentes-del-mercosur-covid19/>. Acesso em: 28 set. 2020.

63 MERCOSUL. *Declaracion de los presidentes del mercosur covid-19*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/documento/declaracion-de-los-presidentes-del-mercosur-covid19/>. Acesso em: 28 set. 2020.

64 MERCOSUL. *Esforço regional contra a pandemia*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/esforco-regional-contra-a-pandemia-o-mercosul-aprovou-um-fundo-de-emergencia-de-us-16-milhoes-que-serao-destinados-totalmente-para-o-combate-contra-o-covid-19/>. Acesso em: 20 set 2020.

princípio de direito internacional, cria formas de aliança e integração entre os Estados, servindo de fundamento para a solidariedade e a cooperação internacional. Consoante demonstrado ao longo do texto a fraternidade serve como vetor para que os Estados ajam em prol do bem comum do “sujeito-humanidade”, garantindo o interesse de todos que fazem parte da comunidade internacional.

Em relação a solidariedade e à cooperação conclui-se que sempre que houver bilateralidade e reciprocidade tem-se a cooperação e, quando existir um auxílio unilateral e hierarquizado (países mais desenvolvidos para os países em desenvolvimentos) estar-se-á diante da perspectiva da solidariedade.

Durante a pandemia, foram observadas várias ações de cooperação e de solidariedade em nível global e regional para o enfrentamento do vírus, confirmando que os deveres de solidariedade e o compromisso da cooperação são fundamentais para o enfrentamento de crises sanitárias globais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; ELER, Kalline (Coords.). *Direitos Humanos dos Pacientes e COVID-19*. Observatório Direitos dos Pacientes, UNB, abril, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriopaciente.com.br/>. Acesso em: 10 set. 2020.

ALONSO, José; GLENNIE, Jonathan. Qu'est-ce que la coopération pour le développement?. *ECOSOC*. 2016. Disponível em: <http://archive.ipu.org/splz-f/nairobi16/policy-brief.pdf>.

ANDRADE, Maria Inês Chave de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o deve ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

BARZOTTO, Luiz Fernando. O Bem da Ordem – O Direito como Condição da Moral em Tomás de Aquino. In: STOCK, A. C.; LISBOA, W. B. (Orgs.). *Norma, Moralidade e Interpretação: temas de Filosofia Política e do Direito*. Porto Alegre: Linus, 2009.

BÉLANGER, M.. Une nouvelle branche du droit international: Le droit international de la santé. *Études internationales*, v.13, n.4, 1982, p.611-632.

BOFF, Leonardo; ESCOTO, Miguel de. *Declaração Universal do Bem Comum da Terra e da Humanidade*. Disponível em: <https://mbecovilas.files.wordpress.com/2011/06/declarac3a7c3a3o-universal-do-bem-comum-da-terra-e-da-humanidade-leonardo-boff-e-miguel-de-escoto.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BUONOMO, Vincenzo. Vínculos Relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.), *O Princípio Esquecido 2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolution 1/2020: Pademia y Derechos Humanos em las Americas*. 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF, 2004.

COSTANZO, Angelo. *Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani*. Disponível em: http://www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM_humanrights/costanzo.pdf. Acesso em: 14 jun. 2015.

- DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v.22, n.4, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.
- DENNIGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos UFMG*, vol.88, dez. 2003.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; COSTA, Elizabeth Accioly Rodrigues; SILVA, Alice Rocha da. A solidariedade como fundamento para o enfrentamento do covid-19 na União Europeia. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 18, n. 29, p.77-97, set./dez. 2020.
- FRANÇA. Constitution de 1946, *IV République*. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique> Préambule: “La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.”
- GARRAFA, Volnei. Solidarity and Cooperation. In: HAVE, H.; GORDIJN, B. (Eds). *Handbook of Global Bioethics*. Springer, Dordrecht, 2013.
- GONZALO, Lorenzo Peña; AUSÍN, Txetxu. Derecho y bien común en Leibniz: Una apología de la fraternidad. In: ANDREU, A. *et al. Ciencia, tecnología y bien común: La actualidad de Leibniz*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2002, p.320-339. Disponível em: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/10812/1/dbc.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.
- HAVE, H.; GORDIJN, B. (Eds). *Handbook of Global Bioethics*. Springer, Dordrecht, 2013.
- LEE, Nelson; MCGEER, Alisson. *The starting line for COVID-19 vaccine development*. *Lancet*, May 28, 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31239-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31239-3/fulltext). Acesso em: 25 set. 2020.
- MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MARTINI, Sandra Regina. Saúde: um direito fundado na fraternidade. In: Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. *Saúde e direitos humanos*, ano 5, n. 5, 2008. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/3037.pdf#page=6>. Acesso em: 10 set. 2020.
- MERCOSUL. *Declaracion de los presidentes del mercosur covid-19*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/documento/declaracion-de-los-presidentes-del-mercosur-covid19/>. Acesso em: 28 set. 2020.
- MERCOSUL. *Esforço regional contra a pandemia*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/esforco-regional-contr-a-pandemia-o-mercosul-aprovou-um-fundo-de-emergencia-de-us-16-milhoes-que-serao-destinados-totalmente-para-o-combate-contr-a-covid-19/>. Acesso em: 20 set. 2020.
- MERCOSUL. *Os presidentes da região acordam medidas para combater o Covid-19*. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/os-presidentes-da-regiao-acordam-medidas-para-combater-o-covid-19/>. Acesso em: 20 set. 2020.
- MERCOSUL. *Cooperação no Mercosul*. MERCOSUL/CMC/DEC n. 23/14. Anexo I. Art. 2. B e H Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/temas/cooperacao/>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- OLIVEIRA, M. F. de; LUVIZOTTO, C. K. Cooperação técnica internacional: aportes teóricos. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v.54, n.2, 2011, p.5-21. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbpi/v54n2/v54n2a01.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. *RIDB*. Ano 1 (2012), nº 10, p.6265-6289. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; FUMAGALI, Ellen. *O valor jurídico da Declaração Universal de Direitos do Homem: norma jus cogens ou soft law?*. In: CONPEDI. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu – Uruguai, Curitiba: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/910506b2/081s6j67>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Transformando nosso Mundo: A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf Acesso em: 20 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. (OMS). *Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO)*. 1946. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Relatório Anual Director*. Disponível em <https://www.paho.org/pt/node/74014>. Acesso em: 25 set. 2020.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos. In: MENÉDEZ, Fernando M. Mariño; LIESA, Carlos R. Fernández (Eds.). *El desarrollo y la cooperación internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, p.19-33. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/10581>. Acesso em: 14 jun. 2020.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. In: *Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista*. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, p.247-272. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/11620>. Acesso em: 17 maio 2020.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

POSSENTI, Vittorio. *Le società liberali al bivio*. Roma: Marietti, 1991.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. 12 ed. Roma: Laterza, 2005.

RIBEIRO, Elisa de Sousa (Org). *Direito do MERCOSUL*. 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13134>. Acesso em: 25 ago. 2020.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. O município enquanto espaço de consolidação de direitos: a saúde como bem comum da comunidade. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Volume 04, n. 49, Curitiba, 2017, p.393-417.

TEJADA, Javier Tajadura. *El principio de solidaridad en el Estado autonómico*. Cuadernos de Derecho Público, núm. 32, 2007, p.69-102. Disponível em: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9504&path%5B%5D=9443>. Acesso em: 14 jun. 2015.

UNESCO. *DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS*. 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Comissão Europeia. Resposta Mundial ao Coronavírus: Comissão adere ao Mecanismo de Acesso Mundial às Vacinas contra a COVID-19 (COVAX)*. Bruxelas, 31 de agosto de 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1540. Acesso em: 22 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Coronavirus Global Response*. Disponível em: https://global-response.europa.eu/index_en. Acesso em: 20 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <https://eurocid.mne.gov.pt/artigos/uniao-europeia-e-covid-19>. Acesso em: 27 set. 2020.

WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections. In: WOLFRUM, R.; KOJIMA, C. *Solidarity: a structural principle of international law*. London: Springer, 2010.

World Health Organization (WHO). *International health regulations*. 2. ed. Geneva: Who, 2005. Disponível em: <https://www.who.int/ihr/9789241596664/en/>. Acesso em: 27 set. 2020.

A SOCIEDADE INTERNACIONAL, AS DESIGUALDADES E A PROTEÇÃO SOCIAL DIANTE DAS PANDEMIAS

Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá

Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Professora da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro do Conselho Científico e Editorial da Revista de Direito Previdenciário do IEPREV. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Das restrições sociais compulsórias durante as pandemias; 3 A sociedade internacional, as desigualdades e a proteção social nas pandemias; 4 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

As Pandemias vivenciadas pela humanidade trazem um alerta sobre a situação de vulnerabilidade dos países e da Sociedade Internacional em seu enfrentamento, seja sob o ponto de vista de políticas públicas, seja no tocante ao aspecto econômico.

A Idade Contemporânea vivenciou transformações profundas nos direitos humanos, vistos sob novos paradigmas, seja em razão dos conflitos mundiais e crises humanitárias deles decorrentes, seja pelas pandemias que marcaram profundamente esta fase, como a Peste Negra (Séc. XIV), aproximadamente 50 milhões de mortes; Cólera (1817-1823), com cerca de 1 milhão de mortes; Tuberculose (1850-1950), perto de 1 bilhão de mortes; Gripe Russa (1889-1890), aproximadamente, 1,5 milhão de mortes; Varíola (1896-1980), próximo de 300.000.000 (trezentos milhões) de mortes; Gripe Espanhola (1918-1919), aproximadamente, 100 milhões de mortes; Tifo (1918-1922), com cerca de 3 milhões de mortes; Gripe Asiática – H2N2 (1957-1958), com aproximadamente 2 milhões de mortes; Gripe de Hong Kong - H3N2 (1968-1969), perto de 3 milhões de mortes; HIV (1980-2018), aproximadamente, 32 milhões de mortes; Gripe suína - H1N1 (2009-2010), próximo de 17 mil mortes, e, com início de 2019, a COVID-19.

Nesse histórico da Pandemia, observa-se que, na medida em que certas infecções são controladas, outras surgem, tornando as infecções microbianas parte inerente da vida em sociedade, pois, quando se repetem, surgem mutações mais resistentes, como está ocorrendo com o Coronavírus (COVID-19) e com a tuberculose, que voltou a se manifestar com mais intensidade, já havendo notificações à OMS de 10 milhões de novos casos, levando mais de um milhão de pessoas a óbito.

Os Centros de Controle e Prevenção de Doenças – CDCs de todo o mundo, segundo o médico epidemiologista e infectologista - Dr. Carlos Ernesto Ferreira Starling, têm mapeado mais de 30 (trinta) vírus e bactérias aguardando para entrar neste contexto pandêmico, e, por isso, os Governos e a sociedade internacional têm que ficar alertas e intensificar os trabalhos preventivos.

As tragédias humanas deixam legados de terror para a sociedade, mas os Governos, por meio de seus Ministérios e Secretarias Especializadas, devem ter um olhar diferente sobre os acontecimentos, para que possam estar mais preparados. Afinal, o mundo já coleciona um histórico grande de pandemias e ainda tem que avançar bastante, para que situações como as que o mundo passa atualmente com a COVID-19 não voltem a assolar de forma terrivelmente fatal a humanidade.

Assim, reconhecendo a gravidade do problema, em 11 de março de 2020, o coronavírus foi classificado como pandemia pela Organização Mundial da Saúde – OMS,² com transmissão recorrente em diferentes partes do mundo e de forma simultânea, exigindo medidas dos Governos para atender a uma parcela da população mais ampla e vulnerável.

Ressalta-se que, em 30 de janeiro de 2020, a OMS já havia Declarado Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional³ a COVID-19. Logo após, em 03 de fevereiro de

1 X Semana Jurídica 2020 - 02/06 Manhã. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2 jun. 2020. 1 vídeo (3 horas, 1 minuto e 44 segundos). Publicado por Newton Paiva. Disponível em: <https://youtu.be/c4KI93xwL74>. Acesso em: 27 jul. 2020.

2 Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. *Universidade Aberta do SUS*, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 28 jul. 2020.

3 Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). *OPAS no Brasil*, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 27 jul. 2020.

2020, o Ministério da Saúde Brasileiro Declarou o Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, por meio da Portaria nº 188, por reconhecer a necessidade do emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública.

A situação se agrava ainda mais quando associada à baixa condição financeira, econômica, social e cultural, pois, além das condições sanitárias adversas, as campanhas de prevenção contra da Pandemia não alcançam de forma igual a todos, especialmente aqueles que vivem à margem da sociedade, pois já eram excluídos antes do início da Pandemia, seja por viverem na extrema pobreza, seja por sofrerem discriminação por parte da sociedade, e, por isso, enfrentarem maiores dificuldades no enfrentamento do problema.

Diante de todo este cenário decorrente da Pandemia da COVID-19, o Poder Público, os Estados e a Sociedade Internacional passaram a implementar medidas emergenciais em diversas áreas, tanto para conter a propagação do vírus, quanto para reduzir os consequentes impactos sociais e econômicos e, neste processo, as Políticas Públicas voltadas à Proteção Social, promovendo a redução da pobreza e das desigualdades sociais são fundamentais, devendo ser instituídos Programas Permanentes com vista aos enfrentamento destas Pandemias.

2 DAS RESTRIÇÕES SOCIAIS COMPULSÓRIAS DURANTE AS PANDEMIAS

No Brasil, o Governo Federal, visando disciplinar sobre as medidas a serem adotadas para enfrentamento da COVID-19, dentre elas, o isolamento, a quarentena e as medidas de proteção à saúde, aprovou a Lei nº 13.979, publicada 6 de fevereiro de 2020, regulamentada pelo Decreto nº 10.282, publicado em 20 de março de 2020, que definiu, além de outros direitos, no art. 3º, os serviços públicos e atividades essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, os quais, durante o período de alerta vermelho nas restrições sociais, permaneceriam funcionando.

Em 20 de março de 2020, foi reconhecido o Estado de Calamidade Pública pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 e declarado, em todo o território nacional, por meio da Portaria nº 454, o estado de transmissão comunitária do COVID-19, indicando, para contenção da transmissibilidade da doença, o isolamento domiciliar da pessoa com sintomas respiratórios e das pessoas que residam no mesmo endereço, ainda que estivessem assintomáticos, devendo permanecer em isolamento pelo período de 14 (quatorze) dias.

A pandemia da COVID-19, segundo dados extraídos do Site Oficial da OMS, em todo o mundo, já atingiu 114.653.749 (cento e quatorze milhões e seiscentos e cinquenta e três mil e setecentos e quarenta e nove) de casos confirmados e 2.550.500 (dois milhões e quinhentos e cinquenta mil e quinhentos) de mortes⁴, sendo que, no Brasil, conforme dados do Ministério da Saúde, 10.718.630 (dez milhões, setecentos e dezoito mil e seiscentos e trinta) casos foram confirmados, e 259.271 (duzentos e cinquenta e nove mil e duzentos e setenta e um) óbitos⁵, ambos os dados atualizados até o dia 04 de março de 2021.

Os cientistas, os profissionais de saúde, as autoridades nacionais e internacionais ainda recomendam, como principal medida, o isolamento social, que, por um lado, ajuda a conter

4 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard*. Data last updated: 2021/3/4. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 04 mar. 2021.

5 BRASIL. Ministério da Saúde. *COVID-19 no Brasil*. Atualizado até 03 mar. 2021. Disponível em: https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em: 04 mar. 2021.

os avanços do vírus, por outro, causa efeitos catastróficos sobre as economias mundiais e evidencia as desigualdades sociais, pois os marginalizados da sociedade e os mais pobres são os mais afetados.

Os países que têm os menores percentuais de desigualdades (medidos pelo Índice Gini), tais como Hungria (0,244), Dinamarca (0,247) e Japão (0,249) são os que investem mais na educação, na formação política, social e moral do indivíduo, preparando-o para o mercado de trabalho, e, por isso, têm superado de forma mais satisfatória a Pandemia da Covid-19.

Por outro lado, em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento como o caso do Brasil, que se encontra em sétimo lugar no ranking de desigualdade social, com o índice Gini de 53,3, conforme divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, atrás apenas de países do Continente Africano, como África do Sul (63); Namíbia (59,1); Zâmbia (57,1); República Centro-Africana (56,2); Lesoto (54,2), e Moçambique (54), os efeitos da Pandemia mostram-se mais prolongados e com um número maior de óbitos.

É inegável que a Pandemia da Covid-19, não obstante tenha causado um colapso no Sistema de Saúde de diversos países e uma tragédia sob o ponto de vista do número de óbitos, surgindo um estado de “luto” mundial, traz também grande reflexão sobre a forma de condução das políticas públicas, especialmente no tocante ao descaso de alguns Governos com os direitos econômicos e sociais, gerando fortes impactos em períodos de grave crise humanitária e econômica, como o vivenciado em Pandemias, realçando a necessidade de se consolidar uma solidariedade global, capaz de auxiliar os países na solução de tais problemas.

O diálogo entre países e o compartilhamento de experiências é fundamental no momento da tomada de decisões quanto ao retorno ao funcionamento normal do comércio, bares e restaurantes, escolas e outros estabelecimentos, requerendo cautela, pois não estará livre de riscos, podendo levar a uma segunda leva de infecções e causar mais óbitos.

As experiências bem sucedidas, como da Nova Zelândia (1.557 casos; 1.497 recuperados, e 22 mortes até 28.07.2020)⁶, que seguiu rigorosamente as recomendações de testagem, rastreamento, tratamento e isolamento desde o surgimento da pandemia, demonstram resultados exitosos, mas dependem de medidas rápidas e corajosas por parte dos governantes.

Entretanto, há circunstâncias em que a atenção e os esforços devem ser maiores, como é o caso da situação dos detentos, que se encontram em presídios superlotados, dos migrantes, dos refugiados, das favelas urbanas e outras áreas sem água corrente, saneamento básico e cuidados com a saúde, além da condição dos grupos mais vulneráveis nas sociedades, como pessoas com deficiência, pacientes com doenças crônicas, os quais necessitam de cuidados e protocolos ainda mais rigorosos.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas, por meio da Agenda 2030, definiu os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, numa perspectiva de múltipla dimensão de proteção de direitos humanos e a diretriz base de não deixar ninguém para trás (“no one is left behind”), ou seja, ninguém deve ser excluído de programas de proteção social e os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento devem buscar apoio da Sociedade Internacional, com medidas como a renegociação ou perdão da dívida para que consigam redirecionar os recursos para gastos em áreas chaves como saúde, alimentação, água e saneamento, emprego e proteção social.

6 PROJETA, Redação Portal. Três países que venceram o vírus. *Portal Projeta*, 02 jun. 2020. Disponível em: <http://portalprojeta.com.br/2020/06/02/tres-paises-que-venceram-o-virus/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Não bastasse todos os entraves indicados, não se pode deixar para traz os problemas que envolvem a desigualdade de gênero, como o aumento da violência de gênero, do discurso de ódio e da desinformação.

Outro aspecto que deve ser considerado em tempos de Pandemia é o cuidado com as Fake News e os discursos políticos eleitoreiros, que se aproveitam do pânico e da histeria de alguns, para fazerem “promessas” durante o período de campanhas eleitorais e, depois de eleitos, abandonam tudo o que defenderam e perseguem seus próprios interesses, “arquitetando” novas propostas para as próximas eleições. Precisa-se, ao contrário, de políticos que não pensam apenas em fazer “política eleitoreira”, mas que sejam verdadeiros líderes humanos e compassivos, pois a Pandemia não será resolvida com promessas, ideologias ou políticas, mas com ações públicas sensíveis e cuidadosas.

Trata-se de promover o equilíbrio entre obrigações econômicas, de saúde e de direitos humanos durante as Pandemias, buscando interconectar as experiências exitosas no enfrentamento da Pandemia, pois nenhum país é capaz de resolver tal problema sozinho, devendo ser encarado como um desafio global.

Assim, a Covid-19 desafia não apenas os Sistemas de Saúde Mundiais, as coberturas dos benefícios sociais, mas a capacidade dos países se envolverem juntos em pesquisas científicas e ações solidárias como um desafio comum.

Os cuidados com a saúde, como dito, implicam no amparo aos marginalizados da sociedade, sendo esta a forma mais eficaz de prevenir a disseminação desse vírus, garantindo a todos o acesso equitativo ao tratamento e superando as barreiras do tratamento discriminatório baseado na renda, gênero, raça e etnia, religião ou status social.

As restrições sociais implicam em sacrifícios e privações por parte da população, por isso, os governos devem assumir a liderança dos Estados, conquistando confiança através de informações transparentes e oportunas, trabalhando juntos para o bem comum e capacitando as pessoas a participar na proteção da saúde, não se deixando influenciar por boatos, medos ou histerias, que apenas prejudicam no funcionamento de instituições democráticas.

As Organizações Internacionais especializadas em Saúde, com a Organização Mundial da Saúde (OMS) devem concentrar seus esforços, como têm ocorrido, na indicação das normas gerais a serem seguidas de vigilância sanitária, investigação de casos, rastreamento de contatos, pesquisa e desenvolvimento de vacinas, demonstrando que a solidariedade internacional e os sistemas multilaterais são mais vitais do que nunca.

Se os esforços em responder ao coronavírus se concentram nos princípios de confiança pública, transparência, respeito e empatia pelos mais vulneráveis, não apenas defenderemos os direitos intrínsecos de todo ser humano, mas seremos capazes de criar as ferramentas mais eficazes para assegurar a superação da crise e prepararmos mais e melhor para problemas futuros.

Isso porque, as medidas de isolamento social têm se dado de forma diversificada entre os diversos Países do mundo e no Brasil. Alguns defendem o isolamento vertical, em que apenas as pessoas que compõem o grupo de risco para a doença ficam isolados, enquanto outros defendem o isolamento horizontal, em que se isola o maior número de pessoas em suas residências, e somente os serviços essenciais são mantidos, tudo isso como forma de evitar a disseminação da doença.

O que se tem percebido é que, sob o ponto de vista epidemiológico, o isolamento horizontal, apesar de ser o mais indicado, causa grande impacto econômico.

Constata-se, portanto, que o isolamento social, seja pela quarentena, seja pelo afastamento social, é uma das principais medidas recomendadas pelas autoridades de saúde,

a fim de evitar um colapso no Sistema de Saúde, considerando-se a rápida transmissibilidade da doença e a ausência de um medicamento ou vacina capaz de curar as pessoas. A quarentena ocorre quando as pessoas são expostas à doença. No entanto, considerando-se o período de incubação da doença e a possibilidade de as referidas pessoas, ainda que expostas, não apresentarem sintomas, devem ser mantidas isoladas por um período de 14 (quatorze) dias, por uma orientação de segurança da saúde das demais pessoas, evitando-se o risco de contágio. O distanciamento social, ao contrário, não impõe um isolamento propriamente dito, mas, diminuição de interação entre as pessoas na sociedade, com o intuito de amenizar a velocidade de transmissão da doença, especialmente nos países em que há a transmissão comunitária, como é o caso do Brasil.

A COVID-19, além da tragédia humanitária e de saúde pública, trouxe graves impactos à economia do mundo e do Brasil, conforme dados divulgados pela pesquisa Pulso Empresa, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE⁷, até a primeira quinzena de junho de 2020, há registro de 2.744.327 (dois milhões, setecentos e quarenta e quatro mil e trezentos e vinte e sete) empresas em funcionamento, 610.252 (seiscentos e dez mil duzentos e cinquenta e duas) empresas fechadas temporariamente e 716.372 (setecentos e dezesseis mil trezentos e setenta e duas) empresas fechadas definitivamente.

3 A SOCIEDADE INTERNACIONAL, AS DESIGUALDADES E A PROTEÇÃO SOCIAL NAS PANDEMIAS

Em 2012, a Organização Internacional do Trabalho – OIT expediu a Recomendação nº 202 dispendo sobre Pisos de Proteção Social (*Social Protect Floors*) como um conjunto de garantias básicas de Segurança Social, que deve garantir a todos os necessitados acesso a cuidados de saúde essenciais e à segurança básica de renda. O Brasil, como membro desde 28 de junho de 1919, aderiu a tais normas de proteção securitária⁸.

No Brasil, desde 03 de fevereiro de 2020, quando o Ministério da Saúde, diante da COVID-19, declarou Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Portaria nº188), após a Organização Mundial da Saúde – OMS haver declarado como Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (30/01/2020), diversas normas jurídicas foram criadas, às pressas, para atender às necessidades da população e tentar minimizar os danos sofridos, como foi o caso do Auxílio Emergencial, instituído pela Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020 e regulamentado pelo Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020, como um benefício da Assistência Social, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, concedido, inicialmente pelo período de 3 (três) meses, posteriormente prorrogado por meio do Decreto nº10.412, de 30 de junho de 2020, pelo período complementar de dois meses, que trouxe sustentabilidade básica para os indivíduos e suas famílias, propiciando a estes o mínimo existencial

As medidas emergenciais se aceleraram em todo o mundo a partir de 11 de março de 2020, quando a COVID-19 foi classificada como Pandemia pela OMS, especialmente na área da Seguridade Social.

Embora a COVID-19 tenha um alcance mundial, ceifando milhões de vidas no Planeta, a pobreza e a desigualdade de gênero são condições que agravam os resultados; seja

7 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *O IBGE apoiando o combate à COVID-19*. Indicadores de empresas. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

8 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. R202. *Recomendação sobre Pisos de proteção social, 2012 (nº202)*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524. Acesso em: 27 jul. 2020.

pela multiplicação dos casos em ambientes com baixas condições sanitárias; seja pelas consequências do isolamento social praticado durante a Pandemia, que coloca as mulheres, vítimas de violência doméstica, em uma condição ainda mais vulnerável, pois não conseguem pedir socorro para salvar suas vidas, aumentando as estatísticas de feminicídio.

Por ser a Pandemia caracterizada como uma doença com disseminação mundial, a qual se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa, a Sociedade Internacional passa a se preocupar ainda mais com o levantamento de dados e a busca por soluções, fomentando uma extensa rede de Solidariedade Internacional, trazendo à tona a responsabilidade de todos os países, não apenas no combate à Pandemia, mas na redução da pobreza e desigualdade, evitando a estigmatização e o preconceito, em respeito ao Princípio da Dignidade, que constitui a base da fundação dos direitos humanos.

No Fórum Social Mundial da ONU de 2020, que teve como tema as “*Boas Práticas, Histórias de Sucesso, Lições Aprendidas e Desafios Atuais no Combate à Pobreza e Desigualdade*”, a Alta Comissária para Direitos Humanos – Dra. Michelle Bachelet⁹, ressalta o risco de um desastre de direitos humanos devido a restrições durante pandemia e reafirma a importância da observância da Agenda 2030 dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabelecidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), como uma agenda global de grande relevância, especialmente para que os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento melhorem a qualidade de vida das pessoas.

Essa percepção fora reiterada no Painel “*Rumo à transformação: uma matriz para quebrar o ciclo de pobreza e desigualdade e garantir a responsabilização*” do Forum Social, por meio das palestras proferidas pelo ativista refugiado sudanês Abdul Aziz Muhamat, ganhador do prêmio Martin Ennals de 2019 e pela Dra. Katja Hujo, Coordenadora Sênior de Pesquisa do UNRISD no Programa de Política e Desenvolvimento Social do Instituto de Pesquisa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Social, em Genebra, os quais reforçaram a diretriz essencial de “*não deixar ninguém para trás*”, concentrando-se nos países e povos mais vulneráveis, defendendo a responsabilização dos países pelo desrespeito aos direitos humanos e colocando os desafios a serem superados por meio de uma ação robusta e conjunta da sociedade mundial para a concretização de um mundo mais justo e sustentável.¹⁰ E, para que se possa quebrar o ciclo da pobreza e da desigualdade, recorrendo às agendas de direitos humanos, um dos grandes desafios são a promoção de equidade racial, gênero, sustentabilidade, fomentando pesquisas de levantamento de dados, destacando missões para ir onde o problema está, aproximando-se da população mais vulnerável e buscando apoio, não apenas nos Governos dos Estados e na Sociedade Internacional, mas alianças junto às organizações e empresas com suas práticas pensando em uma sociedade mais justa e sustentável, trazendo a consciência da responsabilidade coletiva e da diretriz universal de não deixar ninguém para trás.

A proteção dos direitos humanos não é apenas um dever moral, mas também uma obrigação legal, que decorre das normas internacionais e devem servir de guia para as políticas públicas que afetam as pessoas que vivem na pobreza e enfrentam a desigualdade social, como é o caso da Carta das Nações Unidas (1945), da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), do Pacto

9 Bachelet ressalta risco de “desastre de direitos humanos” devido a restrições durante pandemia. *ONU News*, 27 abril 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711742>. Acesso em: 04 mar. 2021.

10 4th Meeting, Social Forum. *UN Web TV*, 9 out. 2020. Disponível em: <http://webtv.un.org/search/4th-meeting-social-forum-2020-6199754604001/?term=&lan=english&page=19>. Acesso em: 25 out. 2020.

Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966), da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968), da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (1984), da Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes (1984), da Convenção sobre o Direito das Crianças (1989) e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. (2007), a qual fora, inclusive, internalizada no direito brasileiro conforme o rito do art. 5º, §3º, da CF e, portanto, com status de ementa constitucional, além da norma que constitui o documento central da proteção regional de Direitos Humanos no Sistema Regional Americano, representada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica” (1969).

No ano de 2001, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu que a pobreza é “*uma condição humana caracterizada pela privação contínua ou crônica de recursos, capacidades, escolhas, segurança e do poder necessário para o gozo de um nível de vida adequado e para o gozo de outros direitos civis, políticos, culturais, econômicos, e sociais.*” (E/C.12/2001/10, para. 8)¹¹.

Deflui-se então, que a pobreza não é um fenômeno social apenas, mas multidimensional, compreendendo neste contexto a falta de recursos e de capacidades básicas para viver com dignidade e, a extrema pobreza, conforme definido pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU (A/HRC/7/15) é entendida como a “*combinação da pobreza de recursos, pobreza de desenvolvimento humana e exclusão social*”¹², sendo que, a falta prolongada de meios básicos de segurança afeta vários aspectos da vida das pessoas simultaneamente, enquanto se põe em causa de uma forma grave a possibilidade dessas pessoas poderem vir a exercer ou recuperar os seus direitos no futuro previsível (veja E/CN.4/Sub.2/1996/13).

Considerando-se que, como outras Pandemias, a COVID-19 exige da sociedade cuidados com a higiene sanitária, como lavar bem as mãos, passar álcool gel e usar máscaras para evitar a sua propagação, tem-se que a pobreza é uma das principais causas que deve ser combatida no âmbito dos direitos humanos, pois, em ambientes com extrema pobreza, como subúrbios com alta concentração de pessoas e habitações informais, a disseminação da doença ocorre de forma mais rápida, pois as populações nestes locais não têm acesso aos serviços sanitários básicos e aos cuidados médicos, ficando mais difícil o controle da doença.

Assim, tanto os Estados, quanto as Organizações Internacionais, as Instituições de Defesa dos Direitos Humanos, as Organizações da Sociedade Civil devem se responsabilizar não apenas pela conscientização, mas pela implementação de ações que venham a contribuir pela redução da pobreza e da desigualdade.

Nesse contexto, também os movimentos sociais representam uma importante força para tornar visíveis os problemas internos enfrentados pela população de cada Estado, na medida em que mobilizam a sociedade e influenciam as Instituições Sociais na luta por um Sistema que garanta direitos a todos, sem distinção de origem, sexo, raça, cor, religião ou outra.

Promovendo a redução da pobreza e da desigualdade, os Estados e a Sociedade Internacional se beneficiarão, na medida em que conseguirão assegurar a coesão social,

11 ONU. UN. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: statement / adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on 4 May 2001. *Naciones Unidas. Biblioteca Digital*, 10 maio 2001. Disponível em: <https://digitalibrary.un.org/record/452397?ln=es>. Acesso em: 25 out. 2020.

12 ONU. Human Rights Council (Conselho de Direitos Humanos). *Resolution 7/15. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea*. 27 mar. 2008. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/A_HRC_RES_7_15.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

garantindo o direito à vida digna e cumprindo os Objetivos do Desenvolvimento Social previstos na Agenda 2030 da ONU.

Segundo entende o Jurista e Professor Português, Doutor Canotilho, o Estado não se pode quedar inerte diante das necessidades da sociedade, mas deve, com fulcro no Princípio da Democracia Econômica e Social, atuar, por meio dos Poderes Públicos, seja legislando ou criando políticas públicas, com vistas a prestar o efetivo amparo ao povo em suas necessidades rotineiras e emergenciais “[...] o princípio da democracia econômica, social e cultural é relevante ainda como princípio organizatório da prossecução de tarefas pelos poderes públicos”¹³.

Saliente-se que, algumas vezes, a proteção social conferida pelas normas ou políticas públicas são insuficientes para alcançar situações oriundas das pandemias, como a COVID-19, e, pelo Princípio da Prevenção, deve-se instituir novas formas de proteção social que tenham como fato gerador as pandemias, pois, a forma como elas surgem e o elevado e rápido alcance do contágio da doença, não dá tempo para o planejamento de ações, apenas medidas paliativas.

É que, a pandemia impõe uma forma de isolamento ou segregação compulsória não apenas ao infectado, mas a toda a sociedade; seja por força de lei, que impõe e recomenda o isolamento social, inclusive em períodos de decretação do *lockdown* (fechamento de todos os serviços que não sejam considerados essenciais); seja por medida de segurança, determinada pelas autoridades de saúde interna ou internacional, visando conter o contágio da doença.

Ressalta-se que, como já referido, a COVID-19 não foi a primeira e, provavelmente, não será a última Pandemia. Dessa forma, recomenda-se que o direito reavalie as formas de proteção social existente e crie mecanismos internos de política pública e de cooperação internacional para o melhor enfrentamento do problema.

Certo é que, diante de um cenário de pandemia, como a COVID-19, a solidariedade entre os Estados é fundamental, ou seja, para que o resultado seja exitoso, é necessário, como afirmado por Romero, reconhecer que, se os problemas são comuns, as soluções devem ser compartilhadas

[...] as instituições da União Europeia decidiram atuar nessa área de maneira concreta: conectando ou inter-relacionando as ações entre políticas de emprego para trabalhadores mais velhos e políticas de aposentadoria. A questão era clara, os problemas são comuns a todos os Estados e as soluções devem ser compartilhadas¹⁴ (tradução nossa)¹⁵.

O ponto de partida para que um Estado recorra a ajuda internacional é o reconhecimento de sua incapacidade de proporcionar sozinho o gozo dos direitos humanos, especialmente a vida digna, a toda a população. Entretanto, mesmo se os Estados buscarem cooperação interna ou forem membros de Organizações Internacionais, eles continuam individualmente responsáveis em garantir os direitos humanos dentro de seu território.

A obrigação dos Estados na implementação de políticas públicas, priorizando melhorias nas infraestruturas e nos serviços públicos, especialmente nas zonas habitadas

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.337.

14 ROMERO, Franca Moreno. La Convergencia entre empleo y pensiones em el marco de la Union Europea: el impacto de la crisis. In: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm *et al.* (Coord.). *Previdência Social?* Porto Alegre: Lex Magister, 2016, p. 72.

15 “[...] las instituciones de la Unión Europea decidieron actuar em este ámbito de uma forma concreta: conectando o inter-relacionando las actuaciones entre políticas de empleo de trabajadores de mayor edad e políticas de pensiones. La cuestión era clara, los problemas son comunes a todos los Estados y las soluciones deben ser compartidas”.

por pessoas que vivem na pobreza, incluindo infraestruturas para boa água para o consumo, infraestruturas de esgoto de saneamento, além de infraestruturas de cuidados de saúde e instalações para educação e de energia eléctrica, além da prevenção, investigação, punição e reparação de todo e qualquer abuso nos direitos humanos.

Se tais direitos básicos e fundamentais não forem providos pelas normas ou pelas políticas públicas, deve ser feito pela via judicial, garantindo o mínimo existencial, o que, na lição de Horvath Júnior, assegure a todos vida digna

Os direitos fundamentais sociais se materializam no direito a uma prestação em sentido estrito e neste aspecto se diferem dos direitos fundamentais que se materializam no direito à proteção. Logo, exigem uma atuação por parte do Poder Público, requerendo atuação legislativa (interpositivo legislatoris) e um “fazer” por parte do Estado. São muito mais que princípios programáticos, demandam uma atuação do legislador. Não havendo sua efetivação, estamos diante de violação do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador e promulgado pelo Decreto nº 3321, de 30 de dezembro de 1999 estabelece, em seu Preâmbulo, que os direitos econômicos, sociais, culturais, junto aos direitos civis e políticos constituem um todo indissolúvel, que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, e, por isso, exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, reconhecendo a todos os estados-membros os benefícios decorrentes do fomento e desenvolvimento da cooperação entre os Estados e das relações internacionais.

O artigo 1 do referido Protocolo dispõe que os Estados-Partes se comprometem a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos nele reconhecidos.

O artigo 2 do citado diploma internacional traz um compromisso ainda mais consolidado no tocante à garantia dos direitos sociais pois prevê que os estados signatários do Protocolo devem adotar medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessários, sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (artigo 3).

Ao dispor sobre o direito à saúde no artigo 10, o Protocolo de San Salvador prescreve que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social e, no artigo 11, garante o direito de todos viverem em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos, ficando a cargo dos Estados Partes promoverem a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Deflui-se destas normativas internacionais que, na implementação dos Direitos Sociais, os países membros devem se atentar ao bem estar-físico, mental e social e, para que isso seja possível, é necessário que haja o bom funcionamento dos serviços públicos essenciais, como o saneamento básico, entendido como um conjunto de serviços relativos à distribuição

16 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p.120.

de água potável, coleta e tratamento de esgoto, drenagem urbana e coleta de resíduos sólidos, que impactam diretamente na saúde, qualidade de vida e no desenvolvimento da sociedade como um todo.

Tem-se, neste documento, a ratificação das proteções sociais já conferidas pela Constituição da República Brasileira de 1988, e, como autoriza o § 2º, do art. 5º, a sua ampliação, considerando que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como ocorre com o Pacto de San Salvador, que fora ratificado e incorporado no Direito Brasileiro como norma *supra legal*.

Assim, o compromisso internacional assumido, é apto a demonstrar a responsabilidade interna e internacional do Brasil, como estado-membro do Pacto de San Salvador, em garantir à toda a população os direitos sociais básicos e fundamentais, garantindo o mínimo existencial, o qual se efetiva não apenas por meio de políticas não intervencionistas, mas, ao contrário, exige uma atuação por parte do Poder Público, seja no sentido de criar políticas públicas que venham a assegurar tais direitos à população, inclusive, em períodos de Pandemia, como o vivenciado durante a COVID-19, seja por meio da atuação legislativa.

É inadmissível que um estado como o Brasil, cuja arrecadação total das receitas federais, que incluem impostos e contribuições, atingiu, em setembro de 2020, o valor de R\$ 119.825 bilhões, não consiga prover à população uma proteção social digna, compreendendo os cuidados de saúde física e mental, inclusive aos medicamentos, e retirar as pessoas da situação de extrema pobreza¹⁷.

É certo afirmar que, em momentos de pandemia, não há um espectro de certezas, ao contrário, as situações são incertas, não previsíveis.

Por isso, é fundamental que os governos possam agir, por meio das Políticas Públicas, seja de forma emergencial ou permanente, com vistas a buscar soluções para os riscos aos quais a sociedade está exposta, ressaltando-se que, diante da sua insuficiência, tem-se como *ultima ratio*, o Poder Judiciário, conforme lição do jurista Serau Júnior¹⁸

[...] a noção de risco é capital para a formulação de políticas públicas, especialmente aquelas de natureza previdenciária ou assistencial... se o legislador não possui essa omnisciência com que ele rotineiramente é qualificado, abre-se espaço para outros mecanismos institucionais para contribuir na orientação da sociedade com o trato desses riscos sociais, inclusive a atuação do Poder Judiciário.¹⁹

Com fulcro no art. 126 do Diploma Processual Civil, não cabe ao juiz se esquivar de seu dever de julgar, ainda que haja lacuna na lei, no julgamento da lide, não havendo norma legal aplicável, o Magistrado deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Durante a Pandemia houve um grande aumento do número de processos judiciais sobre a saúde no Brasil, algumas solicitando ocupação de leitos hospitalares para tratamento da COVID-19, especialmente nas unidades de terapia intensiva; outros solicitando adoção de tratamentos que não possuíam eficácia cientificamente comprovada, outros, ainda,

17 BRASIL. Governo do Brasil. *A arrecadação da Receita Federal é de R\$ 119 bilhões em setembro de 2020*. 22 out. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/10/arrecadacao-da-receita-federal-e-de-r-119-bilhoes-em-setembro-de-2020>. Acesso em: 02 nov. 2020.

18 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015, p.102.

19 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015, p.102.

requerendo medicamentos, que se encontravam em falta no mercado, criando uma espécie de política judicial de tratamentos e medicamentos.

Se por um lado, o pleito perante o Poder Judiciário visa a obtenção da tutela jurisdicional para o atendimento das demandas individualizadas, por outro, traz o comprometimento das demandas coletivas, pois, não obstante possa salvar a vida daquele administrado que propõe a demanda judicial, traz uma sobreposição do Judiciário em relação ao Executivo, no tocante às políticas públicas.

Por isso, o excesso de demandas nesta área tem o potencial de trazer grave problema aos gestores públicos, que se veriam forçados ao cumprimento das ordens judiciais em detrimento da observância de protocolos clínicos.

A decisão judicial resolve apenas o caso específico que fora objeto da demanda, tratando o assunto referente aos medicamentos sob uma perspectiva da exclusão, entretanto, para que os governos consigam uma inclusão na saúde, será necessário não apenas decisões judiciais, mas políticas públicas que alcancem a coletividade.

O consagrado Jurista Português, Professor Doutor Jorge Miranda, ensina que o político é global e, por isso, deve respeitar a todos

O político é global, o que respeita a todos, o que abrange, coordena e sintetiza a pluralidade de grupos, interesses e situações... o Direito Constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica. Integrado e organizando a comunidade e o poder, ele enuncia (na célebre expressão de PELLEGRINO ROSSI) as *têtes de chapitre* dos vários ramos do Direito, os princípios fundamentais que os enformam...²⁰

Logo, tratando-se de direitos sociais, os quais demandam atuação positiva por parte do Poder Público, este não pode quedar-se inerte diante das necessidades da sociedade, seja por meio das Políticas Públicas, seja por meio da atuação do Poder Legislativo, o que não pode é a população ficar desamparada, sem o mínimo existencial, especialmente em tempos de Pandemia.

Deve-se, na verdade, implementar todas as medidas possíveis para evitar danos maiores que os vivenciados pelos indivíduos e famílias na COVID-19, bem como adotar políticas permanentes de proteção social, com vistas a, senão impedir, minimizar perdas de vidas e econômicas em possíveis eventos futuros, como o que a sociedade está vivenciando.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legado das pandemias vividas pela humanidade, como a COVID-19, deve ir além de devastação das vidas humanas e das repercussões econômicas nefastas, e requer *PLANEJAMENTO* para a prevenção de novas pandemias ou, ao menos, para minimizar os efeitos e amparar melhor a população.

Considerando que as autoridades de saúde nacionais e internacionais, por meio dos Centros de Controle e Prevenção de Doenças – CDCs, têm mapeado mais de 30 (trinta) vírus e bactérias aguardando para entrar neste contexto pandêmico, e, por isso, para que os países possam superar a COVID-19 e prevenir-se de futuras Pandemias, os Governos e a sociedade internacional têm que ficar alertas e intensificar os trabalhos preventivos.

20 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p.17.

A proteção social, como visto, desempenha um fundamental papel, não apenas na redução das desigualdades sociais, mas no amparo da população mais vulnerável em tempos de Pandemias, visto haver uma ocupação de altos percentuais dos leitos de hospital, notadamente de terapia intensiva dos casos mais graves da Pandemia, podendo chegar ao colapso do Sistema de Saúde Pública, além do notório colapso da economia das.

Esse Planejamento somente será possível por meio da Solidariedade e da Cooperação Internacional, e com o compromisso de cada uma das nações de implementar todos os esforços, juntamente com a Sociedade Civil Organizada para realização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, traz uma múltipla dimensão de proteção de direitos humanos, com a proposição de não deixar ninguém para trás (“no one is left behind”), ou seja, ninguém deve ser excluído de programas de proteção social.

Conclui-se que os Governos não podem se omitir quanto à adoção de Políticas e criação de normas legislativas que visem à Proteção Social da população na efetivação da Justiça Social e na missão de reduzir as desigualdades o que permitirá um melhor enfrentamento de situações rotineiras e emergenciais, como no caso das Pandemias, sob pena de violação do princípio da dignidade humana, passível de responsabilidade dos Estados, a ser discutido nas Corte Internas e Internacionais.

REFERÊNCIAS

4th Meeting, Social Forum. *UN Web TV*, 9 out. 2020. Disponível em: <http://webtv.un.org/search/4th-meeting-social-forum-2020-/6199754604001/?term=&lan=english&page=19>. Acesso em: 25 out. 2020.

A desigualdade de poder entre os gêneros. *Nações Unidas no Brasil*, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-a-desigualdade-de-poder-entre-os-generos/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Bachelet ressalta risco de “desastre de direitos humanos” devido a restrições durante pandemia. *ONU News*, 27 abril 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711742>. Acesso em: 04 mar. 2021.

BIERNATH, André. Gripe: quais foram as maiores epidemias da história. *Veja Saúde*, 17 abril 2018. Atualizado em 29 abril 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/gripe-quais-foram-as-maiores-epidemias-da-historia/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Governo do Brasil. *A arrecadação da Receita Federal é de R\$ 119 bilhões em setembro de 2020*. 22 out. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/10/arrecadacao-da-receita-federal-e-de-r-119-bilhoes-em-setembro-de-2020>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. *Desemprego*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 27 jul. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *O IBGE apoiando o combate à COVID-19*. Indicadores de empresas. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *COVID-19 no Brasil*. Atualizado até 03 mar. 2021. Disponível em: https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 04 mar. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus. *Nações Unidas Brasil*, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Coronavirus(COVID-19).Evolução diária.Visão Geral dos Casos. *Google*, 03 mar. 2021. Disponível em: https://www.google.com/search?sxsrf=ALeKk03syllAeUoK68svKe3R-hlClGjrw%3A1595932732404&ei=PA-AgX7SiGJO75OUPhbWQ8A0&q=covid+dados&oq=covid+dados&gs_lcp=CgZwc3ktYWIQAziCCA-AyAggAMgIIADICCAyAggAMgIIADICCAyAggAMgIIADICCAA6BwgjELADECC6BwgAELADEEM6BQ-gAELEDOggiABCxAXCDAToECAAQCICnMVjcRGCFswgEcAB4AIABgQGIAZIGkgEDMC43mAEAoAE-BqgEHZ3dzLXdpesABAQ&sclient=psy-ab&ved=0ahUKEwi0sObc4O_qAhWTHbkGHYUaBN4Q4dUD-Caw&uact=5. Acesso em: 03 mar. 2021.

COSTA, José Ricardo Caetano; WAILLA, Liane de Alexandre. Os (des)protegidos sociais na dinâmica do benefício assistencial da LOAS: entre a miséria, a pobreza e a necessidade. In: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm *et al.* (Coord.). *Previdência Social?* Porto Alegre: Lex Magister, 2016.

DISTRITO FEDERAL. *Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal*. Plano de Contingência para Epidemia da Doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) do Distrito Federal. Brasília, fev. 2020. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/10/Plano-de-Contingencia-Coronavirus10.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

DRSKA, Moacir. As quatro medidas da Nova Zelândia para eliminar o coronavírus e reabrir a economia. *NEOFEED*, 09 jun. 2020. Disponível em: <https://neofeed.com.br/blog/home/as-quatro-medidas-da-nova-zelandia-para-eliminar-o-coronavirus-e-reabrir-a-economia/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Estatísticas. *UNAIDS*. Disponível em: <https://unids.org.br/estatisticas/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). *OPAS no Brasil*, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 27 jul. 2020.

HARRISON, T. R. *et al.* Epidemiologia e Outras Considerações. In: *Medicina Interna*. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria Editorial Guanabara Koogan S.A., 1962.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. R202. *Recomendação sobre Pisos de proteção social, 2012 (nº202)*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524. Acesso em: 27 jul. 2020.

LOSS, Gabriel. Conheça as maiores pandemias da história: do coronavírus a gripe espanhola. *Diário da Manhã*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://diariodamanha.com/noticias/conheca-as-maiores-pandemias-da-historia-do-coronavirus-a-gripe-espanhola/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MUSTO, Marcello. *Entrevista: Eric Hobsbawm - A crise do capitalismo e a importância atual de Marx*. *Secretaria da Educação do Paraná*, 30 set. 2008. Trad. Marco Aurélio Weissheimer. Disponível em: <http://www.historia.seed.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=122>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ONU. Human Rights Council (Conselho de Direitos Humanos). Resolution 7/15. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea. 27 mar. 2008. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/A_HRC_RES_7_15.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

ONU produzirá relatório sobre relação entre racismo, violência policial e caso Floyd. *Nações Unidas Brasil*, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-produzira-relatorio-sobre-relacao-entre-racismo-violencia-policial-e-caso-floyd/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ONU. UN. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : statement / adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on 4 May 2001. *Naciones Unidas. Biblioteca Digital*, 10 maio 2001. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/452397?ln=es>. Acesso em: 25 out. 2020.

OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária: A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. Cascais: Principia, 2001.

Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. *Universidade Aberta do SUS*, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PROJETA, *Redação Portal*. *Três países que venceram o vírus*. *Portal Projeta*, 02 jun. 2020. Disponível em: <http://portalprojeta.com.br/2020/06/02/tres-paises-que-venceram-o-virus/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Relatório de desenvolvimento humano do PNUD destaca altos índices de desigualdade no Brasil. *Nações Unidas Brasil*, 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatorio-de-desenvolvimento-humano-do-pnud-destaca-altos-indices-de-desigualdade-no-brasil/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ROMERO, Franca Moreno. La Convergencia entre empleo y pensiones em el marco de la Union Europea: el impacto de la crisis. In: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm *et al.* (Coord.). *Previdência Social?* Porto Alegre: Lex Magister, 2016.

Saiba quais foram as pandemias mais letais da história. *Portal da Cidade*, Brusque/SC, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://brusque.portaldacidade.com/noticias/saude/saiba-quais-foram-as-pandemias-mais-letais-da-historia-0505>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015.

Tuberculose. *Agência Fiocruz de Notícias*. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/tuberculose>. Acesso em: 27 jul. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard*. Data last updated: 2021/3/4. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em 04 mar. 2021.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? - Índice de Gini. *Desafios do Desenvolvimento*, Brasília, ano 1, 4. ed., 1 nov. 2004. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28. Acesso em: 27 jul. 2020.

X Semana Jurídica 2020 - 02/06 Manhã. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2 jun. 2020. 1 vídeo (3 horas, 1 minuto e 44 segundos). Publicado por Newton Paiva. Disponível em: <https://youtu.be/c4KI93xwL74>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SEÇÃO II

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

APORTACIONES DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA CRISIS DEL COVID-19 EN ESPAÑA¹

Joaquín Sarrión Esteve

Investigador Ramón y Cajal y Profesor de Derecho Constitucional Departamento de
Derecho Constitucional Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED),
Madrid, España.

Sumario: 1 Introducción: el fundamento de la protección de la salud en la Constitución española; 2 Instrumentos ordinarios de excepción; 3 Instrumentos constitucionales de excepción; 4 Consideraciones finales; 5 Referencias.

1 Una parte de este trabajo fue objeto de exposición, bajo el título de “Derechos y medidas post-alarma” en la Jornada (online) “Derechos Fundamentales y COVID-19”, coordinada por los profesores M. CASINO RUBIO y J. ORTEGA BERNARDO, celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, los días 7 y 8 de julio de 2020. El autor agradece los comentarios recibidos que han permitido la mejora del trabajo, los errores y defectos son todos de su responsabilidad. Agradecimientos. El autor reconoce, y agradece también, el apoyo de la Ayuda del Programa “Ramón y Cajal “ (RYC) 2015 (RYC-2015-188821), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

1 INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La protección de la salud pública tiene su fundamento en el art. 43 de la Constitución española (en adelante CE)², que atribuye a los poderes públicos la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, correspondiendo a la ley el establecimiento de los derechos y deberes de todos a este respecto.

Asimismo, conforme al art. 30.4 CE³, mediante ley se pueden regular los deberes de los ciudadanos “en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”; y por tanto también una norma con rango de ley puede establecer deberes en una situación de crisis sanitaria.

Así pues, aunque en situaciones de necesidad se suele hacer valer el viejo principio de *Salus Publica suprema lex esto*⁴, no es menos cierto que encontramos la necesaria cobertura constitucional que se requiere en un Estado de Derecho como el español en los arts. 43 y 30.4, preceptos que hemos señalado con antelación, también seguramente en el propio art. 15 que reconoce el derecho a la vida y la integridad física⁵, por la conexión que se puede apreciar entre estos derechos y la propia salud de las personas; y como veremos en el Derecho ordinario para adoptar medidas de carácter restrictivo o limitativas de los derechos fundamentales.

Por supuesto, dentro del marco constitucional tenemos también las previsiones del art. 116 CE, que incorpora para situaciones de carácter excepcional los estados de alarma, excepción y sitio, en particular el estado de alarma está configurado para hacer frente a crisis sanitarias.⁶

Por tanto, en el Derecho español podemos diferenciar entre instrumentos ordinarios de lucha contra la crisis sanitaria, que con fundamento constitucional, se desarrollan en la llamada legislación de necesidad⁷, o también llamado Derecho ordinario de excepción; e instrumentos excepcionales desde el punto de vista constitucional, y que se encontrarían en

2 Art. 43 CE: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. /2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. / 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”

3 Art. 30.4 CE: “Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”.

4 Bombillar Sáenz, Francisco. «Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19» [Consulta 13 julio 2020]. <https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/>. Principio que, como bien explicaba el profesor Sánchez de la Torre, deriva del *ciceroniano Regio imperio duo sunt, iique a praeuendo iudicando consulendo praetores iudices consules appellamino. Militae summum ius habent nemi parento. Ollis salus populi suprema lex esto*. Véase Sánchez de la Torre, Angel. «El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*», *Cuadernos de filología clásica: Estudios latinos*, núm. 12, 1997, p.39-78. También debemos señalar que en realidad este principio se suele utilizar con diferentes variantes y quizá lo más apropiado sería utilizar la de *salus populi* porque la salud del pueblo es un concepto más amplio que el de salud pública, e incluye no sólo la salud, sino también el bienestar del pueblo, siendo más ajustada y correcta al principio la traducción que se suele utilizar en inglés, *-the people's good is the highest law-*. Véase Rawson, Hugh. *Unwritten Laws: the unofficial rules of life as handed down by Murphy and other sages*. Nueva York: Castle Books, 2002, p.52-53; Sarrión Esteve, Joaquín. «Sobre el constitucionalismo del bien común en los tiempos del COVID: ¿es posible un constitucionalismo iliberal?», Blog del CEPC, 11 de mayo de 2020 [Consulta 10 julio 2020]. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog_cepc/2020/05/11/sobre-el-constitucionalismo-del-bien-com%C3%BAAn-en-los-tiempos-del-covid-es-posible-un-constitucionalismo-iliberal, 2020.

5 Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

6 Bombillar Sáenz, Francisco. «Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19» [Consulta 13 julio 2020]. <https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/>.

7 Bombillar Sáenz, Francisco. «Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19» [Consulta 13 julio 2020]. <https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/>.

el denominado Derecho constitucional de excepción.

Frente a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, España utilizó en un primer momento los instrumentos ordinarios, pasando posteriormente cuando la epidemia se extendió por todo el territorio y era difícil de frenar el estado de alarma, propio del Derecho constitucional de excepción, y cuando la curva se frenó volvió a utilizar los instrumentos ordinarios, si bien con alguna regulación de adaptación, en lo que se ha denominado la “nueva normalidad”. No obstante, tras las dudas planteadas a nivel judicial y la falta de ratificación de algunas medidas en la Comunidad de Madrid, el Gobierno decidió volver a utilizar el instrumento del Estado de alarma, si bien limitado territorialmente de forma reciente.

Por ello, es necesario aproximarnos tanto a los instrumentos ordinarios como extraordinarios, para realizar un análisis desde la perspectiva constitucional de los mecanismos de lucha contra el COVID-19 en España.

2 INSTRUMENTOS ORDINARIOS DE EXCEPCIÓN

Como hemos anticipado, el derecho ordinario, en concreto la legislación sanitaria ordinaria, contempla escenarios de crisis sanitarias para los que es necesario adoptar medidas que pueden ser consideradas excepcionales, y que pueden afectar, restringir o limitar, incluso con una gran intensidad, de los derechos de las personas, incluidos también los derechos fundamentales.

El fundamento constitucional de que esto sea así está en la protección de la salud (arts. 43 y 30.4 CE) en relación también con la protección a la vida e integridad física (art. 15 CE), como se ha comentado.

Cabe comenzar, a la hora de analizar la legislación ordinaria, por destacar los arts. 25 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que contemplan por un lado las autorizaciones sanitarias y los registros obligatorios que se establezcan reglamentaria (art. 25 LGS), así como medidas de carácter preventivo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud que pueden incluir no sólo la incautación o inmovilización de productos, suspensión de actividades, cierres de empresas o instalaciones, intervención de medios tanto materiales como personales, sino también “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas” (art. 26.1 LGS)⁸.

Siempre se ha cuestionado la naturaleza no orgánica de la LGS, en relación con la eventual limitación de derechos fundamentales que habilita. No obstante, esto se corrigió o enmendó, mediante habilitación por el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), que establece de forma muy amplia la posibilidad de que las autoridades sanitarias adopten las medidas oportunas de control, como “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”⁹; así leído

8 Art. 26 LGS: “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. /2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó”.

9 Art. 3 de la LOMESP: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como *las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*”. Resaltado añadido por el autor.

estamos ante una habilitación genérica y flexible, pero entiendo que esto es así porque frente a situaciones y problemas imprevistos e imprevisibles, no se puede anticipar ni regular con detalle lo que es adecuado y necesario, y se trataría, de una “flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad”¹⁰, de cláusulas generales que permiten adoptar las medidas necesarias para luchar contra las crisis sanitarias que se presenten¹¹, pues “su carácter genérico es pretendidamente adaptable a cualquier situación que se presente”¹²; aunque otros autores como CIERCO consideran deseable una concreción de las medidas¹³, o incluso, como dice SALAMERO TEIXIDÓ, que se genera inseguridad jurídica, con un excesivo margen de discrecionalidad que puede permitir llegar a suponer un abuso e incluso una restricción ilegítima en los derechos y libertades fundamentales.¹⁴

Lo cierto es que quizá ha sido en la actual crisis sanitaria cuando hemos enfrentado mayores problemas a la hora de aplicar medidas necesarias con los instrumentos jurídicos disponibles, pero no podemos olvidar que el art. 3 de la LOMESP no deja de ser un artículo previsto en una ley orgánica, y por tanto suficiente en mi opinión, al cumplir con las garantías constitucionales previstas en los arts. 53.1¹⁵ y 81CE¹⁶, no estamos ante una suspensión sino ante una eventual limitación de derechos, aunque se trate de derechos fundamentales. Téngase en cuenta, además, como veremos después, que el estado de alarma tampoco permite la suspensión sino la limitación de los derechos fundamentales; la diferencia entre los conceptos de suspensión y limitación es de carácter cualitativo, pero sustancialmente relevante por las consecuencias jurídicas que implica, ya que en una situación de suspensión de derechos fundamentales estos no se pueden ejercer, y tampoco son aplicables con carácter general las garantías previstas de tutela para los mismos; mientras que si se produce una limitación o restricción de derechos fundamentales, estas medidas pueden ser controladas en la jurisdicción ordinaria y, en su caso, acceder a la jurisdicción constitucional por la vía del recurso de amparo (art. 53.2 CE) por lo que en última instancia las garantías de los derechos fundamentales aún limitados permanece.

Vamos a detenernos un momento en el control de las medidas adoptadas por la jurisdicción ordinaria, cuando concurre una limitación a un derecho fundamental. En particular, es de interés resaltar la previsión de ratificación judicial. Esta previsión ha sido objeto de una reciente reforma.

10 DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Competencia autonómica para adoptar medidas de contención, *Derecho público del coronavirus (i)*», Almacén del Derecho, 14 de marzo de 2020 [Consulta: 7 julio 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion/>.

11 ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87 Especial Coronavirus, Marzo-Abril 2020, p.9.

12 COTINO HUESO, Lorenzo. «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87, Especial Coronavirus Marzo-Abril 2020, p.98.

13 CIERCO SIEIRA, César. «Derecho de la salud pública y COVID-19» en d. BLANQUER, (coord.). *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia: Tirant lo blanch, 2020, p.44 y ss.

14 SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, vol. 30 (S1), 2016, p.71.

15 Art. 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”

16 Art. 81 CE: “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución./ 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.”

Inicialmente el art. 8.6.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), contemplaba:

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

De forma la LJCA atribuía a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la previa autorización o la ratificación posterior de las medidas previstas en el art. 3 de la LOMESP, cuando sean urgentes y necesarias para la protección de la salud pública cuando “impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

No obstante, es cierto que se han planteado algunas dudas jurídicas y debate, tanto a nivel de la propia Administración, pues en ocasiones las autoridades sanitarias han llevado a ratificación algunas medidas introducidas y en otras ocasiones no, como también a nivel académico o jurisprudencial¹⁷, pero entiendo, siguiendo a la mejor doctrina, que las autoridades sanitarias, y en particular las autoridades sanitarias autonómicas por la descentralización y asunción de competencias ordinarias en esta materia, pueden adoptar medidas que afecten y limiten derechos fundamentales a través de los instrumentos ordinarios sin necesidad de acudir al Derecho constitucional de excepción, y ello con independencia de que las medidas tengan un carácter individualizado o una afectación más general (actos administrativos plúrimos)¹⁸.

No obstante, sí entiendo como he razonado ya en otro lugar, necesaria la autorización o ratificación judicial, incluso para estas medidas contenidas en actos administrativos de alcance general; cuestión más compleja reviste el tema cuando las medidas se introducen en una disposición de carácter general, es decir en un reglamento.

Así, el control judicial es la otra cara de la moneda de la generosa habilitación prevista en el art. 3 LOMESP. Control judicial que se extendería sobre la necesidad y proporcionalidad, al menos con un carácter mínimo de evaluación, cuando se trate de actos que impliquen obligaciones jurídicas que constituyan una restricción o limitación de derechos fundamentales, es decir, no sería necesario tanto cuando no implican restricción o limitación de derechos fundamentales, ni tampoco cuando se tratara de meras recomendaciones, puesto que la abstracción o complejidad técnica que se aducía respecto a este control se

17 Véase SOLÉ ALTIMIRA, Oriol. «Los juristas discrepan sobre si las autonomías pueden ordenar confinamientos domiciliarios», El Diario.es. 13 de julio de 2020 [Consultado 14 julio 2020]. Disponible en: https://www.eldiario.es/catalunya/juristas-discrepan-si-autonomias-ordenar-confinamientos-domiciliarios_1_6100483.html.

18 En este sentido se puede acudir a DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Competencia autonómica para adoptar medidas de contención, Derecho público del coronavirus (i)», Almacén del Derecho, 14 de marzo de 2020 [Consulta: 7 julio 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion/>; BOIX PALOP, Andrés. «Las competencias autonómicas durante el estado de alarma y la desescalada». La página definitiva, 4 de julio de 2020 [Consulta 13 julio 2020]. Disponible en: <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1708>; GAMERO CASADO, Eduardo. «Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19», Almacén de derecho, 27 de agosto de 2020 [Consulta 15 de octubre 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/legalidad-y-control-de-las-nuevas-limitaciones-de-derechos-ante-rebrotes-del-covid-19>; NOGUEIRA, Alba. «El confinamiento no necesita el estado de alarma», El País, 13 de julio de 2020 [Consulta 15 octubre 2020]. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-07-13/el-confinamiento-no-necesita-el-estado-de-alarma.html>, o a mi propia posición al respecto (Sarrión Esteve, Joaquín. «Las competencias de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», Gaceta Sanitaria, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.07.009>). En contra, y entendiendo que estas restricciones, cuando son de carácter general, solo se pueden establecer con la cobertura que proporciona el Derecho constitucional de excepción se puede acudir, entre otros, a ARROYO GIL, Antonio. «Alarma en Madrid», Agencia Pública El País, 27 de septiembre de 2020 [Consulta 15 de octubre 2020]. Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/alarma-en-madrid/>. y teruel lozano, Germán. «Actuaciones coordinadas en salud pública y restricción de derechos fundamentales», Hay Derecho Expansión, 5 de octubre de 2020 [Consulta 15 octubre 2020]. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/10/05/actuaciones-coordinadas-en-salud-publica-y-restriccion-de-derechos-fundamentales/>.

podía perfectamente realizar a través de una evaluación de la solicitud motivada e informada de la autoridad sanitaria, por parte del órgano jurisdiccional.¹⁹

No obstante, importante doctrina ha sostenido de una forma interesante y sugestiva la interpretación de que cuando las decisiones de las autoridades sanitarias limiten derechos fundamentales y tengan un carácter individual sí requerirán de ratificación judicial, pero si el carácter o alcance de la medida es general no requerirá su ratificación judicial en fase declarativa, sino que esto sucedería en la fase ejecutiva y solo si hay oposición del interesado o afectado.²⁰

En cualquier caso, es cierto que el debate doctrinal y jurisprudencial existe. Recientemente, como se ha indicado, se ha aprobado una reforma de la LJCA para precisar la competencia de control, y por tanto, de autorización o ratificación de las medidas, disponiendo actualmente el art. 8.6.2 introducido por la Disposición Final 2.1 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que:

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.

De forma que se deja en manos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación de las medidas limitativas de derechos fundamentales cuando se plasmen en “actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.” Sin embargo, esto no quiere decir que los actos administrativos de carácter más general no deban ser objeto de autorización o ratificación judicial, sino que en virtud de la Disposición Final 2.1 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, se ha atribuido en el art. 10.8 de la LJCA a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que:

Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Así, el legislador ha resuelto el debate doctrinal sobre la necesidad de autorización o ratificación judicial de medidas con destinatarios no identificados individualmente, es decir, de carácter general, que requerirá de la preceptiva autorización o ratificación judicial al atribuir expresamente su conocimiento a los Tribunales Superiores de Justicia; pero si bien cabe interpretar que esto es así con carácter general para la adopción de cualquier medida, con independencia de la forma jurídica en que se plasme esta decisión -actos administrativos o disposiciones generales- pueden quedar dudas sobre si las medidas introducidas en una

19 Sarrión Esteve, Joaquín. «Las competencias de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.07.009>.

20 SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, núm. 9638, 2020; CIERCO SIEIRA, César. «Derecho de la salud pública y COVID-19» en d. BLANQUER, (coord.). *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

disposición general que limiten derechos fundamentales deben ser objeto de autorización o ratificación judicial.

En cualquier caso parece que a pesar de la aparente claridad del art. 10.8 de la LJCA, tanto una parte importante de la doctrina²¹, con el aparente apoyo de algunas decisiones judiciales²², niegan la posibilidad de que se limiten derechos fundamentales sin la cobertura del estado de alarma.

No se desprende, sin embargo, del texto constitucional, que la limitación de los derechos fundamentales en virtud de decisiones adoptadas al amparo de una declaración del estado de alarma sea la única manera o el único camino para poder limitar o restringir derechos fundamentales.

También hay otra normativa de interés. Así, el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LSP) introduce que sin perjuicio de las medidas previstas en la LOMESP, las autoridades competentes podrán adoptar por resolución motivadas medidas de inmovilización, decomiso, cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, suspensión de actividades, así como «Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones» (art. 54.2 LGSP), y si bien se sujeta su adopción a la previa audiencia de los interesados, se prevé que se pueda adoptar sin audiencia previa en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población; todas las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad (art. 54.3 LGSP).

Asimismo, el art. 9.2 a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, contempla la intervención clínica indispensable por parte de los facultativos en favor de la salud del paciente, sin necesidad de su consentimiento cuando se da la existencia de un riesgo para la salud pública o por razones sanitarias establecidas legamente, que deben comunicarse a la autorizada judicial en un plazo máximo de 24 horas cuando dispongan el internamiento obligatorio, remitiendo a lo previsto en la LOEMESP.

Esta normativa se complementa con otra y autonómica, y que junto a la que hemos comentado formaría la llamada legislación de necesidad²³, o Derecho ordinario de excepción²⁴, que incluyen medidas que, en el ámbito del Derecho sanitario, nos permitirían enfrentar situaciones de grave riesgo para la salud pública.²⁵

21 Así, por ejemplo, teruel lozano, Germán. «Actuaciones coordinadas en salud pública y restricción de derechos fundamentales», *Hay Derecho Expansión*, 5 de octubre de 2020 [Consulta 15 octubre 2020]. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/10/05/actuaciones-coordinadas-en-salud-publica-y-restriccion-de-derechos-fundamentales/>.

22 Véase este sentido el reciente Auto 308/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de 8 de octubre de 2020, ES:TSJM:2020:308A, que podría interpretarse en este sentido, si bien es cierto que las autoridades autonómicas no alegaron en este caso como fundamento de las restricciones adoptadas el art. 3 de la LOMESP, que es el que permite limitar los derechos fundamentales; aunque eso no debería haber impedido al TSJ su valoración, en aplicación del principio *iura novit curia*. En todo caso, la falta de ratificación de las medidas, y la necesidad de las mismas en opinión del Gobierno de España terminó llevando a una declaración del estado de alarma limitado al ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, introduciendo las mismas medidas que no fueron objeto de ratificación judicial. Véase en este sentido el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE núm. 268, de 9 de octubre de 2020).

23 Bombillar Sáenz, Francisco. «Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19» [Consulta 13 julio 2020]. <https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/>.

24 COTINO HUESO, Lorenzo. «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87, Especial Coronavirus Marzo-Abril 2020.

25 CIERCO SIEIRA, César. «Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población». *Derecho y Salud*, Vol. 13, Núm. 2, Julio-Diciembre 2005; CIERCO SIEIRA, César. *Administración Pública y Salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada: Comares, 2006.

Sin embargo, cuando los instrumentos ordinarios de excepción no son suficientes, la CE contempla el Derecho constitucional de excepción.

3 INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES DE EXCEPCIÓN: ESPAÑA EN ESTADO DE ALARMA²⁶

Como muy bien ha dicho TORRES DEL MORAL una constitución está redacta para su vigencia en la normalidad, a pesar de que ésta nunca sea absoluta, pero para hacer frente a situaciones de crisis constitucional suele incorporar regímenes de carácter excepcional, y así lo hace la nuestra.²⁷

Para estas situaciones de anormalidad constitucional, cuando el Derecho ordinario no es suficiente, la Constitución ha previsto el Derecho constitucional de excepción, “normativa de excepción”²⁸, o “Derecho excepcional constitucional”²⁹, que está formado por los estados de emergencia o de anormalidad constitucional: estados de alarma, de excepción y de sitio (art. 116 CE)³⁰. Estos estados habilitan, con carácter temporal, la adopción de medidas tanto de limitación o restricción de derechos fundamentales (en los tres casos), como de suspensión (general) de derechos fundamentales³¹ en los casos de estado de excepción y de sitio (art. 55.1 CE)³².

No se definen, a nivel constitucional, los supuestos habilitantes para la declaración de cada uno de estos excepcionales o de emergencia, cuestión que precisará, como veremos, la ley orgánica de desarrollo. Sí, en cambio, se regula la atribución o habilitación competencial de la declaración, y los efectos o medidas que se podrían adoptar en relación con los derechos fundamentales.

26 Sigo en la primera parte de este apartado la exposición que ya tuve oportunidad de realizar, con ocasión de la declaración del estado de alarma en España (SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en ATIENZA MACÍAS, E.; RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. (coord.), *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública*, Valencia: Dykinson, 2020, p.29-45).

27 TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid: Editorial Universitas, 5ª edición, 2015, p.241.

28 CRUZ VILLALÓN, Pedro. «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1., Núm. 2, Mayo-Agosto 1981, p.93.

29 COTINO HUESO, Lorenzo. «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87, Especial Coronavirus Marzo-Abril 2020, p.91.

30 Dispone el art. 116 CE: “1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes./2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. / 3.El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. /4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. / 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. / 6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.” Aparte queda el estado (en tiempos) de guerra que no menciona el art. 116 de la Constitución, como tampoco la Ley Orgánica que lo desarrolla, y que habría que suponer de mayor gravedad. (TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid: Editorial Universitas, 5ª edición, 2015, p.241).

31 Hay dos tipos de suspensión de derechos fundamentales previstas en el art. 55 la Constitución, por un lado habla de “suspensión general”, en el apartado primero, para los estados de excepción y de sitio; y por otro lado habla de “suspensión individual” de algunos derechos en el apartado segundo, que pueden ser suspendidos para determinadas personas en relación con las investigaciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o terrorismo, cuyos casos y forma se debe determinar por ley orgánica, con garantía constitucional de intervención judicial ex art. 55.2 CE.

32 De la regulación constitucional de los estados de emergencia podemos extraer unas notas comunes a los tres estados: 1) el mantenimiento del funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, incluyendo el Congreso de los Diputados que no podrá ser disuelto y será convocado. En caso de que del Congreso se hubiera disuelto, o hubiera expirado su mandato, sus competencias serán asumidas por la Diputación Permanente (art. 116.5 CE); 2) no se modifica el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes conforme a la Constitución y las leyes (art. 116.5 CE); 3) una ley orgánica es la que regulará los tres estados, así como las competencias y limitaciones correspondientes, es decir, hay una remisión bastante amplia a la regulación por ley orgánica de estos estados (art. 116.1 CE).

La competencia para la declaración del estado de alarma, que es el que interesa de una forma especial aquí, corresponde al Gobierno mediante Decreto aprobado por el Consejo de Ministros, con posibilidad de prorrogarlo con autorización del Congreso de los Diputados, Decreto que determinará el ámbito territorial de afectación (art. 116.2 CE)³³.

Si se albergaba alguna duda sobre la naturaleza jurídica de este decreto, quedó disipada a raíz de los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de dictar con ocasión del conflicto de los controladores aéreos, atribuyendo a los mismos rango y valor de ley³⁴.

La decisión gubernamental no sólo constata la existencia del presupuesto de hecho que habilita la declaración del estado de alarma, ni se limita tampoco a la mera declaración del mismo, sino que tiene “un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos”; complementando con lo previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LO 4/1981), el sistema de fuentes del derecho de excepción³⁵.

Esta “legalidad excepcional” desplaza la legalidad ordinaria durante la vigencia del estado de alarma, con determinados efectos que pueden suponer la suspensión o desplazamiento de normas legales, con cobertura en el propio texto constitucional (art. 116.2 CE), y en la LO 4/1981 (art. 6). Se trataría de excepciones o modificaciones *pro tempore* respecto a la aplicabilidad de determinadas normas vigentes que, si bien no son derogadas o modificadas, dejan de ser aplicables temporalmente (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

La LO 4/1981 se ocupa de concretar los supuestos que dan lugar a los diferentes estados de emergencia, así como desarrolla su régimen jurídico, dentro del marco de las previsiones constitucionales. Y lo hace introduciendo unas notas comunes a los tres estados: procederá la declaración cuando concurren circunstancias extraordinarias que hicieran imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes (art. 1.1), las medidas a adoptar son las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y aplicadas de forma proporcional a las circunstancias (art. 1.2), finalizada la vigencia decaerán en su eficacia las competencias sancionadoras, y las medidas concretadas adoptadas, salvo las sanciones firmes (art. 1.3), no se interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado (art. 1.4), se establece la publicación inmediata de la declaración en el BOE (art. 2), que será difundida de forma obligatoria por todos los medios de comunicación -públicos y privados- que se determinen, entrando en vigor desde su publicación en el BOE, siendo también de difusión obligatoria las disposiciones que las autoridades competentes adopten durante su vigencia (art. 2). Asimismo, se establece la impugnabilidad de los actos y disposiciones de la Administración conforme a las leyes (art. 3.1), y el derecho a indemnización por parte de quienes durante la vigencia de estos estados sufran de forma directa daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, de acuerdo con las leyes (art. 3.2)³⁶.

33 La diferencia con los otros dos estados excepcionales es notable, puesto que la declaración del estado de excepción corresponde también al Gobierno, pero requiere una autorización previa del Congreso (art. 116.3 CE), y la declaración del estado de sitio corresponde al Congreso por mayoría absoluta a propuesta del Gobierno (art. 116.4 CE).

34 Se trata del primer caso en el que el Gobierno declaró en España el estado de alarma. Entiende el TC que las autorizaciones parlamentarias (de prórroga en el caso del estado de alarma, o de la declaración y de prórroga para el estado de excepción) así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio “son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley, expresión del ejercicio de una competencia constitucionalmente confiada a la Cámara Baja ex art. 116 CE en aras de la protección, en los respectivos estados de emergencia, de los derechos y libertades de los ciudadanos (en similar sentido, ATC 114/1991, de 11 de abril, FJ 3” (ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4; y STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 9); rango o valor que se extiende también a la decisión gubernamental que consiste en la declaración del estado de alarma, y de su prórroga (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

35 Sistema de fuentes compuesto por la Constitución, la LO 4/1981, y la declaración del estado de alarma y sus disposiciones modificativas.

36 Sobre la responsabilidad patrimonial véase DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87 Especial Coronavirus Marzo-Abril 2020, p.102-109.

Posteriormente, la LO 4/1981, prevé una regulación específica de cada uno de los estados de emergencia, diferenciando a) los presupuestos fácticos o habilitantes que permiten su declaración, y b) las medidas o efectos que pueden adoptarse en su marco.

Se ha sostenido por la doctrina constitucional que frente a una posible concepción gradualista, el legislador optó por una configuración basada “en la vinculación de cada uno de ellos a una emergencia específica, es decir, su consideración como tres institutos diferentes y no como tres fases de una misma operación de defensa”, si bien con “matizaciones”³⁷. Cabe plantearse si existe cierta graduación en las medidas que se pueden adoptar, por su afectación a los derechos fundamentales, y por tanto, desde la perspectiva de su protección³⁸.

El estado de alarma se podrá declarar cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones (o crisis) graves de la normalidad: a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas como terremotos, inundaciones, incendios o accidentes de gran magnitud, b) crisis sanitarias como epidemias y situaciones de contaminación graves, c) paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad cuando no se garantice lo previsto en los arts. 28.2 (el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en relación con el derecho a la huelga) y 37.2 (el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad en relación con el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo) de la CE, concurriendo alguna de las demás situaciones previstas en este artículo, d) situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad (art. 4 LO 4/1981).

La lectura que se hizo de este precepto, desde el principio, es que el legislador habría “despolitizado” el estado de alarma, que quedaría reservado a “catástrofes, epidemias y desabastecimientos” y el supuesto agravado de la letra c) cuando cualquiera de estas situaciones concurriera con una paralización de los servicios públicos esenciales de la comunidad³⁹.

Sin embargo, con ocasión de la crisis de los controladores aéreos, se declaró por primera vez el estado de alarma en España sin que concurriera una catástrofe, epidemia o desabastecimiento, sino como consecuencia de la paralización de un servicio público esencial como el del transporte aéreo, con motivo de un conflicto de carácter laboral⁴⁰. Estamos ante un extremo sobre el que no se llegó a pronunciar expresamente el Tribunal Constitucional en la sentencia 83/2016, de 28 de abril, aunque sí parece que se dio por buena la concurrencia de los supuestos que podían dar lugar a la declaración del estado de alarma (aunque no fue más allá -el TC- de repetir lo previsto en la Constitución y en la LO 4/1981 (STC 83/2016, FJ 8)⁴¹.

37 Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro. «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1., Núm. 2, Mayo-Agosto 1981, p.95-96.

38 Aparte de los diferentes supuestos habilitantes, y de la diferente intervención prevista del Congreso de los Diputados para los tres estados de emergencia, también encontramos diferencias en las medidas que se pueden adoptar, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, ya que el estado de alarma permite adoptar medidas de restricción y no de suspensión, mientras que los estados de excepción y de sitio sí permiten suspensión de derechos. Pero la diferencia entre restricción o limitación por un lado y la suspensión de derechos por otro, no está tanto en la intensidad de la medida como, quizá, en una diferencia más bien cualitativa, puesto que en la suspensión se priva del derecho mismo, aunque sea con carácter temporal.

39 Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro. «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1., Núm. 2, Mayo-Agosto 1981, p.98-99; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, p.7; LAFUENTE BALLE, José María. «Los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, núm. 30, 1989, p.30.

40 Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, al amparo precisamente de la letra c) del art. 4 de la LO 4/1981, si bien en relación con los apartados a) y d) (véase el art. 1 de la declaración), lo que no excluyó que se plantearan dudas sobre la legalidad de la declaración por falta de concurrencia de catástrofes naturales o desabastecimiento de productos de primera necesidad. Véase VIDAL PRADO, Carlos; DELGADO RAMOS, David. «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 92, Mayo-Agosto 2011, p.253-255.

41 La Exposición de motivos de la declaración del estado de alarma de 2010 aludía a una “calamidad pública de enorme magnitud”, una “catástrofe” que impedía el ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación, así como conllevaba la paralización del servicio público esencial de transporte aéreo; y si bien no parece que concurriera el supuesto d) -salvo que hagamos una lectura muy amplia del concepto de suministros- sí podemos considerar que se daba una situación de catástrofe o calamidad pública de la letra a), entendiéndose que la lista de supuestos no es taxativa o cerrada, sino abierta, *ad exemplum*.

Pero en esta ocasión, en 2020, concurría una situación de crisis sanitaria, de forma innegable, y que hacía necesaria la adopción de medidas de carácter extraordinario, que requerían que se activara, como ha dicho GÓMEZ SÁNCHEZ, uno de los estados excepcionales, cumpliéndose en este caso la previsión del art. 4 b) de la LO. 4/1981 para el estado de alarma, que es el menos severo.⁴²

Y esto se hace en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (modificado posteriormente Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo), y con el doble fundamento de la letra b (Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves), así como de la letra d (situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad) del art. 4 LO 4/1981, conforme indica el artículo 1 del RD 463/2020⁴³.

La Exposición de Motivos de la declaración del estado de alarma hace referencia a la situación de “emergencia de salud pública” ocasionada por el COVID-19, y que la OMS elevó a categoría de pandemia el 11 de marzo de 2020, lo que “requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura”, a “una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos”.

Asimismo, se señala en la Exposición de Motivos, que para hacer frente a la grave y excepcional situación “es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma”, con las medidas “imprescindibles para hacer frente a la situación”, “proporcionadas a la extrema gravedad de la misma” y que “no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental” (en concordancia con lo previsto en el art. 55.1 CE a *contrario sensu*, pues reserva las medidas de suspensión general de derechos para los estados de excepción y de sitio).

Es importante señalar, también, que las medidas restrictivas adoptadas antes de la declaración del estado de alarma fueron confirmadas por la Disposición Final 1ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

De este Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se dio la oportuna cuenta en sede parlamentaria, y de forma sucesiva fue objeto de prórroga previa autorización del Congreso de los Diputados, de conformidad con lo previsto en el art. 116.2 CE y en la LO 4/1981 hasta el cese del estado de alarma el 21 de junio de 2020, una vez quedó constatada la moderación de la curva del COVID-19.

Bajo la cobertura del estado de alarma se adoptaron una serie de medidas que limitaron o restringieron diversos derechos fundamentales de forma directa: así, la libre circulación de personas (art. 19 CE), pero no sólo, también la libertad religiosa (art. 16 CE), la protección de datos (art. 18.4), la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), el derecho de educación (art. 27 CE), y estos solo de forma directa si pensamos en las medidas adoptadas de confinamiento, control horario, control de aforos, suspensión de clases presenciales; puesto que otros derechos se vieron afectados indirectamente o de forma refleja como consecuencia de las medidas adoptadas para limitar estos derechos, como sería el caso, por ejemplo de la libertad personal (art. 17 CE), los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE), el derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).

También se vieron afectados otros derechos como el derecho a la igualdad (art. 14 CE), el derecho al matrimonio (art. 32 CE), el derecho a la propiedad privada y la herencia (art. 33 CE), el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, y a la promoción a través del trabajo (art. 35 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE). Asimismo, se afectaron a derechos

42 GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Constitucionalismo Multinivel*. Derechos Fundamentales, Sanz y Torres, 5ª edición, Madrid, 2020, p.276.

43 En la Exposición de Motivos se incide en el supuesto previsto en el apartado b) de la LO 4/81, para hacer frente a “crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad”.

configurados como principios rectores de la política social y económica como la protección de los niños (art. 39.2 y 4 CE), colectivo especialmente damnificado por las medidas adoptadas; y otros como la propia protección de la salud (art. 43 CE), el acceso a la cultura y la investigación científica (art. 44 CE), el derecho a disfrutar del medio ambiente (art. 45), participación de la juventud (art. 48 CE), protección de personas con discapacidad (art. 49), protección de la tercera edad (art. 50 CE), o incluso la protección al consumidor (art. 51 CE).

En cualquier caso, si bien es innegable la afectación de derechos, algunos de ellos de carácter fundamental, no es menos cierto que se trataba de limitaciones no de suspensión, aunque ha existido también sobre esto gran discusión doctrinal⁴⁴.

Para el periodo posterior al cese del estado de alarma, se había adoptado el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableciendo una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria, previniendo posibles rebrote, y que constituía la cobertura o el marco jurídico para la nueva normalidad, acompañando y complementando a la normativa ordinaria de excepción o urgencia aplicable, y que hemos visto con antelación en la sección anterior; todo ello sin perjuicio de que en algunos casos pueda ser necesaria una nueva declaración de estado de alarma, limitada o no territorialmente, como ha ocurrido de hecho para el territorio de la Comunidad de Madrid recientemente.

4 CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo hemos realizado una aproximación, desde el Derecho constitucional, a los instrumentos jurídicos disponibles en España, y que se han utilizado por parte de las autoridades públicas para enfrentar la crisis sanitaria producida por el COVID-19, instrumentos tanto de Derecho ordinario como de Derecho constitucional de excepción.

La salud pública (art. 43) en relación con el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE) es el fundamento constitucional de las medidas que adoptan las autoridades sanitarias para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, así como la utilización tanto de instrumentos ordinarios utilizando la llamada legislación de necesidad o Derecho ordinario de excepción, como también si fuera necesario de la utilización de instrumentos excepcionales desde el punto de vista constitucional, y que se encontrarían en el denominado Derecho constitucional de excepción. Por tanto, no es necesario acudir a principios exógenos a la propia Constitución como el conocido y citado principio *Salus publica suprema Lex Esto*.

Se defiende aquí, aunque no es algo pacífico, que el Derecho ordinario de excepción o de necesidad español establece una cobertura jurídica y un marco adecuado para que las autoridades sanitarias puedan adoptar las medidas que sean necesarias y proporcionales, tanto de carácter individual como general, para proteger la salud pública, si bien cuando constituyan restricciones a derechos fundamentales y se adopten en actos administrativos deben ser objeto de autorización o ratificación judicial, precisamente para controlar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias; sin perjuicio de que se puedan utilizar instrumentos constitucionales excepcionales, como el Estado de Alarma, que ya se ha utilizado para hacer frente a esta pandemia, y que ha sido objeto de atención también aquí, con una exposición de la regulación de esta figura

44 Sobre este debate véase SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. «Disenso y discrepancias constitucionales sobre la idoneidad del estado de alarma. Algunos apuntes», *Iurisprudencia WP-2-2020* [Consulta 15 octubre 2020]. Disponible en: <https://iurisprudencia.net/2020/04/12/disenso-y-discrepancias-constitucionales-sobre-la-idoneidad-del-estado-de-alarma-algunos-apuntes/>, donde se realiza una exposición de las principales posiciones del debate académico.

dentro de los estados excepcionales constitucionales, así como de las declaraciones que se adoptaron al respecto, y la afectación que ha supuesto para los derechos, incluyendo derechos de carácter de fundamental, que si bien en gran intensidad, no ha supuesto una suspensión al mantenerse vigentes sus garantías.

REFERENCIAS

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87 Especial Coronavirus, Marzo-Abril 2020, p.6-21.

ARROYO GIL, Antonio. «Alarma en Madrid», *Agencia Pública El País*, 27 de septiembre de 2020 [Consulta 15 de octubre 2020]. Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/alarma-en-madrid/>.

BOIX PALOP, Andrés. «Las competencias autonómicas durante el estado de alarma y la desescalada». *La página definitiva*, 4 de julio de 2020 [Consulta 13 julio 2020]. Disponible en: <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1708>.

BOMBILLAR SÁENZ, Francisco. «Salus publica suprema lex esto: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19» [Consulta 13 julio 2020]. Disponible en: <https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/>.

CIERCO SIEIRA, César. «Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población». *Derecho y Salud*, Vol. 13, Núm. 2, Julio-Diciembre 2005.

CIERCO SIEIRA, César. *Administración Pública y Salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada: Comares, 2006.

CIERCO SIEIRA, César. «Derecho de la salud pública y COVID-19» en d. BLANQUER, (coord.). *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia: Tirant lo blanch, 2020.

COTINO HUESO, Lorenzo. «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87, Especial Coronavirus Marzo-Abril 2020, p.88-101.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1., Núm. 2, Mayo-Agosto 1981.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Competencia autonómica para adoptar medidas de contención, *Derecho público del coronavirus (i)*», *Almacén del Derecho*, 14 de marzo de 2020 [Consulta: 7 julio 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion/>.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87 Especial Coronavirus Marzo-Abril 2020, p.102-109.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981.

GAMERO CASADO, Eduardo. «Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19», *Almacén de derecho*, 27 de agosto de 2020 [Consulta 15 de octubre 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/legalidad-y-control-de-las-nuevas-limitaciones-de-derechos-ante-rebrotes-del-covid-19>.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, 5ª edición, Madrid, 2020.

LAFUENTE BALLE, José María. «Los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, núm. 30, 1989.

NOGUEIRA, Alba. «El confinamiento no necesita el estado de alarma», *El País*, 13 de julio de 2020 [Consulta 15 octubre 2020]. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-07-13/el-confinamiento-no-necesita-el-estado-de-alarma.html>.

RAWSON, Hugh. *Unwritten Laws: the unofficial rules of life as handed down by Murphy and other sages*. Nueva York: Castle Books, 2002.

SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, vol. 30 (S1), 2016.

SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, núm. 9638, 2020.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel. «El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*», *Cuadernos de filología clásica: Estudios latinos*, núm. 12, 1997, p.39-78.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. «Sobre el constitucionalismo del bien común en los tiempos del COVID: ¿es posible un constitucionalismo iliberal?», Blog del CEPC, 11 de mayo de 2020 [Consulta 10 julio 2020]. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog_cepc/2020/05/11/sobre-el-constitucionalismo-del-bien-com%C3%BAn-en-los-tiempos-del-covid-es-posible-un-constitucionalismo-iliberal, 2020.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. «Las competencias de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.07.009>.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en ATIENZA MACÍAS, E.; RODRIGUEZ AYUSO, J. F. (coord.), *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública*, Valencia: Dykinson, 2020, p.29-45.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. «Disenso y discrepancias constitucionales sobre la idoneidad del estado de alarma. Algunos apuntes», *iurisprudencia WP-2-2020* [Consulta 15 octubre 2020]. Disponible en: <https://iurisprudencia.net/2020/04/12/disenso-y-discrepancias-constitucionales-sobre-la-idoneidad-del-estado-de-alarma-algunos-apuntes/>.

SOLÉ ALTIMIRA, Oriol. «Los juristas discrepan sobre si las autonomías pueden ordenar confinamientos domiciliarios», *ElDiario.es*. 13 de julio de 2020 [Consultado 14 julio 2020]. Disponible en: https://www.eldiario.es/catalunya/juristas-discrepan-si-autonomias-ordenar-confinamientos-domiciliarios_1_6100483.html.

TERUEL LOZANO, Germán. «Actuaciones coordinadas en salud pública y restricción de derechos fundamentales», *Hay Derecho Expansión*, 5 de octubre de 2020 [Consulta 15 octubre 2020]. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/10/05/actuaciones-coordinadas-en-salud-publica-y-restriccion-de-derechos-fundamentales/>.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid: Editorial Universitat, 5ª edición, 2015.

VIDAL PRADO, Carlos; DELGADO RAMOS, David. «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 92, Mayo-Agosto 2011, p.253-255.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

Rosa Maria Guerra

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Angola. Assessora do Tribunal Constitucional da República de Angola.

Sumário: 1 Notas introdutórias; 2 Sobre o acatamento das medidas excepcionais de restrições; 3 Os aspectos constitucionais dignos de serem observados; 4 Considerações finais; Referências.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Não é demais referir que em Angola sempre existiram doenças endémicas, como é o caso da malária¹. Considera-se doença endémica, aquela que é frequente, que é vista como algo normal ou comum numa determinada parcela geográfica do mundo, como o caso de Angola. Nesse país, ela surge com maior incidência em tempos de chuva e caso seja diagnosticada e tratada tardiamente, pode causar a morte.

Uma endemia é diferente de uma pandemia. De acordo com a definição apresentada pela OMS, uma pandemia é a disseminação mundial de nova doença. O termo é usado quando ocorre um grande surto que afecta mais de uma região ou país e que se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa. Em face disso, a OMS declarou a COVID19 como pandemia global, uma vez que os números decorrentes da disseminação dessa doença, à data da sua declaração tinha atingido já um número considerável de países do mundo.

Assim, considerando que foi declarada pandemia pela OMS a infecção causada pelo vírus SARS-COV2, por se assistir a uma alta taxa de mortalidade e pelo seu impacto social e económico negativo em todo o mundo; por se achar necessário tomar medidas em defesa do interesse público, com o objectivo de reforçar as providências já tomadas no sentido de se evitar a importação de casos e salvaguardar a vida e a saúde da população em geral, o Presidente da República de Angola, com base no n.º 1 do artigo 125.º e o artigo 126.º da CRA, assinou e fez publicar o Decreto Legislativo Presidencial Provisório² n.º1/20, de 18 de Março, mediante o qual começou por tomar a medida de suspender os voos comerciais e privados de passageiros de Angola para o exterior e vice-versa; interditou a circulação de pessoas nas fronteiras terrestres, a atracagem e o desembarque de navios de passageiros e respectivas tripulações, provenientes do exterior do país, em todos os portos nacionais, por 15 dias, medidas essas que viria a vigorar a meia noite do dia 20 de Março do ano de 2020.

Por via do decreto Presidencial³ n.º 81/20, de 25 de Março, também se determinou a suspensão temporária de vários serviços e instituições e a suspensão do exercício de alguns direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos. Para além de que, as visitas de Advogados aos estabelecimentos prisionais foram ajustadas; sendo certo que, aquelas instituições que mantiveram o exercício das suas atividades em funcionamento na vigência do estado de emergência, forma orientadas a observarem as regras de segurança, nomeadamente acatem o distanciamento de pelo menos um metro e meio (1,5 m), o uso de máscaras e outras capazes evitar o contágio e prevenir a doença entre os funcionários e outros utentes dessas instituições. Por via do Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de Março, foram adoptadas outras medidas excepcionais ou extraordinárias, como forma de reforço e/ou concretização das medidas adoptadas através do Decreto Presidencial n.º 81/20. Com ele procedeu-se do seguinte modo:

Fixou-se uma cerca sanitária nacional, por via da qual determinou-se a interdição de entradas e saídas de pessoas do território nacional por qualquer meio⁴, ressaltando-se os

1 A malária constitui um grave problema de saúde pública (cfr. o Plano Nacional de Desenvolvimento Sanitário 2012-2025, p. 23).

2 Nos termos do n.º 1 do artigo 125.º da CRA, no exercício das suas competências o Presidente da República emite, de entre outros, decretos legislativos presidenciais- provisórios. Esses decretos são emanados sempre que, por razões de urgência e relevância, tal medida se mostrar necessária à defesa do interesse público, devendo de imediato submetê-lo à Assembleia Nacional, para convertê-lo em lei, com ou sem alterações ou rejeitá-los (cfr. o n.º 1 do artigo 126.º da CRA).

3 O decreto presidencial em causa foi emanado nos termos do n.º 3 do artigo 125.º e do artigo 120.º, ambos da Constituição da República de Angola.

4 Cfr. o n.º 1 do artigo 5.º

casos considerados de extrema necessidade e urgência, como se lê na previsão normativa do n.º 2 do artigo 5.º do Decreto Presidencial n.º 82/20.

Fixou-se também uma cerca sanitária provincial em todas as províncias de Angola, por meio da qual se determinou a interdição da circulação interprovincial em todo o território nacional, como se depreende da leitura do disposto no n.º 1 do artigo 6.º do Decreto Presidencial n.º 82/20, ressalvando-se dessa restrição, a circulação interprovincial e pessoas e bens, nas situações consideradas urgentes e necessárias, (cfr. o n.º 2 do artigo 6.º do diploma *retromencionado*).

Instituiu-se o regime da quarentena obrigatória, institucional ou domiciliar, variando conforme o caso e a situação concreta da pessoa e *determinou-se em paralelo, a necessidade do alargamento da escala de realização de testes obrigatórios, nos termos do vem disposto* no n.º 1 do artigo 8.º do Decreto Presidencial n.º 82/20). Em relação aos órgãos de soberania, o legislador do diploma em referência adoptou o princípio da *livre organização do funcionamento da sua estrutura*, orientando apenas, em qualquer caso, o dever de manter em funcionamento todos os *serviços mínimos considerados essenciais*⁵.

Quanto aos órgãos auxiliares do Presidente da República⁶, o legislado do referido diploma estabeleceu o dever de *exercício pleno das suas funções*⁷. Ou seja, os Departamentos ministeriais, os Governos provinciais, as Administrações municipais e comunais e Distritos Urbanos, durante a vigência do estado de emergência e agora na vigência da *situação de calamidade pública* mantêm o exercício pleno das suas funções, estando apenas autorizados a limitar ou suspender a prestação de certos serviços públicos considerados não essenciais (cfr. o n.º 2 do Decreto Presidencial n.º 82/20).

Por outro lado, o efectivo laboral no regime presencial na função pública, ficou reduzido a 1/3 do total dos trabalhadores, excluindo-se dessa percentagem, as mulheres grávidas ou gestantes e as que têm ao seu cuidado crianças menores de 12 anos de idade (cfr. o n.º 3 do Decreto Presidencial n.º 82/20). Dessa excepção ficaram excluídos todos os funcionários públicos que ocupem cargos de direcção e chefia, (cfr. o estabelecido no n.º 4 do Decreto Presidencial n.º 82/20).

Determinou-se o encerramento dos *serviços públicos da Administração central e local do Estado e da administração directa e indirecta*, excluindo-se desse leque de instituições, as unidades hospitalares; o Banco Nacional; os Serviços de seguros; as Farmácias, os Fornecedores de medicamentos e prestadores bens e serviços de uso hospitalar; os serviços de prestação civil e bombeiros e serviços de emergência; os serviços de energia e águas; serviços de apoio ao tráfego e mobilidade; serviços de recolha e tratamento de resíduos; Cemitérios, Morgues e respectivos serviços de registos de óbito.⁸

Deu-se uma *protecção especial* a um grupo de funcionários com idade igual ou superior a 60 anos, por serem considerados vulneráveis à infecção da COVID-19); às mulheres grávidas; aos encarregados de educação que têm ao seu cuidado crianças menores de 12 anos; às pessoas com doenças crónicas, etc. (cfr. o artigo 12.º do Decreto Presidencial n.º 82/20), todos eles foram dispensados do trabalho presencial, sem prejuízo da manutenção da sua relação jurídico-laboral. Isto quer dizer que nenhuma entidade empregadora poderia

5 Cfr. o artigo 9.º do Decreto Presidencial n.º 82/20.

6 O Vice-Presidente da República é um órgão auxiliar do Presidente da República no exercício da função executiva (cfr. o n.º 1 do artigo 131.º da CRA).

7 Cfr. o n.º 1 do artigo 10.º do Decreto Presidencial n.º 82/20.

8 Cfr. o artigo 11.º do Decreto Presidencial n.º 82/20.

cessar o vínculo laboral dessas com fundamento na ausência do local de trabalho (cfr. o artigo 13.º do Decreto Presidencial n.º 82/20). Não obstante, os trabalhadores dispensados do trabalho presencial, podem estar sujeitos a regime de trabalho no domicílio (cfr. o artigo 14.º do Decreto Presidencial n.º 82/20).

Determinou-se o encerramento dos estabelecimentos públicos e privados de ensino, em todos os níveis de sistema nacional de educação (cfr. o artigo 15.º do Decreto Presidencial n.º 82/20). De igual modo, foram encerradas todas as competições desportivas, estabelecimentos de competição e os treinos desportivos (cfr. o artigo 16.º do Decreto Presidencial n.º 82/20).

Em relação à actividade comercial: foram encerrados todos os estabelecimentos comerciais privados (cfr. o artigo 17.º do DP n.º 82/20), salvo os de venda de bens alimentares a grosso e a retalho; os bancos de serviços e pagamentos; telecomunicações e serviços de imprensa, rádio e televisão; hotelaria; restauração para serviço externos, designadamente, *take-away* e entrega ao domicílio; postos e serviços de abastecimento de combustível; agências funerárias e serviços conexos; manutenção e reparação de veículos automóveis e manutenções urgentes (cfr. o n.º 2 do artigo e diploma acima referidos).

Em relação aos mercados e à venda ambulante: os mercados públicos, formais ou informais, mantiveram-se abertos, porém, determinou-se um horário próprio e específico de venda, isto é, das 6 horas da manhã, até às 13 horas da tarde, exclusivamente para venda de bens considerados essenciais, nos termos das alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto Presidencial n.º 82/20.

Foram encerradas as unidades industriais; salvo as de produção de bens alimentares e bebidas; produtos essenciais aos serviços de saúde; indústrias petrolíferas e respectivos serviços de apoio; indústria mineira; unidades de produção de cartão, vidros e plásticos, etc. conforme o disposto no artigo 19.º do Decreto Presidencial n.º 82/20.

No que às actividades políticas e liberdades de reunião e de manifestação⁹ dizem respeito, foram interditos todos os eventos e actividades políticas que impliquem a concentração de mais de 50 pessoas. Foram igualmente interditas as actividades recreativas e de lazer realizadas na via pública ou em espaço público (cfr.; *interditos também forma* os espaços públicos destinados a práticas de desporto e ao lazer e zonas balneares. Foram suspensas as actividades culturais e artísticas; assim como ficaram encerrados os locais de realização de actividades culturais; os museus; as bibliotecas, os teatros, os monumentos e espaços similares; da mesma forma que o diploma em causa determinou a suspensão da realização de feiras e exposições, como se pode confirmar pela leitura e interpretação do artigo 21.º do Decreto Presidencial n.º 82/20.

Foram suspensos os cultos e celebrações religiosas, em todos os locais, na sua dimensão colectiva (cfr. o artigo 22.º do Decreto Presidencial n.º 82/20), o que causou estranheza quando esta normal legal é confrontada com o disposto no artigo 10.º (sobre o Estado laico) e a alínea g) do artigo 236.º da CRA (sobre a laicidade do Estado e o princípio da separação entre o Estado e as igrejas). Foram interditas as visitas aos doentes internados em unidades hospitalares e aos presos ou detidos (cfr. o artigo 28.º do Decreto Presidencial n.º 82/20). Em relação aos transportes colectivos, determinou a manutenção do seu funcionamento pleno. No entanto, para se garantir a prevenção e evitar a propagação do vírus, a lotação ficou reduzida a um limite máximo de 1/3 de passageiros em simultâneo em transportes colectivos, públicos ou privados, em relação à sua capacidade máxima (cfr. o n.º 5 do artigo 29.º do DP n.º 82/20). Pelo contrário,

⁹ A liberdade de reunião e de manifestação vêm previstos no artigo 47.º da CRA. Nos termos do que dispõe o n.º 1 desse mesmo artigo, quando são pacíficas e sem armas, elas podem ser exercidas sem necessidade de autorização.

ficou proibida a prestação de serviços de moto-táxis, nos termos do que vem previsto no n.º 3 do artigo e diplomas acima referidos. Como consequência, a violação do disposto neste artigo, dá lugar a apreensão do veículo, (cfr. o n.º 7 do artigo e diploma em referência).

No que às garantias fundamentais dos cidadãos diz respeito, determinou-se a suspensão da contagem dos prazos legais para a prescrição e caducidade de acções e direitos, durante o período de vigência do estado de emergência (cfr. o artigo 34.º do Decreto Presidencial n.º 82/20). Em paralelo, decidiu-se pela validade de determinados documentos oficiais, ainda que eles estejam num estado de caducidade, como é o caso por exemplo, dos bilhetes de identidade, as cartas de condução, livretes, etc. (cfr. o artigo 35.º do Decreto Presidencial n.º 82/20). De igual modo, as licenças e as autorizações ou outros actos administrativos, (cfr. o artigo 36.º do referido diploma); tal como ficou sem efeito, as interpelações, constituições em mora e execuções decorrentes do atraso no cumprimento de obrigações que não possam ser realizadas em consequência da aplicação das medidas impostas por este Decreto Presidencial (cfr. o artigo 37.º do referido diploma).

Esse estado de emergência, foi prorrogado pela primeira vez, por via do Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de Abril e vigorou por 15 dias, entre a meia do dia 11 de Abril e as 23 horas e cinquenta e nove minutos do dia 25 de Abril do corrente ano. A segunda prorrogação foi aprovada e decretada através do Decreto Presidencial n.º 120/20, de 24 de Abril; para vigorar também por 15 dias, que foi da meia noite do dia 26 de Abril até as 23 horas e cinquenta e nove minutos do dia 10 de Maio do corrente ano. Seguiram-se outras prorrogações, de igual período e com medidas da mesma natureza.

2 SOBRE O ACATAMENTO DAS MEDIDAS EXCEPCIONAIS DE RESTRIÇÕES

Como se pode confirmar pela leitura do acima exposto, Angola, optou desde o início por decretar o estado de emergência para todo o território nacional. E com ele aprovou-se um conjunto de medidas excepcionais ou extraordinárias limitativas do exercício de muitos dos direitos liberdades e garantias fundamentais. Infelizmente as medidas não alcançaram o objectivo pretendido, porquanto nem todas as pessoas as respeitaram. Creio que isto ocorreu, porque se tornou difícil e talvez até impraticável, uma vez que se instalou um conflito entre os vários interesses. Refiro-me ao interesse do Estado em proteger a vida por um lado e, por outro, a necessidade de as pessoas saírem à rua a procura de alimentos para o sustento pessoal ou de emprego que lhes garantisse alguma fonte de rendimento. Apesar de compreensível, ainda assim, não se pode deixar de assinalar que esse comportamento ou desobediência justificável, acarretou consequências negativas quanto à circulação do vírus no país. Quero com isso dizer que se passou rapidamente para a fase da contaminação comunitária do vírus, pelo menos para a cidade de Luanda, a capital do país. Não obstante essa nova realidade, talvez para flexibilizar esse conflito de interesses, o Executivo teve de abrir mão do estado de emergência (instituto constitucionalmente previsto) e decidiu então passar para uma nova fase de combate ao novo coronavírus, mediante a figura da *situação de calamidade pública*¹⁰.

A situação de calamidade pública foi declarada por via do Decreto Presidencial n.º 142/20, de 25 de Maio¹¹ e passou a vigorar desde o dia 26 de Maio até ao presente momento

¹⁰ Assim, fazendo uso das competências previstas na alínea l) do artigo 120.º e o n.º 3 do artigo 125.º, ambos da CRA, conjugados com os artigos 5.º e o 19.º da Lei n.º 5 (87, de 23 de Fevereiro; a alínea c) do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 28/03, de 7 de Novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 14/20, de 22 de Maio, o Chefe de Estado angolano decretou a declaração de situação de calamidade, que se vai prolongar no tempo enquanto se mantiver o risco de propagação massiva do vírus SARS-COV-2 e da pandemia COVID-19, conforme no artigo 1.º do Decreto Presidencial n.º 142/20.

¹¹ Este referido Decreto Presidencial n.º 142/20, teve como base para a sua elaboração, a Lei n.º 14/20, de 22 de maio e a Lei de Bases n.º 28/03, de 7 de Novembro.

em que escrevo esse texto. Por definição, “*calamidade pública é uma situação de facto, um acontecimento ou uma série de acontecimentos graves, de origem natural, tecnológica ou sanitária, com efeitos prolongados no tempo e no espaço, susceptíveis de provocar elevados prejuízos materiais e vítimas humanos, afectando intensamente a saúde pública, as condições de vida dos cidadãos, os seus bens, o tecido sócio-económico e a biodiversidade*” (cfr. o n.º 1 do artigo 2.º do supracitada mencionado diploma).

Isto significa que, de acordo com o n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 14/20, só pode dizer que se perante uma situação de calamidade pública, quando face à ocorrência ou ao perigo de ocorrência de algum dos referidos acontecimentos naturais, se reconhece e se declara a necessidade de se adoptarem medidas de combate ao referido acontecimento catastrófico. Assim, do conceito extraído da Lei n.º 14/20, entram a preencher o conceito de calamidade pública os seguintes elementos: a) *Acontecimento grave*. Para ser classificado e declarado calamidade pública, o acontecimento deve considerado grave; b) *de origem natural*, tecnológica, sanitária. Para ser classificado e declarado calamidade pública, o acontecimento deve ser de origem natural, tecnológica ou sanitária; c) *deve produzir efeitos que se prolonguem no tempo e no espaço*. Quer dizer que, para ser classificado e declarado calamidade pública, os seus efeitos devem se prolongar no tempo (o legislador não disse por quanto tempo) e no espaço (não se diz se é em todo o território ou se bastando apenas numa parcela do território nacional); d) *esses efeitos devem ser susceptíveis de provocar elevados prejuízos materiais e vítimas humanos*. Isto significa que só será declarada situação de *calamidade pública*, caso os efeitos sejam aptos a provocar *elevados* prejuízos de natureza material, causando vítimas humanas; e) *e que afectem intensamente a saúde pública, as condições de vida dos cidadãos, os seus bens, o tecido sócio-económico e a biodiversidade*. Daqui decorre que apenas será declarada situação de calamidade pública, se os efeitos afectarem a saúde pública e as condições de vida dos cidadãos. Mas não basta a ocorrência de acontecimentos, para que se afirme pela existência de uma situação de calamidade. Perante uma referida ocorrência ou perigo de ocorrência de algum dos acontecimentos naturais enumerados no citado n.º 2 do referido artigo 2.º do Decreto Presidencial n.º 2 é necessário que o Titular do Poder Executivo a reconheça como tal e declare a necessidade de se adoptar medidas compatíveis com a situação vigente.

Este é sem dúvidas um conceito melhor elaborado, com elementos melhor concretizados, quando comparado com o conceito apresentado pelo legislador da Lei n.º 17/91, (cfr. a última parte do artigo 4.º da referida lei). Também se pode verificar que, com a passagem do estado de emergência para a situação de calamidade pública, tudo indica que o Poder Executivo pretendeu criar as condições para o relançamento (ainda que paulatino ou gradual) da actividade económica (formal e informal) e o regresso à normalidade da vida social conforme se lê na quarta linha do terceiro parágrafo do preâmbulo do Decreto Presidencial acima referido.

Acontece que esta bondade do Poder Executivo não corresponde com os comandos constitucionais sobre a limitação ou suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Explicando-me melhor. Já o referimos algures que a expressão calamidade pública surge na CRA como pressuposto para a declaração do estado de emergência. Pelo contrário, na Lei n.º 28/03, de 7 de Novembro, Lei de Bases da Protecção Civil, o termo calamidade pública surgiu como elemento constitutivo e fundamental capaz de fazer desencadear a *protecção civil* oferecida pelo Estado e pelos cidadãos com finalidade de a prevenir. Esta lei foi parcialmente alterada pela Lei n.º 14/20, de 22 de Maio, Lei de Alteração à Lei de Bases de Protecção Civil. Esta lei apresenta o conceito de forma ampla e

exaustiva, com um regime que inclui um conjunto de regras possíveis a vigorar em situações de catástrofe ou acontecimentos naturais, como em casos do novo coronavírus.

Ora, perante situações como estas (de passagem de estado de emergência a situação de calamidade pública), o Regulamento Sanitário Nacional (aprovado pela Lei n.º 5/87, de 23 de Fevereiro, complementado pelo Regulamento Sanitário Internacional-2005, recebido na ordem jurídica angolana por via da Resolução da Assembleia Nacional n.º 32/08, de 1 de Setembro) obriga a que o Executivo adopte medidas adicionais que se mostrem indispensáveis à salvaguarda da saúde e segurança da população; de modos a mitigar o contágio e a propagação da COVID-19. Por esta razão, ao se ter sido feito a passagem do estado de emergência para a situação de calamidade, entendeu-se ser imperioso continuar a garantir a prevenção e a salvaguarda do bem vida. De todo o modo e, salvo melhor opinião, creio tal só seria possível com a manutenção das medidas excepcionais, onde se incluem as limitações ou suspensão do exercício dos direitos fundamentais; o que, em boa verdade parece incompatível com conceito de estado de necessidade constitucional previsto na Constituição angolana, no já referido artigo 204.º da CRA. É precisamente aqui onde se encontram os aspectos constitucionais dignos de observação. Vejamos:

3 OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DIGNOS DE SEREM OBSERVADOS

A CRA, no n.º 2 do artigo 404.º estabelece o seguinte: “*são estados de necessidade constitucional o estado de guerra, o estado de sítio e o estado de emergência*”. Por seu turno, no n.º 1 do artigo 57.º, determina: “*o exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos apenas pode ser limitados ou suspenso em caso de estado de guerra, de estado de sítio ou estado de emergência, nos termos da Constituição e da lei*”. E nos termos do n.º 2 deste mesmo artigo 57.º lê-se:

[..] o estado de guerra, o estado de sítio e o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaças ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública.

Daqui se extraem as seguintes observações: primeira observação, por interpretação literal da norma constitucional prevista no n.º 1 do artigo 58.º, pode concluir-se que calamidade pública é, para a lei fundamental angolana, um pressuposto para a declaração do estado de emergência;

Segunda observação, calamidade pública não faz parte do conceito dos três tipos de estado necessidade constitucional previstos no n.º 2 do artigo 204.º da *lex mater*;

Terceira observação, à luz do que determina o n.º 1 do artigo 58.º da CRA, na vigência do estado de emergência, o legislador ordinário tem autorização para determinar a limitação ou suspensão do exercício de determinados direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Por isso, ao ter imposto aos cidadãos a obrigatoriedade do confinamento, a restrição na circulação de pessoas e (determinados) bens fê-lo na exacta medida e com os limites impostos pela *lei fundamental*, como se pode depreender da leitura e interpretação do n.º 1 do artigo 57.º e dos n.ºs 3 e 4 do artigo 58.º do diploma *retromencionado*;

Quarta observação, em face das considerações já feitas e, salvo melhor opinião, a situação de calamidade pública declarada em Angola, no pós- estado de emergência, a pretexto da qual se adoptaram as medidas excepcionais de suspensão do exercício de liberdades individuais não é um meio constitucionalmente idónea capaz de impor limitações

no exercício de direitos ou garantias fundamentais dos cidadãos. Assim sendo, medidas como cercas sanitárias, as que incidem o funcionamento dos mercados, das instituições e serviços privados, as que impõem a realização de testes médicos a todos independentemente de estar infectado, as relativas a vedação de actos de participação massiva; normas que restringem a livre circulação de pessoas, que limitam a livre iniciativa económica de mercado, que limitam a liberdade religiosa e de culto na sua dimensão colectiva, etc. todas essas medidas juntas, constituem afectação ilegítima, susceptível de causar dúvidas de constitucionalidade à luz das normas previstas nos artigos artigo 58.º, n.º 1 e 204.º da Constituição da República de Angola.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, permito-me extrair as seguintes considerações finais:

Angola começou o combate contra o novo coronavírus declarando o estado de emergência. Este foi prorrogado por três vezes consecutivas; findo qual entrou para uma nova fase de combate contra o novo coronavírus, que é actualmente conhecida como situação de calamidade pública; com a adopção de novas regras de funcionamento quer para os serviços públicos assim como para os serviços privados.

A declaração da situação de calamidade pública entrou em vigor depois o a vigência da terceira prorrogação do estado de emergência, situação esta que, do meu ponto de vista, deu lugar à preparação do processo gradual de regresso à normalidade da vida sócio-económica.

A expectativa é que até ao final do mês de Outubro toda a situação volte ao seu normal, com reabertura das instituições de ensino, publicas e privadas; que as reabram e possam realizar as missas e os cultos na sua dimensão colectiva; que se levantem as cercas sanitárias, nacional e provincial e que se devolva à todas as pessoas a liberdade de circulação no interior do país ou para o exterior de Angola sem constrangimentos; contanto que se garantam todas as condições de medidas de higiene e de biossegurança eficientes e suficientes a todos os níveis.

Por outro lado, a proposta de Lei de Bases da Protecção Civil que serviu de base para a aprovação da Lei n.º 14/20, que criou as condições para a declaração da situação de calamidade pública, parece apresentar medidas que afectam de forma ilegítima muitos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, pelo que, salvo melhor interpretação é de constitucionalidade duvidosa. E porquê? Porque a CRA, no seu artigo 58.º determina que o exercício dos direitos, liberdades e garantias apenas podem ser suspensos em circunstâncias concretas, específicas, como por exemplo na vigência do estado de sítio, estado de guerra e estado de emergência, desde que a declaração preceda de formalidades prescritas pela lei fundamental.

Compreendo e reconheço a importância de uma economia nacional saudável para a vida do país. Todavia, a intenção de aliviar as medidas de segurança sanitária, deve sempre estar em sintonia e acompanhada de estudos epidemiológico do vírus por um lado e, por outro, do respeito pela Constituição. Seja como for, não é a aprovação da Lei n.º 14/20 em si e nem sequer é a consagração do instituto da calamidade pública ou a nova forma de actuação da protecção civil que causa a dúvida de constitucionalidade. Porque a aprovação dessa lei é na uma consequência natural da CRA de 2010, que essa lei introduziu alterações significativas na nomenclatura orgânica do aparelho do Estado, diferente da que existia na vigência do texto constitucional de 1992. O problema de constitucionalidade pode colocar-se pelo facto de a pretexto dessa figura pode-se, por acto do Titular do Poder Executivo proceder-se a ingerência no exercício de certos bens *jus fundamentais* ou ainda proceder-se a suspensão de outras normas constitucionais a margem do formalismo constitucionalmente exigido.

A CRA, já o referi ao longo desse texto, não define calamidade pública como meio

idóneo para limitar ou suspender o exercício de direitos fundamentais. A Constituição prevê calamidade pública sim, mas como pressuposto ou fundamento para a declaração de estado de emergência (cfr. os artigos 58.º e 204.º da CRA). Nos termos da Lei n.º 14/20 o poder para declarar a situação de calamidade pertence ao Presidente da República, na sua qualidade de Titular do Poder Executivo. Nesse processo, o Parlamento é chamado a intervir mediante um parecer não vinculativo e sem natureza autorizativa, como se pode confirmar pela leitura e interpretação da alínea o) do artigo 119.º e das alíneas h) e i) do artigo 161.º da CRA. Isto implica uma ausência pontual do órgão legislativo por excelência em matérias de efectivação dos direitos fundamentais; o que não causa estranheza na medida em que o próprio legislador constituinte de 2010 coloca esse órgão nessa posição de quase “passividade”; abrindo margem para o afastamento de um órgão se soberania que tem intervenção procedimental relativamente a matérias de direitos fundamentais.

Graças a situação de emergência sanitária que Angola e o mundo enfrenta, foi possível perceber a força dos factos perante uma Constituição escrita, como a angolana. Quer dizer, se o Estado teve a coragem de afectar direitos fundamentais mesmo contra procedimentos impostos pela Constituição, então só se pode concluir que essa mesma Constituição carece de ser ajustada, de modos a prever outras formas de limitar ou suspender o exercício de direitos fundamentais e de outras normas constitucionais que permitam acolher mecanismos mais abrangentes de combate às ameaças ou catástrofe naturais e/ou provocadas pela acção ou omissão dos homens. Quero com isto dizer que, para além do estado de sítio, estado de guerra e estado de emergência, o legislador constituinte angolano pode, querendo, numa eventual revisão constitucional, prever igualmente as situações de catástrofe natural, como sejam, calamidade pública e o estado de necessidade administrativa, onde a menor gravidade das ocorrências dispense a audição e o controlo do parlamento.

REFERÊNCIAS

Constituição da República de Angola de 2010.

Lei n.º 14/20, de 22 de Maio, Lei de Alteração à Lei de Bases de Protecção Civil.

Lei de Bases de Protecção Civil, n.º 28/03, de 7 de Novembro.

Lei n.º 5/87, de 23 de Fevereiro, aprova o Regulamento Sanitário Nacional.

Regulamento Sanitário Internacional-2005.

Decreto Presidencial Legislativo Provisório n.º 1/20, de 18 de Março.

Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de Abril.

Decreto Presidencial n.º 81/20, de 25 de Março.

Decreto Presidencial de n.º 82/20, de 26 de Março.

Decreto Presidencial n.º 120/20, de 24 de Abril.

Decreto presidencial n.º 142/20, de 25 de Maio.

Plano Nacional de Desenvolvimento Sanitário, 2012-2025.

Resolução da Assembleia Nacional n.º 32/08, de 1 de Setembro.

REPERCUSIONES DEL COVID EN EL ESTADO DE DERECHO Y EL SISTEMA JURÍDICO. CASO EL SALVADOR

Ruth María Argueta Hernández

Maestra en Derecho Público por la Universidad Federal de Uberlândia, Brasil. Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Jefa de la Unidad de Cobros de la Alcaldía Municipal de Mejicanos. Notaria de la República de El Salvador. Abogada.

José Ricardo Hernández Pereira

Maestro en Políticas Educativas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, El Salvador. Licenciado en Ciencias de la Educación por la Universidad Pedagógica de El Salvador. Docente e investigador educativo. Docente Universitario.

Sumário: 1 Introducción; 2 Diagnóstico político-social de el Salvador antes del Covid; 3 El régimen jurídico especial y su interrelación con la restricción de derechos fundamentales; 4 La amenaza al estado de derecho en el Salvador y sus consecuencias jurídicas; 5 Consideraciones finales; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo mostrar el impacto que ha tenido el sistema jurídico salvadoreño y el Estado de Derecho a raíz de la pandemia Covid.

A finales del año pasado, el Covid hizo su aparición a nivel mundial, en esos momentos, para los países latinoamericanos, era un suceso lejano que se concentraba en algunos países asiáticos.

Esto cambió en el primer trimestre de 2020, ya que el virus se expandió a los países europeos y para el segundo trimestre del presente año a Latinoamérica, adquiriendo según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el status de pandemia.

Consecuente con la situación, los países de América Latina tomaron una serie de medidas que tuvieron en común: el cierre de fronteras y aeropuertos, la restricción en la recepción de mercaderías procedentes de países con altas estadísticas de contagio, la implementación de cuarentenas domiciliarias, el cierre de centros educativos, la suspensión de consultas externas en centros de salud, el cierre de espacios públicos y la suspensión de eventos que conlleva a una alta concentración de personas, etc.

Con este panorama, los aspectos de la vida cotidiana han sido trastocados para adaptarse a la nueva normalidad. Los sistemas jurídicos no han sido la excepción ya que son los que le proporcionan las herramientas legales a los Estados para tomar las decisiones que se espera sean las más adecuadas para combatir la pandemia y salvaguardar la vida de sus ciudadanos, esto trae consigo afectaciones a algunos derechos fundamentales con el fin de proteger otros que en esencia son trascendentales para que el individuo mantenga su status como persona.

Asimismo, representa un reto para los países que se rigen en un marco democrático, el seguir manteniendo el sistema de pesos y contrapesos propios de un Estado de Derecho que es un Estado normativizado, sobre todo en algunos países de la región donde la coyuntura política es inestable y en cualquier momento se pueden presentar amenazas a la labor legislativa y jurisdiccional, por medio de los abusos de poder, la desinformación y las campañas digitales.

2 DIAGNÓSTICO POLÍTICO-SOCIAL DE EL SALVADOR ANTES DEL COVID

El Salvador está ubicado en el Triángulo Norte de Centroamérica. Posee una extensión territorial de 21,040 km², y limita al norte y al este con Honduras, al oeste con Guatemala, al sur con el Océano Pacífico, y al este, frontera marítima, con Nicaragua. Según datos del Banco Mundial (2014), tiene una población aproximada de 6,4 millones de habitantes dentro del territorio nacional y 1,5 o más millones de salvadoreños en el exterior. Su idioma oficial es el español y su moneda es el dólar estadounidense. Su Constitución establece que su forma de gobierno es republicana, democrática y representativa, con un sistema político pluralista. Como Estado, posee tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Durante el siglo XX las primeras elecciones democráticas fueron celebradas en 1931 resultando electo el ingeniero Arturo Araujo, cuyo periodo duró solamente nueve meses, siendo depuesto por un golpe de Estado por el vicepresidente y ministro de guerra, general Maximiliano Hernández Martínez, quien gobernó ininterrumpidamente de 1931 a 1944. Durante esta etapa, que dio inicio a un largo periodo de gobiernos militares, se produjo el mayor etnocidio registrado en el país, luego de aplacar el levantamiento de indígenas y campesinos inconformes por las políticas liberales del último cuarto del siglo XIX y el impacto de la crisis económica del 29.¹

1 LINDO FUENTES, Hector. Recordando 1932.: *La matanza Roque Dalton y la política de la memoria histórica*. Flacso Programa El Salvador. 2010. Disponible en: <https://revistadecentroamerica.org/PDF/2018/Recordando%201932.pdf>.

Las políticas en los gobiernos militares estuvieron encaminadas a fortalecer y modernizar el aparato estatal (se creó el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), el Instituto de Vivienda Urbana (IVU), el Instituto de Colonización de lo Rural (ICR), la Comisión Ejecutiva Portuaria (CEPA), entre otros.²

Pero sobre todo a centralizar las decisiones más importantes del país dentro de círculos de la fuerza armada, protegiendo, además, las condiciones económicas de las élites de la oligarquía salvadoreña. Tanto el orden político, económico y social fue marcadamente excluyente, reproduciendo una tradición autoritaria del ejercicio del poder político.

Durante la década del 60 y 70, El Salvador vivió una etapa de acumulación de tensiones que llevaron cada vez más a una mayor polarización político-ideológica y que precedió la radicalización de opciones y la guerra civil en la siguiente década. Un ejemplo de ello fue la elección presidencial de 1972, donde la derecha participó dividida mientras que la oposición se unificó bajo el movimiento Unión Nacional Opositora (UNO). Según la evidencia disponible, se sugiere que la oposición fue víctima de fraude.³ Esto provocó que las esperanzas de alcanzar el poder por vías democráticas se debilitaran. Durante este periodo surgieron diversos grupos insurgentes como el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), la Resistencia Nacional (RN), las Fuerzas Populares de Liberación “Farabundo Martí” (FPL), escindidas del Partido Comunista Salvadoreño (PCS), entre otros.

La represión del aparato estatal apenas contenía a las cada vez más radicales organizaciones campesinas, obreras, y estudiantiles que abogaban por un sistema democrático de libertades reales, como la libertad de expresión, prensa, y los ideales de igualdad y justicia social. Para finales de la década del 70, las denuncias contra el Estado salvadoreño por violaciones a los derechos humanos eran nota común en la prensa nacional e internacional.

El magnicidio de monseñor Óscar Arnulfo Romero el 24 de marzo de 1980, una de las voces más críticas contra el poder económico y principal defensor de los Derechos Humanos, acentuaría el paroxismo de este periodo, o como reseña Menjívar Ochoa (2006) atentar contra lo sagrado, contra el líder de la iglesia católica y personaje influyente en la sociedad salvadoreña.

El 10 de enero de 1981, el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), guerrilla compuesta de varios grupos insurgentes, lanzó una ofensiva general en las principales ciudades de El Salvador. A partir de esa fecha se prolongó una sangrienta guerra que cobraría la vida de más de 75,000 salvadoreños, la destrucción de la poca infraestructura nacional del país, el desplazamiento de miles de salvadoreños hacia el extranjero, y la desintegración y desaparición de miles de familias.

En 1984, la Democracia Cristiana ganó la presidencia del país de la mano de su emblemático líder, el ingeniero José Napoleón Duarte. Bajo su liderazgo, se inició un largo proceso de conversaciones con la guerrilla para culminar, en 1992, con la Firma de los Acuerdos de Paz en el Palacio de Chapultepec, de la mano del licenciado Alfredo Cristiani del partido de derecha Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) y bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas. El FMLN pasó a convertirse en un partido político y a desmovilizar a sus fuerzas militares, así como el gobierno desarticuló las antiguas estructuras del ejército y de orden público, dando como resultado la creación de instituciones como la Policía Nacional Civil, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, el Tribunal Supremo Electoral, entre otros.

2 EL SALVADOR. *Historia contemporánea, 1808-2010*, (Ed.) Carlos Gregorio López Bernal, p.27-52. San Salvador: Fundación Mapfre/Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador, 2015. Disponible en: https://www.academia.edu/37105739/Las_claves_de_la_historia_de_El_Salvador.

3 EL SALVADOR. *Historia contemporánea, 1808-2010*, (Ed.) Carlos Gregorio López Bernal, p.27-52. San Salvador: Fundación Mapfre/Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador, 2015. Disponible en: https://www.academia.edu/37105739/Las_claves_de_la_historia_de_El_Salvador.

Durante la última década del siglo XX El Salvador incursiona en una vida democrática, con el goce de libertades y derechos de la ciudadanía, así como la división e independencia de los diferentes órganos del Estado. El país experimenta grandes transformaciones económicas al implementarse una serie de políticas neoliberales en el país, como la privatización de la banca, las pensiones y las telecomunicaciones. También una migración marcada y nuevos mapas de asentamientos urbanos. Los partidos mayoritarios alentaron a una mayor polarización en la sociedad salvadoreña: ARENA y el FMLN. Los primeros de corte ultraconservador, quienes gobernaron desde 1989 hasta 2009, y el segundo de corte democrático revolucionario quien implementó una serie de medias 2014.

Este escenario de bipartidismo que duró 30 años fue interrumpido por el actual presidente Nayib Bukele, emergido de un círculo empresarial aliado del FMLN.

3 EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL Y SU INTERRELACIÓN CON LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En este apartado, es menester, recalcar que el régimen jurídico especial que regule los aspectos relacionados con el Covid, no tiene que ver únicamente con la implementación de estados excepcionales que si bien son instrumentos que los Estados pueden adoptar en un momento determinado para su propia conservación, sino que también tiene que ver con la adopción de legislación de emergencia, que precisamente debe ser la primera alternativa y no al contrario para no perder el carácter excepcional y evitar que se torne una situación indefinida que derive en un uso erróneo donde se presenten situaciones de abuso y autoritarismo.⁴

El estado de excepción, es una combinación de la legalidad extraordinaria con la legalidad normal⁵, en el cual se deben combinar factores como la necesidad, la libertad, la proporcionalidad y la racionalidad, ya que estos pueden ser vistos incluso como un sacrificio temporal de la democracia, hasta que se extinguen las causas que llevaron a su implementación.

Es importante, por la mención que se hace en este contexto, definir que son los derechos fundamentales, que Luigi Ferrajoli define como: "... todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a -todos- los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar"⁶.

En el caso que nos atañe, en El Salvador, el estado de excepción se encuentra regulado en el artículo 29 y 30 de la Constitución que data de 1983.⁷ Dentro de las causales para implementarlo

4 PEÑA DE MORAES, H. *Mecanismos de defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio*. EMERJ, Rio de Janeiro, v.6, p.198-216, 2003, p.199. ISSN 23. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_198.pdf.

5 OLIVEIRA, M. V. C. D. Calamidade, seu regime constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 20, n.80, p.109-118, out./dez. 1983, p.109. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181475>.

6 FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trota, 2001, p.19.

7 Artículo 29.- Constitución de la República de El Salvador: En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 incisos primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la República, y se hará por medio de decreto del Órgano Legislativo o del Órgano Ejecutivo, en su caso. También podrán suspenderse las garantías contenidas en los Arts. 12 inciso segundo y 13 inciso segundo de esta Constitución, cuando así lo acuerde el Órgano Legislativo, con el voto favorable de las tres cuartas partes de los Diputados electos; no excediendo la detención administrativa de quince días.

INCISO 3º SUPRIMIDO.

Artículo 30.- Constitución de la República de El Salvador: "EL PLAZO DE SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES NO EXCEDERÁ DE 30 DÍAS. TRANSCURRIDO ESTE PLAZO PODRÁ PROLONGARSE LA SUSPENSIÓN, POR IGUAL PERÍODO Y MEDIANTE NUEVO DECRETO, SI CONTINÚAN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE LA MOTIVARON. SI NO SE EMITE TAL DECRETO, QUEDARÁN ESTABLECIDAS DE PLENO DERECHO LAS GARANTÍAS SUSPENDIDAS."

se encuentra la epidemia, que donde la característica principal es una enfermedad con un alto grado de contagio y donde es urgente prevenir su propagación, los parámetros para catalogarla como tal y para determinar su tratamiento, vienen dados por la Organización Mundial de la Salud, que incluso ha catalogado al Covid como una pandemia, por el grado mundial de afectación y la saturación que puede traer a los sistemas sanitarios de salud.⁸

El procedimiento para la implementación del estado de excepción es el siguiente:

- a. El Órgano Ejecutivo decide implementar el Régimen de Excepción por cualquiera de las causas mencionadas.
- b. La Asamblea Legislativa decreta la implementación del Régimen de Excepción a propuesta del Consejo de Ministros del Órgano Ejecutivo.
- c. O en caso la Asamblea Legislativa no esté reunida puede decretar la implementación del Régimen de Excepción el Consejo de Ministros dando cuenta de los motivos y actos ejecutados posteriormente a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa.
- d. El Régimen de Excepción puede ser implementado a nivel nacional o parcial y el plazo de duración es de 30 días prorrogables una sola vez por otros 30 días.
- e. Cuando se cumple el plazo las garantías fundamentales se restablecen tácitamente.

Como se puede notar es a la Asamblea Legislativa a quien le corresponde decretar el régimen de excepción ya que es el único facultado constitucionalmente para suspender garantías y limitar derechos fundamentales.

En el marco de la pandemia Covid, el Poder Legislativo de El Salvador produjo un marco normativo abundante, donde se destacan 15 decretos entre lo más relevantes, que regulan diversos aspectos de la pandemia, unos para la prevención de la propagación de la enfermedad y otros para regular y restringir derechos fundamentales: como el de la libertad de tránsito, libertad de reunión, el no ser obligado a cambiar de domicilio; incluso se pueden incluir los decretos que se encaminaron a la autorización para el Ministerio de Hacienda para la búsqueda de fondos por medio de préstamos para financiar la respuesta del Estado a la emergencia presente.

En ese conteo, no se han considerado otros decretos que tienen que ver con regulaciones sobre la protección de la estabilidad laboral, reformas a la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, Ley de Protección al Consumidor, Ley de Presupuesto, leyes para que los ciudadanos pudiesen diferir el pago de energía eléctrica, agua y telecomunicaciones por tres meses; leyes para facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias y otras relacionadas con aranceles e incentivos fiscales; otros decretos conteniendo Disposiciones Transitorias para el uso especial de Fondos FODES por parte de las municipalidades para el combate y prevención de la pandemia Covid 19.

Por otra parte, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de emitir decretos por medio de sus ministros art. 163 CES⁹. Sin embargo, dentro de estos no puede contemplarse la suspensión de garantías ni la limitación de derechos fundamentales. Aun con esta regulación, el Ministerio de Salud emitió 33 decretos y desde la Presidencia de la República y el Consejo de Ministros otros 5, lo cual da un total de 37 decretos desde el mes de marzo a agosto del presente año de parte del Órgano Ejecutivo.

El presente texto se enfocará en los decretos legislativos y decretos ejecutivos que han

8 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

9 Artículo 163 *Constitución de la República de El Salvador*: "Los decretos, acuerdos, órdenes y providencias del Presidente de la República deberán ser refrendados y comunicados por los Ministros en sus respectivos Ramos o por los Viceministros en su caso. Sin estos requisitos no tendrán autenticidad legal."

suscitado una serie de desacuerdos entre los órganos Legislativo y Ejecutivo, situación en la que ha tenido que intervenir la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional por medio de resoluciones de recursos de inconstitucionalidad, habeas corpus y controversias.

Uno de los Decretos más importantes, fue el Decreto 594 “Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales concretos, en donde la Asamblea Legislativa de El Salvador”¹⁰, este especificó la limitación del derecho de tránsito (ingreso de extranjeros y circulación en zonas de riesgo), del derecho a reunirse pacíficamente salvo para fines religiosos, culturales y económicos y deportivos con autorización del Ministerio de Salud y el derecho a no ser obligado a cambiarse de domicilio; en el mismo de dejó en claro que este no restringe la libertad de expresión, la libre difusión del pensamiento, el derecho de asociación e inviolabilidad de correspondencia y telecomunicaciones.

Manifestaron que se: “...vuelve necesario activar herramientas extraordinarias y excepcionales para salvaguardar la integridad de la población, observando siempre el cumplimiento de sus derechos fundamentales...” y que: “es consciente de la mala utilización que se ha hecho de los regímenes de excepción en el pasado, por lo que se realizaron análisis exhaustivos, tomando en consideración aspectos jurídicos y políticos, previo a conceder al Órgano Ejecutivo la posibilidad de suspender ciertos derechos y garantías constitucionales.”

El 16 de mayo de 2020, el Presidente de la República y el Consejo de Ministros, emitieron el decreto No. 18 “Estado de Emergencia Nacional de la Pandemia Covid 19”, donde se establece el Estado de Emergencia, bajo el argumento que Asamblea Legislativa no se encontraba reunida, se autorizan las compras de emergencia, establecimientos de centros de cuarentena, entre otros, con una duración de 30 días, para ello se basaron en el art. 24 de la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres¹¹.

En este caso se realizó una interpretación literal de la ley ya que efectivamente la Asamblea no se encontraba reunida, pero el artículo se refiere cuando la Asamblea tenga un impedimento dada la situación de emergencia para reunirse, sumado a ello en la mencionada ley se estableció que dicho Estado de emergencia no implica suspensión de garantías constitucionales

La Sala de lo Constitucional emitió una medida cautelar derivada del proceso de inconstitucionalidad 63-2020¹², donde se suspendían los efectos del denominado Decreto no. 18, la respuesta del Órgano Ejecutivo fue emitir el decreto no. 19, con el mismo título y con fecha 19 de mayo, esta normativa menciona que pese a los esfuerzos la Asamblea Legislativa ha manifestado falta de voluntad formal y material para llegar a un consenso para una normativa.

Ante este intento de superar los vicios del decreto 18, por medio del decreto 19, la Sala advirtió en dicho proceso de inconstitucionalidad sobre ambos que: “*jamás una ley –como la Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres, art. 24 – puede estar por encima de la Constitución – art. 246 Cn. –*”¹³

10 EL SALVADOR, A. L. Diario Oficial. *Diario Oficial*, 2020. Disponible en: <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2020/03-marzo/15-03-2020.pdf>.

11 Artículo 24 *Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres*. – “La Asamblea Legislativa por medio de decreto podrá declarar el Estado de Emergencia en parte o en todo el territorio nacional, mediante petición que al efecto le dirigirá el Presidente de la República, cuando el riesgo o peligro provocado por un desastre para las personas, sus bienes, servicios públicos o ecosistemas lo ameriten. Tomará como base la evidencia del riesgo o peligro y la ponderación que le haga al respecto el Director General.

Si la Asamblea Legislativa no estuviere reunida podrá el Presidente de la República decretar el Estado de Emergencia, debiendo informar posteriormente al Órgano Legislativo.

El decreto de Estado de Emergencia no implica la suspensión de las garantías constitucionales. La Asamblea Legislativa o el Presidente de la República, en su caso, decretará el cese del Estado de Emergencia.”

12 EL SALVADOR, C. S. J. *Inconstitucionalidad 63-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/1_63-2020.pdf, p.12.

13 Artículo 246 inciso 2 *Constitución de la República de El Salvador*: “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado.”

Ante la falta de acuerdo y de regulación, aun con la emergencia latente por Covid, la Sala de lo Constitucional recurrió a la reviviscencia, una figura jurídica que: *“está referida a la acción de reconocer la vigencia de una norma que ha sido derogada por otra, la que posteriormente es invalidada por ser contraria a la Constitución.”*¹⁴

Bajo esta modalidad, el artículo 593 emitido por el Órgano Legislativo el 14 de marzo de 2020, fue “revivido” hasta el 29 de mayo, para que a esa fecha hubiese un consenso y una legislación eficiente que garantice los derechos fundamentales de la población durante la pandemia.

El 08 de junio del presente año, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emitió sentencia en los procesos de inconstitucionalidad acumulados 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020, donde de nuevo nominó diversos decretos entre legislativos y ejecutivos como inconstitucionales, algunos de ellos habían perdido vigencia por lo que con ellos los efectos eran de carácter declarativo.

El Decreto Ejecutivo No. 29 denominado: “Medidas Extraordinarias de Prevención y Contención para Declarar el Territorio Nacional como Zona Sujeta a Control Sanitario, a fin de Contener la Pandemia COVID-19”, se encontraba vigente en ese momento, declarándose inconstitucional porque no es la facultad del Ministerio de Salud, suspender los derechos fundamentales de los ciudadanos con la imposición de una cuarentena obligatoria.

Bajo este panorama, cualquiera pensaría que a partir de ese momento estos vicios señalados en la jurisprudencia, no se repetirían en nuevas leyes, decretos o disposiciones sobre la temática, no obstante, sucedió lo contrario, la pugna entre órganos del Estado, continuó y se acrecentó.

El 12 de junio de 2020, la Asamblea Legislativa emitió el Decreto n° 661, que contiene la Ley Especial de Emergencia por la Pandemia COVID-19, Atención Integral de la Vida, la Salud y Reapertura de la Economía, en el cual se contempló una programación por medio de fases para la reactivación económica, siguiendo los parámetros del distanciamiento social y una serie de medidas a las cuales los ciudadanos deben adaptarse en “la nueva normalidad” como el uso de mascarillas y equipo de bioseguridad, la separación por metros, la toma de temperatura, el teletrabajo o retorno a las labores de manera gradual, con la idea de favorecer a quienes han sido los sectores más afectados entre ellos el trabajo informal, los trabajadores por cuenta propia, sector agropecuario, mujeres y la micro y pequeña empresa, esto a partir del 16 de junio, luego en la segunda fase el 07 de julio apertura de iglesias y restaurantes, manteniéndose la suspensión de clases y espectáculos públicos, eventos deportivos y culturales y actividades que impliquen la cercanía entre las personas o una alta concentración de las mismas.

Se establecía la apertura del aeropuerto y centros de convención para el 28 de julio y la apertura de todas las actividades para el 18 de agosto; el mencionado decreto además contempló que cualquier medida para modificar esta calendarización debería ser por medio de decreto legislativo no por medio de un decreto ejecutivo o resoluciones administrativas.¹⁵

El Presidente de la República, vetó este decreto y consideró que este invadía las funciones del Órgano Ejecutivo y violaba el principio de colaboración interorgánica, por lo que promovió una Controversia mediante un escrito dirigido a la Sala de lo Constitucional de la

14 EL SALVADOR, C. S. J. *Inconstitucionalidad 63-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/I_63-2020.pdf, p.12.

15 EL SALVADOR. A. L. *Decreto 661*. Ley Especial de Emergencia por la Pandemia COVID-19, Atención Integral de la Vida, la Salud y Reapertura de la Economía. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/AADE6171-F0F3-4C26-94B1-7771382BC5D0.pdf>

Corte Suprema de Justicia con fecha 30 de junio, por la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 16 y 17 del Decreto 661, que contemplaba lo mencionado sobre el proceso gradual de reapertura económica y la regulación a cualquier modificación a la misma. Aparte de ello emitió dos decretos Ejecutivos (31 y 32), que establecían fechas de reapertura similares, con diferencias en algunos días

La controversia alegada es que: “... *tales disposiciones desconocen la potestad del Órgano Ejecutivo para “planificar, dirigir, coordinar y ejecutar la política de Gobierno en materia de salud y supervisar las actividades de dicha política [...]”*.¹⁶ Así como que el establecimiento de fechas para la reapertura económica no contempla evidencia científica y empírica del número de contagios, disponibilidad en hospitales, fases de contagio del covid y que en ese momento se estaba en la número tres que se traduce en la insuficiencia en la atención hospitalaria para casos críticos y el virus se propagó por todo el país, lo que se traduciría en una violación al derecho fundamental a la salud.

Por su parte, la Asamblea Legislativa consideró que no había violación al derecho a la salud, sino que al contrario: “*tal disposición protege constitucionalmente a la persona humana y a la totalidad de sus derechos (bienestar económico, justicia social, libertad, etc.)*”¹⁷. Además de ello, cumplir la función de legislar no invade competencias de otros órganos del Estado.

Nuevamente, la Sala de lo Constitucional intervino el 19 de agosto, refiriéndose al proceso de formación de ley en El Salvador, así como a señalar las diferencias entre observaciones y veto presidencial, el principio de separación de funciones, el derecho a la salud pública y su relación con otros derechos fundamentales, las fases de la controversia y si es procedente o no la promoción de la misma por parte del Presidente.

En esta controversia, mencionó al Derecho Comparado en el sentido, de destacar que países como Argentina, Colombia, Perú, Chile, Costa Rica, Guatemala o incluso países europeos como España; la Asamblea Legislativa o Parlamento, es el que tiene la competencia de limitar derechos fundamentales o suspenderlos en tiempos de crisis bajo la modalidad de estados de sitio, excepción o alarma etc. y que salvo España, a los demás les es aplicable la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 27.1.¹⁸

La Sala de lo Constitucional, agregó que los instrumentos constitucionales deben ser usados por las razones adecuadas, no políticas, como por ejemplo el ejercicio del veto por parte del Presidente, las reglas democráticas no deben ser usadas a conveniencia, el poder público es el que debe adaptarse, sino se caería en el abuso del Derecho, lo que llevaría a imponerse ante otras instituciones estatales e incluso ante la ciudadanía misma.

Sobre el derecho a la salud, la OMS define a ésta como: “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.¹⁹ Este derecho tiene paridad con los demás derechos fundamentales de manera complementaria con los mismos, cuando estos entran en colisión debe realizarse una ponderación de los

16 EL SALVADOR, C. S. J. *Controversia 8-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/C_8-2020.pdf, p.1.

17 EL SALVADOR, C. S. J. *Controversia 8-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/C_8-2020.pdf, p.3.

18 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. Artículo 27.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

19 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>

mismos, es decir buscarse un equilibrio sobre el derecho que debe prevalecer.²⁰ Esto se logra con políticas públicas adecuadas enfocadas a cubrir las necesidades sociales.

Al resolver dicha controversia, la Sala de lo Constitucional mencionó que no existió la inconstitucionalidad alegada por el Presidente, reiteró que la suspensión o limitación de derechos fundamentales debe realizarse únicamente por medio de Decreto Legislativo, señalando graves contradicciones en los argumentos presidenciales.

Además, que omitió presentar evidencia científica y empírica para sustentarlos, por lo que le ordenó sancionar el Decreto 661 y publicarlo a la brevedad posible para la protección de derechos fundamentales, así como ordenó a la Asamblea a realizar las modificaciones necesarias de manera inmediata y respetando los parámetros de la sentencia de la Sala de lo Constitucional.²¹

4 LA AMENAZA AL ESTADO DE DERECHO EN EL SALVADOR Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El Estado de Derecho, se caracteriza por ser un sistema democrático en donde existe un contrapeso entre los diferentes Órganos del Estado, es decir cada uno ejerce una función diferente pero complementaria, donde existen controles definidos en la Constitución, para evitar abusos de autoridad provenientes de alguno de ellos, como ocurrió durante los regímenes militares en El Salvador a mediados del siglo XX., trayendo como consecuencia cambios drásticos en la forma de gobierno y el menoscabo de derechos fundamentales de la ciudadanía.

Con la implementación del mecanismo de defensa llamado estado de excepción se suspenden garantías y se limitan derechos fundamentales. Esto trae consecuencias para los ciudadanos y repercute en la institucionalidad estatal, por lo que es necesario revisar el efecto costo versus el beneficio, bajo la idea de valorar qué tipo de medidas son las que representan menos desventajas posibles.

Sin criterios que sustenten la necesidad de la implementación de un estado de excepción, puede incluso un Estado Democrático convertirse en una dictadura, por medio de un golpe de Estado arbitrario.²²

Durante este contexto de pandemia, algunos estudios recientes mencionan que:

[...] el uso reiterado de algunas potestades presidenciales, como los estados de excepción, el veto a las leyes (objeciones) o la legislación por la vía de decreto, consolida un uso abusivo de ese tipo de mecanismos, provoca la banalización de los mecanismos de emergencia y crea una presunción [...] de que estos son usados fuera del marco constitucional.²³

El Salvador, tiene un sistema de gobierno presidencialista, donde la figura del presidente funge como jefe de Estado, comandante de las fuerzas armadas, director de las relaciones internacionales y tiene potestades reglamentarias, iniciativa de ley y facultad de veto, entre otras. La Asamblea Legislativa tiene facultades de control para evitar abusos de poder, si este falla puede llegarse: *“al extremo de arrogarse facultades legislativas, se infringe directamente el sistema de pesos y contrapesos en favor del presidente, por lo que se está en presencia de*

20 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 67

21 EL SALVADOR, C. S. J. *Controversia 8-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/C_8-2020.pdf, p.30.

22 SILVA, J. A. D. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.618.

23 GARGARELLA, Roberto; ROA ROA, Jorge Ernesto. *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, Mpiil Research Paper Series, n°2020-21, p.3.

un sistema hiperpresidencialista".²⁴

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia advirtió del riesgo que representa para la democracia que no se cumpla lo dispuesto por dicha sala, ya que su función es ejercer un control constitucional, así como velar por el cumplimiento de la supremacía de las leyes dentro del Estado.²⁵

Es por ello que en diferente jurisprudencia exhortó a los Órganos Legislativo y Ejecutivo a tener en cuenta la coyuntura de pandemia bajo la dimensión constitucional del principio de la dignidad humana, de los derechos a la vida, la libertad y la integridad personal, salud y el trabajo, así como el orden económico, adecuándose al deber de colaboración establecido en el artículo 86 de la Constitución.²⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 1-2020, considera que es un reto el respeto de los derechos humanos en un contexto de pandemia, especialmente en una región como América Latina, pudiendo esto tener impactos en los sistemas democráticos, por lo que reafirma: "... el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en contextos de pandemia."²⁷

La Sala de lo Constitucional, así como diversos organismos nacionales e internacionales han hecho reiterados llamados al Presidente de la República a procurar la armonía social, conservar la paz y tranquilidad interiores, que establece el artículo 168 ordinal 3° de la Constitución de la República.²⁸ Así como a respetar el principio de separación de poderes, ya que solamente "el poder es el que frena al poder".²⁹

El combate a la pandemia, debe afrontarse de manera responsable con instrumentos jurídicos apegados al respeto a la Constitución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, tanto el Ejecutivo y el Legislativo se vieron envueltos en una confrontación que inició el 9 de febrero en el propio parlamento salvadoreño, cuando el presidente de la república lo allanó con soldados e intentó presidir él mismo la sesión plenaria, generando una crisis constitucional sin precedentes en la historia moderna del país.³⁰

A esto le siguió la confrontación con la Sala de lo Constitucional cuando ésta declaró inconstitucional la cuarentena domiciliar obligatoria decretada por el Ejecutivo durante la crisis. El presidente arremetió rápidamente contra el tribunal, acusándolo de ser el responsable del "asesinato de miles de salvadoreños"³¹

24 ARANGO RESTREPO, Ana Catalina. *Presidencialismo*, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n°14, 2018, p.254.

25 EL SALVADOR, C. S. J. *Inconstitucionalidad 63-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/l_63-2020.pdf, p.6.

26 Artículo 86 *Constitución de la República*: "El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas."

27 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Resolución 1-20*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>, p.6.

28 *Amnistía Internacional, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, la Fundación para el Debido Proceso, la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos, la Iniciativa Mesoamericana de Mujeres Defensoras de Derechos Humanos y la Organización Mundial contra la Tortura*, publicaron una carta abierta al Presidente Bukele para para expresar su preocupación por las acciones del gobierno salvadoreño. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/04/el-salvador-presidente-bukele-derechos-humanos-covid19/>.

29 EL SALVADOR, C. S. J. *Controversia 8-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/C_8-2020.pdf, p.5.

30 MALDONADO, Carlos. *El País. Bukele se enfrenta al Parlamento de El Salvador y genera una crisis constitucional*. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2020/02/10/america/1581294344_999638.html.

31 AP El Financiero. *Nos ordenan 'asesinar' a miles de salvadoreños prohibiendo cuarentenas: Bukele*. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/mundo/nos-ordenan-asesinar-a-miles-de-salvadorenos-prohibiendo-cuarentenas-bukele>.

Con este tipo de acontecimientos, El Salvador, podría sumarse a la tendencia creciente en América Latina denominada “autoritarismo de baja intensidad”, que se esconde tras el ejercicio de las funciones democráticas (deformándolas), para así perpetuarse y hacerse inmune a la crítica.³²

De hecho, durante los últimos meses, el ataque sistemático a la prensa y a los periodistas ha sido una constante por parte del órgano Ejecutivo, a tal grado que la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) ha repudiado públicamente³³ el aumento de acoso y agresiones a medios y periodistas salvadoreños.

5 CONSIDERACIONES FINALES

De la respuesta, de El Salvador ante el Covid se puede destacar que la reacción fue la transformación de una crisis sanitaria y de salud, en una crisis política, donde la logística se enfocó en ser poco eficiente y sembrar una campaña de miedo e incertidumbre en la población ante el peligro latente de contagio, la exigencia para la implementación de estado de excepción y cuarentenas domiciliarias estrictas fue la constante mención en los funcionarios de gobierno del Órgano Ejecutivo.

Sin duda alguna, la pandemia Covid ha representado una situación anormal y atípica para el ordenamiento jurídico salvadoreño, por lo que se puede mencionar que ha sufrido una transformación con la abundante cantidad de decretos y sentencias emitidas por los diferentes Órganos del Estado.

Por lo que cabe mencionar que el derecho en tiempos de normalidad no puede ser el mismo en tiempos excepcionales, pero debe existir una regulación normativa que incluya el respeto de los derechos fundamentales, que servirá de garantía para los ciudadanos y será un resguardo del principio de seguridad jurídica.

Es evidente, agregar que en este contexto de pandemia se ha generado un impacto en el goce de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos, especialmente de los grupos considerados tradicionalmente vulnerables como las personas en condición de calle, mujeres, personas adultas mayores, pueblos indígenas, población LGTBI, personas con discapacidad, privados de libertad, refugiados, trabajadores informales entre otros; así como restricciones a la libertad de prensa y de personas defensoras de derechos humanos, que han intentado mostrar las diversas arbitrariedades cometidas en esta coyuntura.

El Salvador, es un país con su democracia amenazada, los visos de autoritarismo son latentes y frecuentes por parte del Presidente de la República, quien aun sigue siendo muy popular en las encuestas pese a los marcados abusos y los casos de corrupción.

La apuesta presidencial han sido las campañas digitales masivas en redes sociales, páginas web e incluso anuncios de Google para potenciar la imagen presidencial y encaminarse a lograr una mayoría en la Asamblea Legislativa para las próximas elecciones legislativas y municipales de febrero de 2021.

La comunidad internacional y los organismos internacionales de derechos humanos, deben ejercer un rol más activo para ayudar a los salvadoreños a proteger nuestra frágil democracia, que constantemente se ve en peligro en traspasar esa delgada línea y se consolide una dictadura.

32 BERNAL PULIDO, Carlos. La democracia como principio constitucional en América Latina, en *Cuestiones Constitucionales*, n°17, 2007, p.32.

33 EFE. *La SIP condena las amenazas del gobierno contra la prensa en El Salvador*. <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/la-sip-condena-las-amenazas-del-gobierno-contra-prensa-en-el-salvador/20000013-4314055>.

REFERENCIAS

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012

ARANGO RESTREPO, Ana Catalina, *Presidencialismo*, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 14, 2018.

AMNISTIA INTERNACIONAL. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/04/el-salvador-presidente-bukele-derechos-humanos-covid19/>.

AP. El Financiero. *Nos ordenan 'asesinar' a miles de salvadoreños prohibiendo cuarentenas: Bukele*. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/mundo/nos-ordenan-asesinar-a-miles-de-salvadorenos-prohibiendo-cuarentenas-bukele>.

BERNAL PULIDO, Carlos. *La democracia como principio constitucional en América Latina*, en *Cuestiones Constitucionales*, n° 17, 2007.

EL SALVADOR. *Historia contemporánea, 1808-2010*, (Ed.) Carlos Gregorio López Bernal, 27-52. San Salvador: Fundación Mapfre / Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador, 2015. Disponible en: https://www.academia.edu/37105739/Las_claves_de_la_historia_de_El_Salvador

EFE. *La SIP condena las amenazas del gobierno contra la prensa en El Salvador*. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/la-sip-condena-las-amenazas-del-gobierno-contra-prensa-en-el-salvador/20000013-4314055>

EL SALVADOR, R. D. *Constitución de la República de El Salvador*, Decreto no. 38. Asamblea Legislativa, 1983. Disponible en: <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/constitucion-de-la-republica>.

EL SALVADOR, A. L. Diario Oficial. *Diario Oficial*, 2020. Disponible en: <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2020/03-marzo/15-03-2020.pdf>.

EL SALVADOR, A. L. Decreto 661. *Ley Especial de Emergencia por la Pandemia COVID-19, Atención Integral de la Vida, la Salud y Reapertura de la Economía*. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/AADE6171-F0F3-4C26-94B1-7771382BC5D0.pdf>

EL SALVADOR, R. D. 2005. *Ley de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres*. Asamblea Legislativa. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/476#:~:text=LEY%20DE%20PROTECCION%20CIVIL%2C%20PREVENCION%20Y%20MITIGACION%20DE%20DESASTRES%2C%20TIENE,CARACTERIZARSE%20POR%20SU%20GENERALIDAD%2C%20OBLIGATORIEDAD%2C>.

EL SALVADOR, C. S. J. *Inconstitucionalidad 63-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/I_63-2020.pdf

EL SALVADOR, C. S. J. *Controversia 8-2020*. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/C_8-2020.pdf

FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001

LINDO FUENTES, Hector. *Recordando 1932.: La matanza Roque Dalton y la política de la memoria histórica*. Flacso Programa El Salvador. 2010. Disponible en: <https://revistadecentroamerica.org/PDF/2018/Recordando%201932.pdf>.

MALDONADO, Carlos. *El País. Bukele se enfrenta al Parlamento de El Salvador y genera una crisis constitucional*. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2020/02/10/america/1581294344_999638.html.

OLIVEIRA, M. V. C. D. Calamidade, seu regime constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 20, n. 80, p. 109-118, out./dez. 1983. Disponible en: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181475>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Resolución 1-20*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

PEÑA DE MORAES, H. Mecanismos de defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio. *EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 198-216, 2003. ISSN 23. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_198.pdf.

SILVA, J. A. D. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONTEXTO DE PANDEMIA

Gabriel R. Juan

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza, Argentina. Especialista en Derecho de Daños por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). Presidente de la Comisión de Filosofía del Derecho y Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza. Abogado.

Sumário: 1 Introducción; 2 El sistema constitucional-convencional argentino y la teoría de los principios; 3 Las normas jurídicas como reglas y principios; 4 El principio de proporcionalidad; 5 Los estándares de la Corte IDH como base empírica; 6 Consideraciones finales; Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

¿Por qué aplicar al ordenamiento jurídico argentino la teoría de los derechos fundamentales, que fue pensada y elaborada sobre la base empírica de otro Derecho? El presente artículo argumenta en favor de su conveniencia, a partir del caso *Musse*. De dicha teoría se resalta la importancia que cabe atribuir en la labor hermenéutica al principio de proporcionalidad que, en rigor conceptual, excede lo que en forma habitual se entiende de él, esto es, la mera ponderación de principios.

La relevancia del principio de proporcionalidad, y de sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se expresa con mayor razón ante las restricciones de derechos fundamentales impuestas por las autoridades gubernamentales, como consecuencia de la pandemia provocada por el virus Covid-19. En su aplicación a casos particulares, la teoría de los principios¹ evidencia que, en no pocas ocasiones, las respuestas generales e indiscriminadas previstas en la normativa de la emergencia sanitaria son erróneas. Por caso, el subprincipio de necesidad, en tanto mandato de optimización vinculado a las posibilidades fácticas, es una noción que deberían tener presente en todo momento los aplicadores de la normativa de emergencia sanitaria, a fin de que los derechos fundamentales individuales no sean una mera ficción en la contingencia. Desde luego me refiero a los jueces, pero no sólo a ellos, sino también a las demás autoridades no judiciales. Ello en razón de que este subprincipio, precisamente por estar vinculado a las posibilidades de realización fácticas, es apto para resolver muchas controversias sin que sea necesario recurrir al órgano judicial.

El caso paradigmático que prueba esta tesis es el de *Solange Musse*. El 21 de agosto de 2020, esta joven de 35 años murió como consecuencia de un cáncer de mama, en la ciudad de Alta Gracia, provincia de Córdoba. En los días previos, consciente de que transitaba la fase terminal de la enfermedad, pidió despedirse personalmente de su padre, Pablo Musse, quien reside en Plottier, provincia de Neuquén, localidad distante a 1100 km del lugar donde ella estaba internada. El hombre se trasladó en automóvil para cumplir con los deseos de su hija moribunda que, naturalmente, se hicieron propios al enterarse de la irreversibilidad del cuadro. Pero, al alcanzar el primero de los puestos camineros, la policía de la provincia de Córdoba le impidió el ingreso al territorio provincial. La razón esgrimida fue que el test serológico por Covid-19 arrojaba resultado “dudoso”. La única solución que admitían las autoridades era su regreso a Neuquén. No sólo eso; para asegurarse que cumpliera con la normativa de emergencia sanitaria, el personal policial lo “escortó” hasta el límite provincial. De manera que Pablo Musse debió emprender el regreso. De nada sirvió la explicación de la situación extrema, irreversible y urgente que motivaba el viaje; padre e hija no pudieron despedirse por decisión de la autoridad provincial.

Desde un punto de vista fáctico, la protección de la salud de la comunidad por parte de los Estados Nacional y Provincial (fin de interés público general) no tenía por qué colisionar con la dignidad humana de la persona enferma y de su padre. Una correcta comprensión del subprincipio de necesidad hubiese resuelto de manera satisfactoria el problema, sin afectar ninguno de los principios de derechos fundamentales involucrados. En los hechos cabía la posibilidad de utilizar un medio alternativo, v. gr., un túnel sanitario (acompañar al Sr. Musse y controlar que no descienda de su vehículo hasta llegar a destino) con una escolta única

¹ Teoría de los derechos fundamentales, teoría de los principios o teoría de los derechos de la Ley Fundamental se usan en forma indistinta.

o sucesiva de los distintos controles policiales, pudiendo incluso imponérsele como carga complementaria la consecuente cuarentena habitual de catorce días. Puesto en términos teóricos del subprincipio de necesidad, la policía cordobesa podía utilizar dicho medio alternativo (u otro similar) a la prohibición de acceso al territorio provincial, sin que ello implique ningún esfuerzo extraordinario. De haber actuado de esta manera, se habría cumplido con el fin estatal perseguido (la protección de la salud pública general), a la vez que se hubieran respetado y realizado los derechos fundamentales de las personas involucradas. De un lado, el derecho a la salud de la joven, entendido en sentido amplio, esto es, el que comprende el “completo de bienestar físico, mental y social”.² Del otro, el respecto por la dignidad humana de padre e hija que implica el derecho a acompañarse mutuamente en la fase final de la vida.

Esta forma de razonar implica asumir que el Derecho contemporáneo no sólo es norma positiva, sino también, y quizá fundamentalmente, una práctica social intersubjetiva y dialógica, de marcada impronta hermenéutica-argumentativa.

2 EL SISTEMA CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL ARGENTINO Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

El ordenamiento jurídico argentino se inscribe en el fenómeno contemporáneo del Constitucionalismo. A él adscriben también otros países con los que la Argentina comparte una tradición jurídica continental común, tanto de Europa como de América Latina (España, Italia, Alemania, Brasil, Colombia, Perú, México, entre otros). Una de las características de este sistema jurídico es la constitucionalización del derecho privado, que en la dogmática provocó una suerte de pérdida de vigencia de la clásica distinción entre derecho público y privado. O al menos su debilitamiento. En efecto, gran parte de las problemáticas de las áreas del derecho privado (persona, responsabilidad civil, contratos de consumo, derecho de las familias, vivienda familiar, bioética, bioderecho, derechos de la niñez, vejez o discapacidad, derecho de la salud, etc.) no pueden abordarse en forma correcta en la actualidad sin atender a las funciones heurísticas y hermenéuticas de los derechos fundamentales. En el Constitucionalismo, el conocimiento, sistematización, análisis e interpretación del derecho, en todas sus ramas, requieren que el científico y el operador jurídico asuma como punto de partida y de llegada al Derecho de los Derechos humanos. Así es que, en materia de interpretación jurídica, el canon “interpretación de la Constitución conforme la Ley” ha cambiado por el de “interpretación de la Ley conforme la Constitución”. A este paradigma constitucionalista le son tributarios también el desarrollo de la actual clasificación de normas en reglas y principios, y la distinción entre casos fáciles y difíciles.³

El Constitucionalismo se enmarca en una concepción iusfilosófica postpositivista del derecho. En esta visión, que es diferente al iuspositivismo y al iusnaturalismo⁴ (incluyo como vertiente de esta última al denominando “neoconstitucionalismo”), una referencia

2 Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 118.

3 Respecto de otras características del Constitucionalismo ver: AGUILÓ, J.. “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en AA.VV.: *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, (editora I. Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010, versión e-book, p.13-23. También en JUAN, G. R.. “La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos”, en *Revista Boliviana de Derecho*. Disponible en: <https://www.revista-rbd.com/> En prensa.

4 “El constitucionalismo jurídico (el tipo de concepción en la que se puede incluir a autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick) es realmente una posición distinta a la del positivismo jurídico y a la del derecho natural. Y es precisamente esa vía la que debería transitar sobre todo la filosofía del derecho del mundo latino.” (ATIENZA, M.. “Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N°37, 2014, p.313.

casi obligada es la Teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada por Robert Alexy. A pesar de los embates en contra de esta teoría realizada por autores enrolados en posiciones iuspositivistas, que en cierto modo se apoyan en las que podrían catalogarse como erróneas interpretaciones por parte de autores iusnaturalistas o neoconstitucionalistas, tiene una gran importancia teórica y práctica la comprensión, interpretación y aplicación (unidad del proceso hermenéutico⁵) del derecho contemporáneo.

En lo que aquí interesa, se destacan como aportes teóricos el concepto de derechos fundamentales, la estructura de sus normas (reglas y principios), y el criterio de aplicación básico de tales derechos: el *principio de proporcionalidad*.

La teoría de los derechos fundamentales, que también se la conoce como de los derechos de la Ley Fundamental, o de los principios,⁶ es una *teoría jurídica general*. Es decir, se ocupa de determinados derechos fundamentales que tienen validez positiva dentro de un orden jurídico, respecto de problemas que atañen a todos estos derechos. En tanto teoría de la ciencia del derecho asume sus tres dimensiones: analítica, empírica y normativa. En su dimensión *analítica* atiende a lo conceptual (estructura y concepto de la norma iusfundamental, de derecho subjetivo, de libertad, igualdad), a las relaciones entre el hecho y los límites a los derechos fundamentales, a la estructura del sistema jurídico y al fundamento de los derechos fundamentales. La dimensión *empírica* se refiere no sólo al conocimiento del derecho positivo válido, sino también a la praxis y la eficacia judicial. De allí que Alexy sostenga que quien fundamente una decisión, no puede desentenderse de los precedentes del Tribunal Constitucional Federal alemán, que es el ordenamiento al cual se ciñe. Por último, la dimensión *normativa* importa ir más allá de la identificación del derecho positivo y válido, propio de la dimensión empírica, para procurar la orientación y realizar una lectura crítica de la praxis, en especial de la judicial. En esta dimensión se busca obtener la decisión correcta en el caso concreto, desde luego, con base en el derecho positivo válido; en pocas palabras, es la fundamentación decisional desde el punto de vista de los derechos fundamentales.⁷

Es a su vez una teoría estructural. En palabras de Alexy:

El camino hacia una teoría integradora adecuada pasa por una teoría estructural de los derechos fundamentales. Una teoría estructural –en cuanto parte de una teoría integradora– es una teoría primariamente analítica. Es una teoría primaria y no una teoría analítica pura, porque investiga estructuras tales como la de los conceptos de los derechos fundamentales, la de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la de la fundamentación de los derechos fundamentales, siempre considerando las tareas prácticas de una teoría integradora. Su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En esta medida, tiene carácter empírico-analítico. Se orienta por la pregunta acerca de la decisión correcta y la fundamentación racional desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En esta medida, tiene una carácter analítico-normativo.”⁸

5 GADAMER, H. G.. *Verdad y método*. Trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

6 BERNAL PULIDO, C.. “Estudio introductorio”, en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. XXXIII.

7 ALEXY, R.. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 11-18.

8 ALEXY, R.. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 22.

El material de trabajo empírico (análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán) le otorga gran valor práctico, a la vez que permite pensarlo como metodología, lo que acarrea la posibilidad de traslado a otros Estados Constitucionales de Derecho.

En este sentido, cabe hacer una primera consideración en relación con una característica propia del sistema argentino. Si por teoría de los derechos fundamentales se entiende la teoría de los derechos de la Ley Fundamental, es decir, de los derechos de la Constitución, en el caso de la Argentina, además de aquellos estipulados en la primera parte de la Constitución (artículos 1 a 43), se deben incluir los receptados por los Tratados de Derechos Humanos. Ello en virtud de las previsiones del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN), que otorga a estos instrumentos internacionales jerarquía constitucional. En efecto, este artículo 75, que se refiere a las atribuciones del Congreso Nacional, en el segundo párrafo de dicho inciso 22 expresa:

[...]

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Luego se agregaron la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” (Ley 24.556); la “Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” (Ley 24.584); y la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Ley 26.378). La ampliación de la cobertura se realizó sin necesidad de recurrir al procedimiento de reforma constitucional, dadas las previsiones del tercer párrafo del mismo art. 75 inc. 22 CN: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

De manera que estos doce instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos (DDHH) integran hoy, junto a la CN, el bloque o bóveda⁹ que permite identificar los derechos fundamentales en la Argentina. Esta conformación constitucional-convencional es entonces la referencia normativa concreta, que fija el ámbito de pertenencia de los derechos fundamentales en el sistema argentino. Así entonces, la conceptualización de la teoría original no sufre alteraciones, tan sólo una mera adaptación al caso argentino cuya Constitución no contiene, como la Ley Fundamental alemana, un capítulo específico denominado “Derechos Fundamentales”.¹⁰ En consecuencia, por derechos fundamentales se entienden el conjunto de

9 Para Pérez Luño, en general, la morfología del ordenamiento jurídico actual se visualiza mejor como bóveda antes que como pirámide (PEREZ LUÑO, A. E. “Dogmática de los Derechos Fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *En: Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N°20, 2007, p.510.

10 La primera parte de la Constitución Argentina contiene dos capítulos: el primero se denomina “Declaraciones, derechos y garantías” y el segundo “Nuevos derechos y garantías”.

normas (proposiciones que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado) y *posiciones adscritas* (necesarias para aplicar al caso concreto la norma expresa de la Constitución¹¹) a una disposición de derecho fundamental. Por su parte, las *disposiciones de derecho fundamental* son las proposiciones de la Constitución que establecen derechos fundamentales. En el caso argentino tienen carácter de proposiciones constitucionales-convencionales.

Con todo, y ya como segunda característica específica de la Argentina, la dimensión empírica recae en el estudio crítico de las razones justificativas que expresan las sentencias que versan sobre derechos fundamentales dictadas por la Corte IDH, dado que este Tribunal es el intérprete máximo y final del derecho internacional de los DDHH en la Región. La actividad del jurista teórico y del operador del derecho estaría incompleta, con importantes chances de desacierto en la comprensión jurídica, si no prestara atención al conocimiento y puesta en práctica de los criterios hermenéuticos del Tribunal Regional.¹²

Así pues, con estas salvedades apuntadas, la teoría jurídica general de los derechos fundamentales se puede aplicar al ordenamiento jurídico argentino.

Cabe destacar que la propuesta no puede causar extrañeza, pues, como se verá más adelante, esta posición ha influido en la fundamentación de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales (TEDH y Corte IDH), como así también en algunas Cortes Constitucionales o Supremas latinoamericanas.¹³

3 LAS NORMAS JURÍDICAS COMO REGLAS Y PRINCIPIOS

La teoría de los derechos fundamentales o de los principios comparte con el Constitucionalismo la distinción de las normas en reglas y principios, clasificación que influye significativamente en la labor hermenéutica y argumentativa. Para esta teoría ambas categorías son normas, es decir, proposiciones prescriptivas sobre lo que está permitido, prohibido u ordenado. El criterio de diferenciación más significativo por el que opta su autor es el cualitativo.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.¹⁴

11 ALEXY, R.. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 51. "Si no se presupusiese la existencia de este tipo de normas, no sería claro qué es aquello que, sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido." Además de esta relación, que Alexy llama "relación de precisión", existe otra "relación de fundamentación", que se da entre "la norma que hay que precisar y la norma que se precisa." Por ello las llama normas adscritas. (ALEXY, R.. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.52).

12 CSJN, causa M2333. XLII. y otros "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", 13/07/2007.

13 BERNAL PULIDO, C.. "Estudio introductorio", en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.XXVIII.

14 ALEXY, R.. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.67-68.

Es importante destacar que cuando Alexy se refiere a “mandato” (de optimización), lo hace en un sentido amplio, es decir, comprende no sólo las obligaciones, sino también las permisiones y prohibiciones.¹⁵ Esta clasificación de normas en principios y reglas es particularmente relevante al momento de aplicar el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, siempre en un registro postpositivista, esta distinción normativa en reglas y principios presenta algunas peculiaridades en el pensamiento de Ronald Dworkin, quien identifica a su vez dos clases de principios: las “directrices” (*policies*) y los “principios”, propiamente dichos. Las primeras son tipos de estándares que proponen un objetivo a lograr; en general, procuran alcanzar una mejora económica, política o social de la comunidad. Los segundos, deben ser observados por una exigencia de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad. De manera tal que disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio.¹⁶ La postura se justifica porque, desde una visión iuspositivista, con la que Dworkin discute en forma abierta y radical, en el momento de razonar sobre derechos y obligaciones los autores deben recurrir necesariamente a otro tipo de estándares, que no funcionan como normas en su esquema de fuente única, en especial en casos difíciles.¹⁷

En el afán de profundizar sobre la conceptualización de los principios, parece oportuno resaltar los diferentes sentidos que suelen otorgárseles. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero exponen que, entre otras acepciones, se alude a principios cuando la norma: a) tiene un carácter muy general; b) fue redactada en términos vagos o es de textura abierta, siendo dudoso por tanto determinar si el caso cae dentro o fuera de sus límites (v. gr., abuso del derecho); c) sólo estipula la obligación de seguir un determinado fin; d) expresa los valores del ordenamiento jurídico; e) está dirigida a los órganos de aplicación que indican cómo deben interpretarse (v. gr., artículo 2 del CCyC¹⁸); f) tiene un sentido de *regula iuris*, es decir, permite la sistematización del ordenamiento o parte de él. A partir del reconocimiento de los diferentes sentidos que puede otorgársele al concepto, estos autores realizan un agrupamiento diferenciado. De los tres conjuntos que conforman su tesis, el que mayor interés reviste para este ensayo es el que discrimina entre “Directrices” y “Principios en sentido estricto”. Las primeras son normas programáticas que establecen la obligación de perseguir determinados fines. Los segundos se refieren a normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico.¹⁹

15 ALEXY, R.. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.68 (nota número 23).

16 DWORKIN, R.. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 8.impr. Barcelona: Ariel, 2010, p.72-73.

17 DWORKIN, R.. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 8.impr. Barcelona: Ariel, 2010, p.72.

18 ARTICULO 2° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

19 ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J.. “Sobre principios y reglas”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N°10, 1991, p.105-106. A este primer grupo clasificatorio de principios, los autores agregan otros dos. Por un lado, los que distinguen “entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez”. . . . , esto es, entre los principios (pautas de comportamiento formulables como principios en sentido estricto o como normas programáticas) en cuanto dirigidos a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos (conducta no normativa, diremos en adelante para simplificar) y los principios en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos (la creación o aplicación de normas) de los órganos de producción jurídica. Esta distinción es exhaustiva, pero no excluyente. Hay, sin duda, principios cuya virtualidad se limita a guiar el ejercicio de poderes normativos, pero no principios que guíen sólo conductas no normativas: todos los principios de los que puede predicarse que guían la conducta no normativa de los destinatarios de las normas jurídicas en general, guían también la conducta normativa de, al menos, los órganos de aplicación.” Por el otro, distinguen “entre principios explícitos, esto es, principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y principios implícitos, esto es, principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el principio de que las normas han de interpretarse como si las hubiera dictado un legislador racional). Esta distinción, obviamente, es exhaustiva y excluyente.” (ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J.. “Sobre principios y reglas”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°10, 1991, p.106).

Este grupo clasificatorio que distingue entre “Directrices” y “Principios en sentido estricto” es relevante a los fines de determinar si, desde el punto de vista *estructural*, se puede predicar de ellos lo mismo que de las reglas. Esto es, que también responden al esquema condicional que correlaciona un caso con una solución normativa.²⁰ Cabe resaltar que, en las *reglas*, el caso está configurado en forma cerrada, mientras que en los *principios* en forma abierta. Con ello no se alude únicamente a la mayor o menor vaguedad de las propiedades que constituyen las circunstancias de las *condiciones de aplicación*, sino a que en los principios tales condiciones de aplicación no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. Esta indeterminación se presenta tanto en las “Directrices” como en los “Principios en sentido estricto”. Pero, la diferencia entre ellos radica en que, en estos últimos, si bien las *condiciones de aplicación* pueden presentarse en forma abierta, la descripción del *modelo de conducta* calificado deónticamente (obligación, permisión, prohibición) está determinada. Dicho de otra forma, en las “Directrices”, tanto el modelo de conducta como las condiciones de aplicación están indeterminados. Sobre esta base, Atienza y Ruiz Manero sostienen que sólo los “Principios en sentido estricto” compartirían con las reglas la misma estructura condicional que correlaciona un caso con su solución normativa. En consecuencia, apartándose de Alexy, sostienen que el cumplimiento “gradual” de los mandatos de optimización sólo sería posible en las “Directrices” o normas programáticas, no así en los “Principios en sentido estricto”. Con todo, la solución del caso concreto que involucre “Principios en sentido estricto” exigirá *ponderar* la solución cuando colisionen con otros principios o reglas. Pero, una vez determinada su aplicación, no admite graduación. Las “Directrices”, en cambio, sí pueden cumplidas en diversos grados.²¹

En mi opinión, esta contribución teórica conceptual facilita el traslado de la Teoría de los derechos fundamentales a otros ordenamientos jurídicos enrolados en el Constitucionalismo. Al menos en uno de sus caracteres más relevantes: la aplicación del principio de proporcionalidad, y en especial el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación).

4 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En rigor, sería incorrecto pensar que el principio de proporcionalidad surgió con la teoría de los derechos fundamentales a la que aludo. No obstante, debe reconocerse que fue ésta la que le dio visibilidad, notoriedad y relevancia en el razonamiento práctico jurídico contemporáneo. En especial, a uno de sus subprincipios, el de proporcionalidad en sentido estricto, mandato de optimización que significa ponderar o sopesar los principios en colisión. Quizá por eso en la actualidad, cuando una decisión alude al principio de proporcionalidad en general o a la ponderación en particular, se la vincule inevitablemente con la teoría de los principios. Una posible explicación es el recíproco involucramiento. El propio Alexy reconoce que la relación existente entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad es de implicancia mutua.

Que el carácter de principio implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de la ponderación propiamente dicho) se sigue lógicamente parte del carácter de principio, es decir, es deducible de él.

20 ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E.. *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea, 2.ed. revisada, 2.reimp., 2017, p.20 y sig.

21 Para ampliar, ver: ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J.. “Sobre principios y reglas”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°10, 1991, p.108-110.

[...] Del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, los subprincipios de necesidad y de idoneidad derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.²²

Centrándonos en el caso que origina estas reflexiones, el examen de necesidad estuvo ausente. El subprincipio de necesidad implica también un mandato en sentido amplio: valorar qué “medio” es el más apto para cumplir con un “fin” determinado, con la menor (o nula) afectación posible. Ante la existencia de dos (o más) medios idóneos para cumplir con un fin estatal determinado (principio 1), puede ocurrir que uno de ellos afecte en menor medida al principio (principio 2) del individuo o incluso que no lo afecte en absoluto. La posibilidad fáctica de elegir entre uno u otro medio, entonces, opera como mandato de optimización, de obligación de optar por la opción menos gravosa. Más aún, claramente, cuando uno de ellos no causa ningún perjuicio al principio 2.

La aplicación del principio de proporcionalidad y de sus subprincipios, como criterio estructural de determinación del contenido de los derechos fundamentales, es perfectamente posible en la Argentina, en razón de que sus normas iusfundamentales (constitucionales-convencionales) también tienen el carácter dual ya visto. En otras palabras, pueden ser reglas o principios, y éstos a su vez pueden presentarse como directrices o principios en sentido estricto.

Lo mismo sucede en el derecho comparado. Veamos por ejemplo el caso de España, que es muy influyente en la dogmática jurídica argentina. En la sentencia 66/1995, vinculada al derecho de reunión en la vía pública, el Tribunal Constitucional español declara que el examen de constitucionalidad debe realizarse a través de dicho principio de proporcionalidad. Su aplicación en el sentido que este artículo pretende, es decir, como criterio estructural de determinación del contenido de los derechos fundamentales, aún se mantiene.²³ Los pasos o requisitos de cumplimiento que informa aquella decisión son los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En términos de la sentencia:

Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.²⁴

En el ámbito regional sucede algo similar, v. gr., con las decisiones de los Tribunales Constitucionales del Perú y de Colombia. Este último, en un fallo del año 2019, lo expone de la siguiente manera:

22 ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.91-93.

23 Ver BERNAL PULIDO, C. “Estudio introductorio”, en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p.XXXVI.

24 Tribunal Constitucional de España, sentencia 66/1995, Fundamentos Jurídicos, pto. 5. Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2920#complete_resolucion&fundamentos.

74.4.1. Al respecto, el principio de proporcionalidad, ligado a la concepción de los derechos fundamentales como principios,²⁵ constituye una herramienta metodológica que pretende aportar racionalidad y legitimidad a la decisión adoptada por el juez, valiéndose para el efecto de una estructura que está compuesta por tres subprincipios:²⁶ idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁷ En su formulación más simple, este juicio parte de analizar si la medida en estudio, desde las posibilidades fácticas, es adecuada para la consecución del fin propuesto. A continuación, debe asumirse el análisis de *necesidad*, en virtud del cual se aprecia, en el mismo escenario fáctico, si la medida escogida por el Legislador es la menos restrictiva de otros principios, considerándose su invalidez en caso de que exista otra con un impacto inferior y con una idoneidad semejante para la obtención de los propósitos de la autoridad normativa. Finalmente, el estudio de *proporcionalidad en sentido estricto* se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación – beneficio, y finalmente, algunas consideraciones -en caso de contar con los elementos- sobre la certeza de los efectos de tal relación.

La anterior estructura se ha integrado por esta Corporación a un juicio de razonabilidad, o de razón suficiente, en el que, en términos generales, se indaga por tres aspectos: (i) el *fin* que se busca con la medida, (ii) el *medio* que se emplea y (iii) la relación *medio - fin*, con un elemento adicional y protagónico, consistente en la consideración de intensidades específicas -leve, intermedia y estricta-, que condicionan la actuación del juez constitucional, al fijar un estándar de aquello que debe justificarse en cada uno de los tres aspectos mencionados para concluir que la medida legislativa se sujeta al ordenamiento superior.²⁸

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina (CSJN), con cita de precedentes del Tribunal Constitucional español, en un caso vinculado a derechos fundamentales de naturaleza política, fundamenta su decisión con base en este principio de proporcionalidad, destacando la relación que debe existir entre los actos y las consecuencias.

La especial relevancia que en el Derecho electoral tiene el señalado principio de conservación de los actos válidamente celebrados [STC 169/1987, 24/1990, 25/1990 Y 26/1990], tiene arraigo asimismo en otros criterios hermenéuticos aplicados con reiteración por el Tribunal Constitucional de España, tanto en orden a los derechos fundamentales en general, como son el de la necesaria proporcionalidad entre unos actos y sus consecuencias cuando estas afectan al ejercicio de derechos fundamentales.²⁹

En otro fallo, la CSJN asume como propio el dictamen del Ministerio Público Fiscal, donde se expresan claramente los tres subprincipios que conforman el principio de

25 Cita textual del fallo nro.143: “Por lo menos para Robert Alexy esta relación entre la teoría de los principios, fundada en la distinción entre reglas y principios, y el principio de proporcionalidad es de necesidad.”

26 Cita textual del fallo nro. 144: “Citando la Sentencia C-799 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la providencia C-720 de 2007. M.P. Catalina Botero Marino, se afirmó frente al principio de proporcionalidad que: “[s]e trata, como ya se mencionó, de una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. Como lo ha señalado esta Corporación, “(l)a proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales”

27 Cita textual nro. 145: “Los dos primeros se relacionan con la optimización respecto de las posibilidades fácticas, y el último, con la referida optimización, pero de las posibilidades jurídicas. También debe precisarse que solo el último se relaciona con la ley de la ponderación.”

28 El fallo completo está disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-234-19.htm>.

29 CSJN, Fallo 4662/2015 “Acuerdo para el Bicentenario c/ Provincia de Tucumán s/ amparo”, 11/07/2017, Fallos: 340:914

proporcionalidad. El dictamen fiscal lo expone de la siguiente manera:

[...]al pronunciarse en ese caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su vez reiteró su criterio en cuanto a que “el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto que, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática” (“Caso Escher y otros vs. Brasil”, serie C 200, sentencia del 6 de julio de 2009, párrafo 116, y su cita del “Caso Tristán Donoso vs. Panamá”, serie C 193, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 56). En orden a la legalidad de la injerencia, también invocó el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto autoriza restricciones a los derechos y libertades que garantiza de conformidad con las “leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (párrafo 130 y su cita).³⁰

De manera entonces que la CSJN asume como criterio de restricción de derechos fundamentales el cumplimiento del principio de proporcionalidad y de sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, mandatos de optimización cuya realización tiene base en las posibilidades fácticas (los dos primeros) y jurídicas (el último).

5 LOS ESTÁNDARES DE LA CORTE IDH COMO BASE EMPÍRICA

Cabe admitir entonces la aplicabilidad de la teoría de los derechos fundamentales y la operatividad del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico argentino. A tal fin, las decisiones de la Corte Regional son su base empírica de análisis crítico. Dos razones principales avalan esta afirmación. En primer lugar, porque nuestro país carece de Tribunal Constitucional. Si bien las decisiones de la CSJN tienen valor jurisprudencial y de doctrina judicial preponderante, dado que se trata del máximo Tribunal Federal, éstas resuelven únicamente el caso concreto. Es decir, el control constitucional o convencional tiene efectos particulares limitados al supuesto en examen. Como se sabe, ello no sucede con las decisiones de los Tribunales Constitucionales. En segundo término, por la jerarquía constitucional que nuestro ordenamiento otorga a los tratados sobre DDHH (art. 75 inc. 22 CN). Razones de economía procesal y de respeto a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional aconsejan adoptar los estándares hermenéuticos que fija el máximo Tribunal Regional, en el marco de sus facultades (artículos 62 y 64 de la CADH). Desde luego, ello no significa restar importancia al control de constitucionalidad y convencionalidad difuso que le atañe a la CSJN y a los demás tribunales locales de instancias inferiores. Pero, en todo caso, éstos deberían estar orientados por las guías interpretativas de la Corte IDH.³¹

En este contexto, en numerosos precedentes donde se atribuye responsabilidad a la Argentina por distintas razones, la Corte Regional reconoce en forma expresa la aplicación del principio de proporcionalidad.

Eso sucede en el “caso Romero Feris” (sentencia del 15 de octubre 2019), donde la Corte fija el criterio interpretativo que da cuenta cuándo una medida cautelar restrictiva de la

30 Dictamen del Procurador en la causa de la CSJN 212/2015/RH1, Aparicio, Patricia Aurelia y Otros s/infracción ley 23.737, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace propio (CSJN Expte. 212/2015/RH1 “Aparicio, Patricia Aurelia y otros s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)”, 27/02/2018, Fallos: 341-150).

31 La CSJN, en la causa “Mazzeo” ha dicho: “...En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)” (CSJN. Fallo en causa M2333. XLII. y otros “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, 13/07/2007).

libertad no es arbitraria; entre otras razones, exige la superación de los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”. Esto es, que la finalidad de la medida sea “legítima” (compatible con la Convención Americana³²), “idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional.”³³ Poco tiempo después, el 22 de noviembre de 2019, en la sentencia del “Caso Hernández”, vuelve a ratificar los cuatro elementos del test de proporcionalidad.³⁴ Lo mismo hace el 25 de noviembre de 2019, en el caso “López”, refiriéndose aquí expresamente a la necesidad de cumplimiento de los tres subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad.³⁵ Por último, el 26 de noviembre del mismo año 2019, en el “Caso Jenkins”, la Corte IDH explicita conceptualmente lo que entiende por proporcionalidad, sus tres subprincipios, exigiendo de las autoridades la verificación de medidas:

[...] (i) idóneas para cumplir con el fin perseguido, (ii) necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y (iii) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.³⁶

En supuestos de colisión de principios entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, la Corte IDH se expidió en los casos Kimel y Mémoli, también contra la Argentina. En ambos asume que la solución radica en la ponderación (proporcionalidad en sentido estricto).³⁷ En esta materia también se refirió en un fallo contra Honduras;³⁸ lo mismo hizo en numerosos pronunciamientos contra otros países, en lo que se refiere a otros derechos fundamentales. Por ejemplo, en materia de Técnicas de Reproducción Humana asistida, se recomienda una relectura en esta clave iusfilosófica del conocido fallo “Artavia Murillo”.³⁹

Cabe asimismo destacar lo expuesto en la Opinión Consultiva 21/2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, vinculada a los “Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional”.

32 Cfr. Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 89, y Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 251.

33 Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, párr. 92.

34 Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 103.

35 Corte IDH. Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 121.

36 Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 76.

37 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 51. En igual sentido, Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 127.

38 Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 168: “No obstante, de acuerdo a la propia Convención, el derecho a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión no son derechos absolutos y pueden estar sujetos a restricciones. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.”

39 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 25771. En el párrafo 273 expresa: “Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.”

Por consiguiente, es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. No obstante, las exigencias del bienestar general no deben en forma alguna ser interpretada de manera tal que habilite cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.⁴⁰

Una mención puntualizada merece el “caso López y otros”, ya referido, pues a mi entender se resuelve sobre la base del subprincipio de necesidad.

Ello en tanto la Corte realiza un análisis crítico de las posibilidades fácticas que cabían respecto de los traslados de los internos dispuestos por las autoridades argentinas.

De esta forma, ante la falta de análisis concreto y objetivo de la situación de las cárceles en la provincia de Neuquén, así como la falta de análisis detallado y específico sobre la situación personal y familiar de los señores Muñoz, López, González y Blanco al momento de trasladarlos a centros de privación de libertad ubicados entre 800 y 2000 km de distancia y durante el control judicial, la Corte concluye que dichos traslados fueron carentes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte hace notar que Néstor López, Miguel González, José Muñoz Zabala y Hugo Blanco fueron trasladados varias veces entre centros de detención federales, sin que existiera en el expediente, por lo general, justificación para tanto y sin ponderar los efectos de dichos traslados sobre sus familiares, la readaptación de los condenados y el acceso a sus abogados defensores y Juzgado de ejecución de la pena responsable. Finalmente, al no haber un control judicial previo a cada traslado, y al ser el control posterior insuficiente para corregir las violaciones alegadas por los condenados, se concluye que hubo un uso arbitrario de la facultad de traslado por la autoridad carcelaria federal avalado por los jueces.⁴¹

En este precedente, la Corte mantiene la posición ya tomada desde el año 1985. En efecto, en la OC 05/1985 expresa que “necesidad”, en el sentido justificativo de alguna restricción a un derecho fundamental, debe estar orientada a satisfacer un interés público imperativo, pero, entre las distintas opciones (fácticas) posibles, debe escogerse la que menor afectación provoque al derecho (individual) en cuestión.⁴²

40 Corte IDH. OC 21/2014, 19 de agosto de 2014, párr. 275.

41 Corte IDH. Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 158.

42 Corte IDH. OC 05/1985, 13 de noviembre de 1985, párr. 46. “Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una” necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, p.38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, p.26).

En atención al marco de pandemia por Covid-19 y las medidas restrictivas de derechos dictadas por los diferentes estados, debo referirme también a la Declaración 01/2020.⁴³ Por hipótesis, partiré del supuesto que la normativa de emergencia sanitaria ha sido dictada conforme los procedimientos constitucionales pertinentes, es decir, que responde al requisito de legalidad, cuestión que en la Argentina presenta algunas aristas, que por razones de extensión no podré ocuparme en esta ocasión. Sobre esta base, cabe resaltar la importancia de la Declaración 01/2020.

En ella, aún en plena contingencia, la Corte IDH les recuerda a los Estados americanos sometidos a su jurisdicción cuáles son los límites de actuación y los recaudos de procedencia. Destaca que cualquier medida restrictiva de derechos humanos por pandemia debe contener un límite temporal, una razón científica, y ser estrictamente “necesaria” y “proporcional”, agregando además que en todo momento deben garantizarse los DDHH sin discriminación, en particular de aquellas personas en situación de vulnerabilidad.⁴⁴

6 CONSIDERACIONES FINALES

El Constitucionalismo y la globalización son las grandes temáticas de impacto jurídico que cruzan transversalmente nuestros ordenamientos en el siglo XXI. Ello ha provocado una “nueva edad de oro para la filosofía del derecho”.⁴⁵

Por eso estas líneas, que parten de una concepción del derecho postpositivista, intentan ser una contribución desde esta área. Las reflexiones tienen una intención eminentemente práctica (destinada a la acción), en el convencimiento de que la acción jurídica que se guía por los DDHH es la única que puede contribuir a una mejor sociedad. En este contexto se sostiene que la aplicabilidad de la teoría de los derechos fundamentales y la operatividad de su principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico argentino no sólo es posible, sino necesaria.

Ello significa que la limitación de derechos por razones de salud pública general, aún en la contingencia de pandemia por Covid-19, está supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones, tal como fueron resaltadas en la Declaración 01/2020 de la Corte IDH, los numerosos precedentes jurisprudenciales y Opiniones Consultivas citadas. En ningún caso, las autoridades estatales habrán de privilegiar aquellas a costa de la *dignidad humana*, como hicieron con Solange Musse y su padre, pues sobre ella se erige toda la estructura del derecho de los derechos humanos, y los valores que fundamenta (libertad, autonomía, igualdad, solidaridad y responsabilidad). Y en tanto se trata de valores consensuados por todos los interesados de la comunidad dialógica, plural y democrática, dotan de legitimidad al sistema.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, J.. “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en AA.VV.: *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, (editora I. Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010, versión e-book, p.13-23.

ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E.. *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea, 2.ed. revisada, 2.reimp., 2017.

43 Corte IDH. Declaración 01/2020, del 9 de abril de 2020. “Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

44 Esta Declaración fue objeto de análisis también en otro artículo referido a una situación de paternalismo injustificado. Ver: JUAN, G. R.. “Corona virus y paternalismo (in)justificado”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, p.42-51.

45 RÓDENAS, Ángeles. “Desafíos para la filosofía del derecho del Siglo XXI”, en: *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alicante, nº79, p.33-46, 2017, p.34. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.002>. Última consulta: 12 nov. 2018.

ALEXY, R.. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ALEXY, R.. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2.ed. en español, 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ATIENZA, M.. "Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N°37, 2014, p.299-318.

ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J.. "Sobre principios y reglas", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N°10, 1991, p.101-120.

BERNAL PULIDO, C.. "Estudio introductorio", en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2.ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

DWORKIN, R.. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 8.impr. Barcelona: Ariel, 2010.

DWORKIN, R.. *Una cuestión de principios*. Trad. Victoria de los Angeles Boschioli. 2.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2017.

GADAMER, H. G.. *Verdad y método*. Trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

HABERMAS, J.. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de la 4ª edición de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

JUAN, G. R.. "La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos", en *Revista Boliviana de Derecho*. Disponible en: <https://www.revista-rbd.com/> En prensa.

JUAN, G. R.. "Corona virus y paternalismo (in)justificado". En *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, p.42-51.

NINO, C.. *Introducción al análisis del derecho*. 2.ed. ampliada y revisada, 18ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2015.

PEREZ LUÑO, A. E.. "Dogmática de los Derechos Fundamentales y transformaciones del sistema constitucional", En: *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N°20, 2007, p.495-511.

RÓDENAS, Á.. "Desafíos para la filosofía del derecho del Siglo XXI", en: *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alicante, N°79, p.33-46, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.002>. Última consulta: 12 nov. 2018.

JURISPRUDENCIA

1. CORTE IDH:

Fallos:

Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 25771.

Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.

Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397.

Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396.

Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391.

Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 89,

Declaración:

Declaración 01/2020, del 9 de abril de 2020. "Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales".

Opiniones consultivas:

OC 05/1985, 13 de noviembre de 1985.

OC 21/2014, 19 de agosto de 2014.

2. Tribunal Constitucional de España.

Sentencia 66/1995, Disponible en: https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2920#complete_resolucion&fundamentos.

3. Tribunal Constitucional de Colombia.

Sentencia C-234/19. Expediente D-11932. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 538, numeral 3 (parcial), del Decreto 410 de 1971, "[p]or el cual se expide el Código de Comercio". Demandantes: Javier Ignacio García Méndez y Diógenes Valbuena García. 29 de mayo de 2019. El fallo completo está disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-234-19.htm>.

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Fallo en causa M2333. XLII. y otros "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", 13/07/2007. Fallos: 330:3248.

Fallo 4662/2015 "Acuerdo para el Bicentenario c/ Provincia de Tucumán s/ amparo", 11/07/2017, Fallos: 340:914

Fallo 212/2015/RHI "Aparicio, Patricia Aurelia y otros si infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)", 27/02/2018, Fallos: 341-150.

ACCIONES DE GARANTÍA FRENTE AL COVID-19: UN ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EL DERECHO A LA SALUD ENTRE BOLIVIA Y BRASIL

Alex Cabello Ayzama

Máster en Derecho por la Universidad Federal de Uberlândia, Minas Gerais, Brasil. Especialista en Derecho Constitucional, Penal e Internacional. Profesor invitado por la Universidad del Valle Bolivia. Investigador del Grupo de Estudios de Derecho, Globalización y Ciudadanía, del Grupo de Estudio e Investigación en Dirección Internacional, del Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados (LAECC-UFU), del Migración y gestión de la salud (MIGRAST-UFU). Abogado.

Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa

Postgrado en Derecho Laboral y Proceso. Máster en Fronteras y Derechos Humanos por la Universidad Federal de Grande Dourados. Profesora de derecho civil y práctica procesal. Asesora en el Centro de Práctica y Asistencia Jurídica. Coordinadora del grupo de investigación Movilidad, Integración y Derechos Humanos de UNIGRAN Dourados, Mato Grosso do Sul. Profesora Asociada en la Academia Brasileña de Derecho Internacional. Abogada.

Sumário: 1 Introducción; 2 Un aporte sobre la comprensión del derecho a la salud; 3 Políticas sanitarias frente al COVID-19: análisis deductivo y comparativo; 4 Situación del derecho a la salud de los migrantes indocumentados bolivianos en Brasil como grupo desaventajado; 5 Consideraciones finales; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

Es evidente que la propagación de la enfermedad provocada por el patógeno SARS-Cov-2 profundizó la discusión sobre la garantía de los derechos humanos y las políticas públicas que los gobiernos desarrollan e implementan para cumplir con sus obligaciones contraídas a partir de los instrumentos internacionales. La crisis sanitaria por el COVID-19 confirmó la existencia de una brecha de desigualdad social, principalmente en América Latina, lo cual fue confirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Resolución 01/2020 sobre pandemia y derechos humanos en las Américas; en el que manifiesta que la región es la más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región, dificultando o impidiendo a millones de personas tomar medidas básicas de prevención, en particular cuando afecta a grupos en situación especial de vulnerabilidad.

Esta afirmación, encuentra un sustento en los datos de organismos internacionales que se presentan en la tercera sección de este documento, en el cual se puede evidenciar a través de datos estadísticos, la desigualdad social que existe en América Latina. Pero esa brecha también se encuentra entre la población y la clase política de América Latina; lo cual es más preocupante todavía, asumiendo que es durante la crisis sanitaria cuando la población necesita más de esa clase para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Es así que el objetivo del presente texto es analizar el impacto del COVID-19 en Bolivia y Brasil, además de estudiar la política de salud adoptada por ambos. Si bien los objetivos específicos son analizar un panorama global de COVID-19, demostrar el enfrentamiento de los gobiernos boliviano y brasileño a la pandemia y examinar la situación de los migrantes bolivianos indocumentados en Brasil; la justificación académica se encuentra en el estudio de la migración de bolivianos a Brasil en busca de trabajo y recientemente asistencia médica, como un grupo desaventajado. Bajo ese contexto, el trabajo se organiza en cuatro secciones: en la sección inicial, se presenta algunos aspectos generales para comprender la salud como un derecho humano y de cómo llega a tomar mayor relevancia a razón de la propagación del COVID-19. La tercera sección hace un análisis comparativo entre las políticas de salud pública de los gobiernos de Bolivia y Brasil y la manera de enfrentar la crisis sanitaria en resguardo de los derechos fundamentales. La cuarta sección trata sobre la situación de los migrantes bolivianos indocumentados, el cierre de la frontera seca y la vulneración del Estado brasileño en su propia disposición legal, incluida una norma fundamental prevista en el texto constitucional.

A través de esta participación, se pretende aportar en la discusión por la garantía de los derechos fundamentales sin que exista un condicionante como la ciudadanía para la protección principalmente de los grupos desaventajados para poder enfrentar futuras etapas de crisis que pueden acechar al mundo.

2 UN APORTE PARA LA COMPRESIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Cuando se inicia el estudio sobre salud en el ámbito académico jurídico, debe partirse desde la premisa que la salud constituye un derecho humano; y como tal, se encuentra protegida a través de todas las características de los derechos humanos, vale decir que al igual que los demás derechos, el derecho a la salud es: universal, irrenunciable, indivisible, etc. En tal sentido, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), como instrumento inicial del Sistema Internacional de Derechos Humanos, mediante el cual se

busca que los derechos sean protegidos por un régimen de Derecho y para lo cual los Estados se comprometen a asegurar el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; se establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación [...]. Se sabe que los instrumentos globales son fundamentales para establecer parámetros mínimos a ser seguidos, y los instrumentos regionales son más auténticos para atender las necesidades específicas de pueblos de determinada región, en razón de la aproximación geográfica de los Estados involucrados¹.

Pero ¿qué implica el derecho a la salud? El derecho a la salud no solo está relacionado con la ausencia de enfermedad y/o dolencias en las personas; en ese sentido, Squella explica que esa denominación es incorrecta, ya que si tuviéramos – estrictamente hablando – un “derecho a la salud”, ello equivaldría a algo así como a un derecho a no enfermar². Y evidentemente, la salud como un derecho envuelve muchas acciones de prevención, garantía, promoción y protección compartida entre el Estado y las personas. En ese mismo sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través de su Constitución, precisa que:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. [...] El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. [...] Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas³.

Al ser la salud un derecho social, hace parte de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, contemplado a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), específicamente mediante el artículo 12, por el cual, los Estados Partes, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Así mismo, el PIDESC detalla que los Estados deben concentrarse al trabajo a partir de cuatro ejes fundamentales: a) reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y, d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Debe tomarse en cuenta que para alcanzar el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental – establecido por el PIDESC – el trabajo del Estado deberá enfocarse en amplias esferas que permitan la garantía de la interdependencia de los derechos humanos, vale decir, que, por la característica del derecho a la salud, el Estado deberá garantizar otros derechos relacionados a este, como, por ejemplo: el derecho a la alimentación, servicios básicos, agua potable, medio ambiente, etc. En ese mismo sentido, la Observación General No. 14, expone la importancia de la interpretación del artículo 12 del PIDESC explicando que dicho artículo

1 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

2 SQUELLA, A. El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas. In: *Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Valparaíso, Chile: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2006, p.103-133.

3 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD – OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. *Documentos Básicos suplemento de la 45 edición*. Disponible en: <https://is.gd/xgrhbR> Acceso en: 25 jul. 2020.

[...]reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano (parr. 4)⁴.

En ese sentido, se puede evidenciar que el derecho a la salud se encuentra catalogado como un derecho humano, fundamentalísimo para el desarrollo de la vida de las personas, cuya responsabilidad se encuentra en manos del Estado para poder brindar protección y garantía de este derecho a través de una interpretación amplia hacia la población. Esta breve orientación al lector sobre las organizaciones internacionales vinculadas a la promoción de la salud y el bienestar mundiales y regionales es necesaria para esbozar la coyuntura de los esfuerzos relativos a la preservación de la vida humana en la pandemia mundial declarada en 2020, debido al COVID 19.

La beta coronavirus desconocido fue diagnosticado el 30 de diciembre de 2019 por científicos chinos, en un grupo de pacientes con neumonía de causa desconocida vinculada al mercado mayorista de mariscos en la ciudad de Wuhan, China⁵.

Células epiteliales de las vías respiratorias humanas se utilizaron para aislar un nuevo coronavirus, llamado 2019-nCoV, que formó un clado dentro del subgénero sarbecovirus, subfamilia Orthocoronavirinae. A diferencia del MERS-CoV y SARS-CoV, 2019-nCoV es el séptimo miembro de la familia coronavirus que infecta a los seres humanos (traducción nuestra).

Y debido al alto grado de transmisibilidad que la OMS el 30 de enero de 2020 pronunció un esplendor mundial de salud pública causado por el nuevo COVID-19 y el 11 de marzo de 2020 COVID-19 declarado como pandemia mundial; alertando a la población y a los Estados para que puedan actuar en precautela de la seguridad de sus ciudadanos.

3 POLÍTICAS SANITARIAS FRENTE AL COVID-19: ANÁLISIS DEDUCTIVO Y COMPARATIVO

El rápido avance de la enfermedad producida por el patógeno SARS-CoV-2 (COVID-19), llevó a la OMS a declarar el 30 de enero de 2020 una emergencia de salud pública de preocupación internacional. Para el 11 de marzo, la OMS convocó a una rueda de prensa para informar sobre el estado de propagación del COVID-19; hasta aquel momento, “el número de casos de COVID-19 fuera de China se ha[bía] multiplicado por 13, y el número de países afectados se ha triplicado [...] con más de 118.000 casos en 114 países, y 4291 personas han perdido la vida”⁶. Frente a este escenario, la OMS asumió la decisión de declarar al COVID-19 como una pandemia, esto a razón del alto nivel de propagación del COVID-19 por diversos países del mundo. Siendo Brasil el primer país en América Latina, en reportar casos positivos de COVID-19.

Pero, ¿cuál era la situación de América Latina a momento de ser afectada por el

4 RED-DESCA. *Observación general Nº 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. En línea. Disponible en: <https://n9.cl/lvwf> Acceso en: 16 ago. 2020.

5 ZHU, Na *et al.* A Novel Coronavirus from Patients with Pneumonia in China, 2019. *The new england journal of medicine*, Estados Unidos, p. 723-733, 20 feb. 2020. Disponible en: <https://n9.cl/pnyz>. Acceso en: 23 ago. 2020.

6 Extracto de la alocución del Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, en el marco de la rueda de prensa de 11 de marzo de 2020.

COVID-19? Antes de que el virus llegara a América Latina, los medios de comunicación se encargaban de exponer las políticas sanitarias implementadas en otros continentes, como Europa o Asia. Sin embargo, resultaba evidente que, ante la inminente llegada del coronavirus a América Latina, la situación iba a ser diferente, por no decir que crítica, principalmente por el margen de desigualdad existente en la zona. En ese sentido, de acuerdo a los datos de la Comisión Económica para América y el Caribe (CEPAL), el índice de pobreza y pobreza extrema en América Latina y el Caribe (ALC), ascendió entre los años de 2018 y 2019; de un 30.1% y 10.7% de pobreza y pobreza extrema respectivamente en el año 2018 a un 30.8% y 11.5% de pobreza y pobreza extrema respectivamente para el año 2019⁷. Por otra parte, el índice de desempleo en ALC reportado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al final de 2019 alcanzó el 8.1%, es decir que, 26 millones de personas se encontraban en búsqueda de empleo⁸. Finalmente, el Fondo Monetario Internacional (FMI), reportó que el nivel de informalidad a octubre de 2019, llegó a representar el 50% del empleo total a pesar de los esfuerzos de algunos países que han podido contrastar esos niveles gracias a inversión en educación.

A pesar de las orientaciones técnicas sobre el nuevo coronavirus, publicada por la OMS, la única opción en aquel momento parecía estar concentrada en la implementación de periodos de confinamiento para evitar la propagación del COVID-19 y el colapso del débil sistema de salud de América Latina. En ese sentido, y como parte principal del presente documento, a continuación, se realiza un análisis comparativo entre Bolivia y Brasil sobre la salud como un derecho y las medidas adoptadas por ambos países para afrontar la crisis sanitaria mundial.

a. BOLIVIA

En el caso de Bolivia, la salud como derecho se encuentra vigente a partir de la Constitución Política de 1938. Sin embargo, desenvuelve un mayor alcance a partir de la reforma constitucional del año 2009, en la que presenta un exhaustivo trabajo en la parte dogmática con el reconocimiento de los derechos fundamentales, políticos, económicos sociales y ambientales⁹. En ese sentido, la ampliación de las características de la salud como un derecho, se relaciona estrechamente con el principio ético-moral del vivir bien¹⁰, inscrito en el artículo 8 de la Constitución Política del Estado (CPE). Esta ampliación al derecho a la salud se encuentra descrita en el artículo 18 de la CPE, mediante el cual, el Estado asume la responsabilidad de garantizar la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas a través de un sistema único de salud, de carácter universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social bajo la creación de políticas públicas que permitan su aseguramiento. Es así que la salud se torna en un punto de atención prioritaria para el Estado, ya que de acuerdo al artículo 37 de la CPE, se constituye en la

7 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LÁTINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Panorama Social de América Latina, 2019*. 1.ed. Santiago, Chile: CEPAL, 2019.

8 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT. *Panorama Laboral 2019: América Latina y el Caribe*. 1.ed. Lima, Perú: OIT, 2019.

9 AYZAMA, Alex. La reforma constitucional boliviana de 2009: un corto balance sobre los principales cambios en el Estado plurinacional. In. WALMOTT, A.; LIMA, S. (Cord.). *Escritos Sobre Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Uberlândia, Brasil. LAECC, 2020.

10 A partir del preámbulo de la CPE, el Constituyente establece que Bolivia es un Estado donde predomina la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, etc. Pero, sobre todo, se destaca la convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. De acuerdo a la ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien; el vivir bien significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo.

función suprema y de primera responsabilidad financiera del Estado.

Sin embargo, las características construidas a partir de la reforma constitucional del 2009 sobre el derecho a la salud, recién pudieron ser efectivizadas el año 2019, vale decir, diez años después de la promulgación de la reforma constitucional. Es así que la ley 1152 de febrero de 2019, amplía la atención sanitaria a través del Seguro Universal de Salud (SUS) a las personas que no cuentan con seguridad social de corto plazo, incluyendo en algunos casos a las personas extranjeras. En ese sentido, el capítulo II de la ley 1152, explica que los beneficiarios del SUS son:

- a) Las bolivianas y los bolivianos que no están protegidos por el Subsector de la Seguridad Social de Corto Plazo.
- b) Las personas extranjeras que no están protegidas por el Subsector de la Seguridad Social de Corto Plazo, en el marco de instrumentos internacionales, bajo el principio de reciprocidad y en las mismas condiciones que las y los bolivianos, de acuerdo a la presente Ley.
- c) Las personas extranjeras que se encuentran en el Estado Plurinacional de Bolivia no comprendidas en el inciso b) del presente artículo y que pertenezcan a los siguientes grupos poblacionales: 1. Mujeres embarazadas, desde el inicio de la gestación hasta los seis (6) meses posteriores al parto; 2. Mujeres respecto a atenciones de salud sexual y reproductiva; 3. Niñas y niños menores de cinco (5) años de edad; 4. Mujeres y hombres a partir de los sesenta (60) años de edad; 5. Personas con discapacidades que se encuentren calificadas de acuerdo a normativa vigente¹¹.

Para cuando el COVID-19 llegó a Bolivia, se encontró con un sistema de salud recientemente modificado, con un antecedente de baja inversión durante los años 2011 a 2017. De acuerdo a los datos de la OMS, el incremento presupuestario entre esos años apenas alcanzó el 1%, del 5.5% al 6.4% del PIB¹², lo cual también afectó en cierta medida al momento de adoptar políticas de contención y de atención a la población durante la etapa de pandemia. Otro de las consecuencias de la baja inversión en el sistema de salud se reflejó en los recursos humanos del sistema sanitario; de acuerdo a los indicadores de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) los recursos humanos de médicos por cada 10.000 habitantes eran de 8.0 de médicos y de 3.9 de enfermeras; una cifra muy por debajo a comparación de países con similar cantidad de población y extensión territorial como Ecuador o Uruguay¹³.

Las políticas sanitarias desarrolladas e implementadas por el gobierno boliviano fueron desenvolviéndose durante cuatro etapas: la primera etapa de urgencia sanitaria y preparación, la segunda etapa de confinamiento generalizado de la población y contención del virus, la tercera etapa de flexibilización del confinamiento y, la cuarta etapa de reanudación de las actividades económicas. La llegada del COVID-19 a América Latina, obligó al Estado a trabajar en acciones que permitan desburocratizar los procesos de adquisición de implementos de bioseguridad, medicamentos, equipos y personal de salud; razón por lo que se promulgó el Decreto Supremo (DS) 4174, con el objetivo de preparar y reforzar el débil sistema de salud.

11 BOLIVIA. Ley 1152 - Ley modificatoria a la ley N° 475 de 30 de diciembre de 2013, de Prestaciones De Servicios De Salud Integral Del Estado Plurinacional De Bolivia, modificada por ley N° 1069 de 28 de mayo de 2018; Hacia el Sistema Único De Salud, Universal y Gratuito. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz., 2019. Disponible en: <https://is.gd/ynljuM>. Acceso en: 26 jul. 2020.

12 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. *Global Health Expenditure Database; Health Expenditure Profile Bolivia Plurinational States of. 2018*. Disponible en: <https://is.gd/saludbolivia>. Acceso en: 25 may 2020.

13 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD – OPS. Plataforma de Información en Salud para las Américas. *Indicadores de Salud*. Disponible en: <https://is.gd/qvQxyj>. Acceso en: 20 ago. 2020.

Sin embargo, hubo una tardía reacción por parte del Estado, principalmente porque desde el reporte del primer caso positivo de COVID-19 en el país:

[...] se demoró tres días en asumir una acción respecto a los vuelos procedentes desde Europa; seis días para la suspensión de vuelos procedentes de la región asiática; siete días para la declaratoria de emergencia sanitaria nacional y restricciones de contención en contra del COVID-19; y, once días para la declaratoria de cuarentena total contra el contagio y propagación del COVID-19, tomando en cuenta que hasta ese momento, Bolivia ya contaba con 19 casos confirmados y 168 casos sospechosos, con una gran mayoría de ellos importados desde Europa¹⁴.

La tardía reacción y la falta de seguimiento de los protocolos elaborados por la OMS y la socialización del documento de orientación provisional sobre la comunicación de riesgos y participación comunitaria (RCCE) en la preparación y respuesta frente al nuevo coronavirus por parte del Estado con los ciudadanos, llevó a una serie de confusiones y de mala información sobre los riesgos y formas de contagio del COVID-19¹⁵. A través del DS 4199 se declaró el periodo de cuarentena total en todo el territorio boliviano, con limitaciones principalmente al derecho a la locomoción y la suspensión de todo tipo de actividades públicas y privadas, a excepción de los servicios de ayuda y auxilio. El ingreso al periodo de confinamiento significó un esfuerzo mayor para la población boliviana, toda vez que gran porcentaje de su población depende del comercio informal, por lo que prácticamente viven de las ventas del día¹⁶. Ante esa situación, el gobierno aprobó formas de ayuda a la población, como ser el descuento en el pago de servicios básicos y el diferimiento de pagos de créditos¹⁷; y, el pago de un bono único de ayuda a las familias¹⁸. Estas políticas sociales, ayudó principalmente a las personas de escasos recursos, de igual manera, garantizó el derecho de acceso a los servicios básicos, principalmente para asegurar el derecho a la educación, que se fue desarrollando vía servicio de internet.

A pesar de las disposiciones promulgadas por el Estado, las cifras de contagio continuaron en ascenso, lo cual se debió a dos razones: el poco o nulo control en los centros de abastecimientos¹⁹ y la pronta medida de desconfinamiento que inició de manera gradual y condicionada el 1 de mayo²⁰.

14 AYZAMA, Alex. ALCOCER, Duveiza. El derecho a la salud frente al COVID-19: un balance interpretativo y analítico sobre las políticas sanitarias y de contención en Bolivia. *A pandemia e o direito*: USP, 2020.

15 Por la nula comunicación a la población y, por ende, por el miedo en la población; se suscitaron hechos como la obstrucción por parte de vecinos a la construcción de cementerios estrictamente para fallecidos por COVID-19. Como también, la oposición a la instalación de hospitales especializados para atención de pacientes con COVID-19; la persecución a enfermeras, médicos, personal de salud y a enfermos con COVID-19.

16 Según el estudio de MEDINA, Leandro; SCHNEIDER, Friedrich. *Shadow Economies Around the World: ¿What Did We Learn Over the Last 20 Years?* Washington, International Monetary Fund, 2018, p.23, las tres economías en sombra más grandes son: Zimbabue con 60.6, Bolivia con 62.3 y Georgia con 64.9 por ciento del PIB oficial.

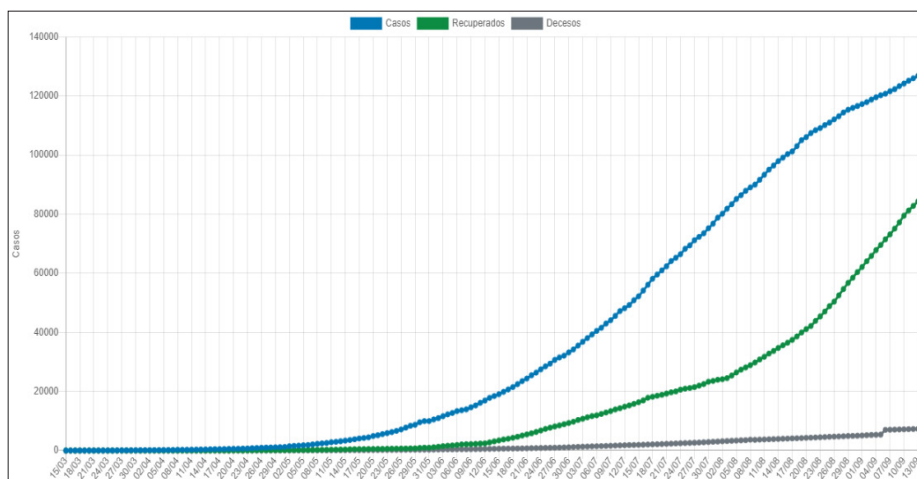
17 Contemplado a través de la ley 1294 y el DS 4206 del 01 de abril de 2020.

18 Contemplado a través del DS 4197 de 18 de marzo de 2020 y DS 4210 de 8 de abril de 2020.

19 Los medios de comunicación reportaron problemas en centros de abastecimiento populares, principalmente en las ciudades con mayor población donde no se respetaban las medidas de salubridad, como distanciamiento social, uso de barbijos y alcohol en gel y otras medidas anunciadas por el decreto supremo. Cf. MEZA, Sulema. No hay control del cédula de identidad en varios mercados de la ciudad. Opinión: diario de circulación nacional. 2020. Disponible en: <https://is.gd/n8lpTo>.

20 De acuerdo al DS 4229 de 28 de abril de 2020, se amplió la vigencia de la cuarentena por la emergencia sanitaria nacional del COVID-19, sin embargo, se estableció que, a partir del mes de mayo, se empezaba a establecer la cuarentena dinámica de acuerdo al grado de calificación de los municipios del país.

Cuadro 1: Evolución de casos positivos de COVID-19 en Bolivia



Fuente: Bolivia Segura; Ministerio de Salud y Deportes.²¹

Analizando el gráfico que antecede, se puede observar una mayor tasa de ascenso de casos positivos de COVID-19 a partir del mes de mayo, con mayor ascenso en las etapas de desconfinamiento o cuarentena dinámica y flexible, alcanzando los picos más altos a partir del mes de julio y agosto; con lo que se puede deducir como un efecto de la tarde reacción del Estado en el proceso de contención del virus.

b. BRASIL

El derecho a la salud está garantizado constitucionalmente por el artículo 7 de la Constitución de la República Federal de Brasil (CRFB/88) y regulado de manera más específica en la sección de Seguridad Social, como “un conjunto de acciones de los poderes públicos y la sociedad, encaminadas a garantizar los derechos relacionados con la salud, a la seguridad social y la asistencia social”²². La seguridad social está prevista en el Título VIII - Del Orden Social, según Balera y Mussi la primacía del trabajo previsto en el art. 193 del CF/88 es fundamental para el logro del bienestar y la justicia social, colocando el trabajo como la base primaria del orden social.²³

Los principios de la seguridad social se establecen en el artículo 194, párrafo único, incisos I a VII de la CRFB / 1988. “Destacando - es que su nivel de interpretación y aplicación variará dentro de la seguridad social, en función de la incidencia de campo si el subsistema contributivas (pensiones) o no - subsistema contributiva (asistencia social y de salud pública)”²⁴.

Art. 194. La seguridad social comprende un conjunto integrado de iniciativas tomadas por los poderes públicos y la sociedad, encaminadas a garantizar los derechos relacionados con la salud, la seguridad social y la asistencia social. Párrafo único. Corresponde al Poder Público, en los términos de la ley, organizar la seguridad social, con base en los siguientes objetivos:

21 BOLIVIA. Gobierno del Estado. Bolivia Segura COVID-19: *Decretos y normativas sobre COVID-19*. Disponible en: <https://is.gd/bzTPf4>. Acceso en: 3 jun. 2020.

22 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

23 BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2009.

24 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

- I - universalidad de cobertura y servicio;
- II - uniformidad y equivalencia de beneficios y servicios a la población urbana y rural;
- III - selectividad y distribución en la prestación de beneficios y servicios;
- IV - irreductibilidad del valor de los beneficios;
- V - equidad en forma de participación en la financiación;
- VI - diversidad de la base de financiamiento;
- VII - Carácter democrático y descentralizado de la administración, a través de la gestión cuatripartita, con la participación de trabajadores, empleadores, jubilados y el Gobierno en órganos colegiados.²⁵

A la luz de este dispositivo, se destaca el principio de universalidad de cobertura y atención “significa que todos los riesgos sociales - o eventos - deben ser cubiertos, es decir, universalidad de cobertura; según el segundo, todas las personas deben tener protección social, es decir, servicio universal”²⁶. La promoción del derecho a la salud incluye acciones de iniciativa del gobierno para asegurar la universalidad y la cobertura de la atención que cuando se vincula a la seguridad social tiene por característica el acceso gratuito por disposición del artículo 196 de CRFB / 88, que garantiza que la salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado a través de políticas sociales y económicas orientadas a reducir el riesgo de enfermedades y otras enfermedades y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Para regular el derecho fundamental universal previsto en el texto constitucional, se reglamentó la Ley Orgánica No. 8.080 / 1990 del Sistema Único de Salud (SUS), que incluye entre sus atribuciones las acciones de vigilancia epidemiológica, ejecución de acciones de asistencia terapéutica integral, incluyendo empresa farmacéutica. Instituciones públicas federales, estatales y municipales en competencia para el control de calidad, investigación y producción de insumos, medicamentos²⁷.

El SUS es financiado por toda la sociedad brasileña y la política presupuestaria de este sistema es responsabilidad de la Unión, que decide y redistribuye los recursos financieros entre el Distrito Federal, los estados y municipios, según lo dispuesto en el artículo 198, § 3, inciso II de la CRFB / 88. En 2020, el presupuesto del Gobierno Federal para el área de salud fue de R\$ 164,65 mil millones, y hasta 09/2020 el total de gastos incurridos para el área de salud fue de R\$ 98,21 mil millones.

Debido al COVID-19, se instituyó la Ley No. 13979, de 6 de febrero de 2020, el cual prevé medidas para hacer frente a la emergencia de salud pública de importancia internacional resultante del coronavirus, pudiendo ser adoptada entre otras medidas: aislamiento; cuarentena; determinación de exámenes médicos obligatorios, pruebas de laboratorio, recolección de muestras clínicas, vacunación y otras medidas profilácticas o tratamientos médicos específicos; estudio o investigación epidemiológica; exhumación, necropsia, cremación y manejo de cadáveres. Además de estas medidas, también se reguló la restricción excepcional y temporal de entrada y salida del país, según recomendación técnica y fundamentada de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa), por carreteras, puertos o aeropuertos.

25 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, Disponible en: <https://bit.ly/32uzDXe>. Acceso en: 04 ago. 2019.

26 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

27 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília. Disponible en: <https://bit.ly/3ISokmP>. Acceso en: 30 ago. 2020.

Complementariamente, la Ordenanza No. 356, de 11 de marzo de 2020, establece la reglamentación y operatividad de lo dispuesto en la Ley No. 11979/20, estableciendo medidas de aislamiento, cuarentena, protocolos clínicos y lineamientos de Contingencia Nacional para garantizar la ejecución de las medidas profilácticas. y el tratamiento necesario.

Otro reglamento establecido fue la Ordenanza No. 204, de 29 de abril de 2020, que “establece la restricción excepcional y temporal al ingreso de extranjeros de cualquier nacionalidad, por vía terrestre, según lo recomendado por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria - Anvisa”.

Art. 4 La restricción a que se refiere esta Ordenanza no se aplica a:

- I - Brasileño, nacido o naturalizado;
- II - inmigrante con residencia permanente, por tiempo fijo o indefinido, en territorio brasileño;
- III - profesional extranjero en misión al servicio de una organización internacional, siempre que esté debidamente identificado;
- IV - empleado extranjero acreditado ante el Gobierno brasileño; y
- V - extranjero:
 - a) cónyuge, pareja, hijo, padre o curador de brasileño;
 - b) cuya entrada esté específicamente autorizada por el Gobierno brasileño en vista del interés público; y
 - c) portador del Registro Nacional de Migraciones²⁸.

Los ministros de Estado, jefe de la casa civil de la presidencia de la república, justicia y seguridad pública, infraestructura y salud, decidieron también sobre la no restricción de la ejecución de acciones humanitarias en las regiones fronterizas; el tráfico de residentes en ciudades gemelas, como Ponta Porã y Pedro Juan Caballero, venezolanos y bolivianos.

Art. 5 La restricción a que se refiere esta Ordenanza no impide:

- I - la ejecución de acciones humanitarias transfronterizas previamente autorizadas por las autoridades sanitarias locales;
 - II - el tráfico de residentes fronterizos en ciudades gemelas con línea fronteriza exclusivamente terrestre, previa presentación de un documento de residente fronterizo u otro documento acreditativo, siempre que se garantice la reciprocidad en el trato de los brasileños por parte del país vecino; y
 - III - el libre tráfico de transporte de carga por carretera, incluso si el conductor no se ajusta al papel del art. 4º, en forma de legislación.
- Párrafo único. Las disposiciones del inciso II del caput no aplican a la frontera con la República Bolivariana de Venezuela²⁹.

Por otro lado, el artículo 2 de la ordenanza respectiva, seguía siendo algo contradictorio con la restricción por carreteras u otros medios terrestres, de los extranjeros de cualquier nacionalidad. Esto se debe a que el Instituto de Pesquisa Económica Aplicada (IPEA) publicó la nota técnica No. 16, en mayo de 2020 - Pandemia y fronteras brasileñas: análisis de la evolución del COVID-19; el cual señala que el mayor número de casos y contagios se da en la costa brasileña, es decir, en los aeropuertos y no en la frontera seca, por vía terrestre.

Los primeros casos reportados en el país apuntaban a contagios contraídos en viajes o por contacto con viajeros procedentes de Europa. Del mismo

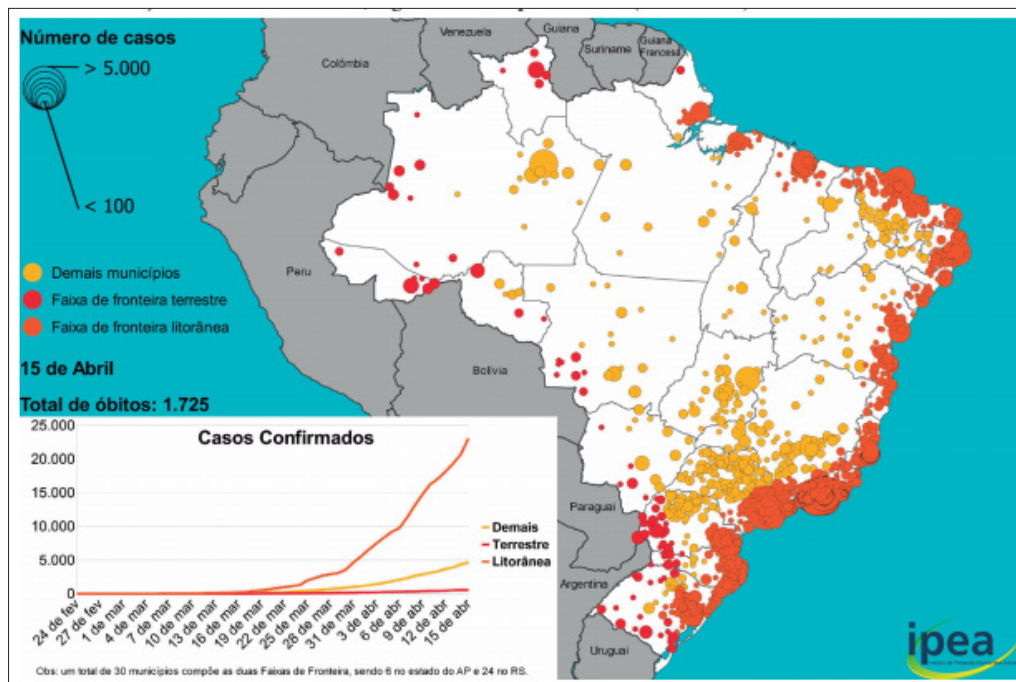
28 BRASIL. *Portaria nº 204, de 11 de março de 2020*. Dispõe sobre o fechamento da fronteira seca brasileira e restringe a entrada de estrangeiros. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YVDDRJ>. Acesso em: 30 ago. 2020.

29 BRASIL. *Portaria nº 204, de 11 de março de 2020*. Dispõe sobre o fechamento da fronteira seca brasileira e restringe a entrada de estrangeiros. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YVDDRJ>. Acesso em: 30 ago. 2020.

modo, gran parte de la contaminación de las personas de las Unidades Federativas Brasileñas se atribuyó al viaje o contacto con personas de São Paulo.

Si bien el cierre de la frontera terrestre se llevó a cabo con relativa rapidez, el simple acto de cerrar o reforzar el control en puertos y aeropuertos no sucedió. La entrada de extranjeros siguió liberada en vuelos internacionales, aunque se ha reducido el número de dichos vuelos, reflejando la caída de la demanda por parte de brasileños y la prohibición vuelos precedida por otros países³⁰.

Mapa 1: Distribución de casos por COVID-19



Fuente: Fiocruz, apud IPEA.³¹

La experiencia brasileña demuestra la importancia de medidas como el distanciamiento social, pero en cuanto a la medida sanitaria relativa al cierre de la frontera costera sigue clara como la “puerta de entrada” del SARS COVID-19, los aeropuertos que, debido a que se encuentran en las ciudades más pobladas, se extienden a gran escala. Si bien Brasil ha liberado el crédito extraordinario de R\$ 4.489.224.000,00 para salud, los hospitales no tenían suficientes camas, UCI y respiradores en los hospitales; así como la falta de equipos de protección para los profesionales de la salud. En cuanto a la frontera seca, una región transfronteriza, los problemas que surgen se deben a la alta vulnerabilidad social de las personas en tránsito, especialmente los migrantes indocumentados; el aumento del trabajo informal. Los residentes en las ciudades gemelas han sufrido medidas de contención - alambre de púas, cercas zanjias con energía eléctrica, alto control de la policía bajo la amenaza de ser llevados a prisión en los países vecinos, por ejemplo, residentes nietos en Pedro Juan, no pueden visitar a sus abuelos en Ponta Porã.

Otro aspecto a destacar es la situación de los bolivianos que cruzan la frontera entre

30 IPEA. *Nota Técnica nº 15*. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3IMdE8T>. Acesso em: 30 ago. 2020.

31 IPEA. *Nota Técnica nº 15*. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3IMdE8T>. Acesso em: 30 ago. 2020, p.34.

Bolivia y Brasil en busca de trabajo, la mayoría de los cuales obtienen un trabajo informal y terminan mudándose a los grandes centros urbanos brasileños, como la ciudad de São Paulo, donde hubo una alta tasa de contagio y un índice de casos letales de COVID-19.

La vulnerabilidad social de los migrantes bolivianos se agrava aún más, ya que no están documentados, no reciben permiso de trabajo, ni son reconocidos como trabajadores formales y con el SARS COVID-19 siguen siendo más vulnerables, ya que habitualmente viven en regiones. áreas periféricas de los centros urbanos, donde el aislamiento es más restringido, en consecuencia, la probabilidad de mayor contagio.

4 SITUACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS BOLIVIANOS EN BRASIL COMO GRUPO DESAVENTAJADO

La relación diplomática entre Brasil y Bolivia comenzó en 1940, pero se volvió más expresiva en 1950 con el programa de intercambio cultural. Así, Brasil comenzó a atraer estudiantes bolivianos para la calificación académica. Sin embargo, la mano de obra migrante boliviana en los talleres de costura de la ciudad de São Paulo comenzó a promoverse en 1960, cuando Brasil firmó el convenio con Corea del Sur³².

Los inmigrantes coreanos vendieron inicialmente ropa a judíos en los barrios de Brás y Bom Retiro, en la ciudad de São Paulo. Con el objetivo de obtener mayores ganancias, compraron máquinas de coser para fabricar la ropa que vendían, el trabajo de los coreanos inicialmente era familiar y luego comenzaron a contratar mano de obra boliviana³³. La contratación reprodujo el contexto “familiar” coreano de la empresa, los bolivianos (as) trabajaban, comían y dormían en el mismo lugar de trabajo. Las jornadas exhaustivas reflejan en la remuneración, ya que se basaba de acuerdo a la producción, es decir, prendas de vestir producido el mercado de divisas³⁴.

El resumen ejecutivo del Observatorio de Migraciones Internacionales (OBMigra) entre las principales nacionalidades de inmigrantes a Brasil de 2010 a 2018 son: 1 ° haitianos, 2 ° bolivianos, 3 ° venezolanos, 4 ° colombianos, 5 ° argentinos. Las principales nacionalidades a partir de 2018 son: 1° venezolanos 39%; 2.° haitianos 14,7%; 3.° colombianos 7.7%; 4° bolivianos 6,8% y 5° uruguayos 6,7 %³⁵.

La migración boliviana es una migración laboral, en busca de oportunidades laborales. «El fenómeno migratorio suele dar visibilidad a posibles desigualdades e incongruencias en las políticas públicas»³⁶. La vulnerabilidad de estas personas, especialmente la comprensión del idioma y la formación social del país de egreso, las convierte en blancos fáciles de discriminación, desigualdad ante la ley e inaccesibilidad al ejercicio efectivo de los derechos³⁷.

32 TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. *Os trabalhadores bolivianos em São Paulo: uma abordagem jurídica*. 2011. 202 f. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Mestrado da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP. Disponible en: <https://bit.ly/2QRIGz8>. Acceso em: 30 ago. 2020.

33 TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. *Os trabalhadores bolivianos em São Paulo: uma abordagem jurídica*. 2011. 202 f. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Mestrado da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP. Disponible en: <https://bit.ly/2QRIGz8>. Acceso em: 30 ago. 2020.

34 TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. *Os trabalhadores bolivianos em São Paulo: uma abordagem jurídica*. 2011. 202 f. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Mestrado da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP. Disponible en: <https://bit.ly/2QRIGz8>. Acceso em: 30 ago. 2020.

35 OBMigra. *Relatório Anual 2019*. Portal de Imigração. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QLB0IM>. Acceso em: 30 ago. 2020.

36 LUSI, Carmem. *Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio*. Psicologia USP, São Paulo, v. 26, n. 2, p.136-144, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2Z350hH>. Acceso em: 02 set. 2020.

37 CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*: Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. 2003. Disponível em: <https://bit.ly/2IVaPR4>. Acceso em: 30 ago. 2020.

Los trabajadores migrantes y otras personas deben tener garantizado sus derechos humanos, incluido el derecho al trabajo. El derecho al trabajo es un derecho humano, introducido en la capacidad cognitiva y/o funcional de cada individuo, la vida, y no el trabajo, es el gran “creador de todos los valores³⁸ dinamizados jurídicamente en ámbito nacional e internacional. Las instituciones jurídicas en ocasiones no funcionan no por falta de positivismo y/o por tener un derecho dado, sino porque carecen de mecanismos articuladores que les hagan leer lo señalado en el texto legal³⁹.

A menudo, los migrantes son sometidos a trabajos penosos, en razón de su condición humano vital, que depende de los frutos de la actividad laboral, por lo que “los casos de las víctimas extranjeras de la esclavitud laboral indican que este país aún persiste problemas en la inspección del trabajo, aún existen situaciones de vulnerabilidad social que las políticas no logran identificar y abordar correctamente”⁴⁰.

El caso de los bolivianos en los talleres textiles ya incluyó, en el estado de São Paulo, una Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) sobre Trabajo Esclavo en 2014. El requerimiento No. 1.479 / 2011, destinado a investigar la explotación de mano de obra esclava en actividades económicas urbanas⁴¹.

El CPI establecido por la Ley N ° 15/2014 evaluó que los trabajadores son sometidos a jornadas exhaustivas, mano de obra barata donde se atribuía una retribución a la confección de cada prenda por valor de R\$ 0,25 (veinticinco centavos) y se vende en las grandes tiendas nacionales por R\$ 100,00 (cien reales)⁴². Si bien se ha dado visibilidad de los migrantes bolivianos en los talleres textiles, eso no significa que haya terminado la explotación de dicha mano de obra. Con la inestabilidad económica global, los bolivianos continúan cruzando la frontera brasileña, en enero de 2020 se contabilizaban 25.728 bolivianos con registro de entrada a Brasil⁴³.

Resulta que el cierre de la frontera seca brasileña (Brasil - Bolivia) en razón del COVID-19 a pesar de que la Ordenanza No. 204/2020 ha eximido la situación de los bolivianos y esta población haya buscado asistencia médica en Brasil, principalmente en la ciudad de Corumbá, estado de Mato Grosso do Sul. Una vez más el obstáculo no es la regla, sino la vía administrativa en cuanto a “la ejecución de acciones humanitarias transfronterizas previamente autorizadas por las autoridades locales de salud” esto se debe a que no existe un protocolo de lo que serían las deliberaciones de acciones humanitarias que las localidades (municipios) pueden gestionar.

Además, algunos migrantes fueron deportados al buscar atención por parte del SUS en Corumbá⁴⁴. Esto vulnera el texto de la CRFB/88 y la propia Ley Orgánica del SUS, que brinda servicio a todos, sin excepción alguna en cuanto a nacionalidad.

En consecuencia, el ingreso de la población boliviana sin ninguna recepción,

38 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

39 AIZAWA, Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa. *Migrações E Globalização: a integração social dos(as) haitianos(as) em Mato Grosso do Sul*. Belo Horizonte: Arraes editores. 2020.

40 LUSSEI, Carmem. *Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio*. Psicologia USP, São Paulo, v. 26, n. 2, p.136-144, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2Z350hH>. Acceso en: 02 set. 2020.

41 BRASIL. Rádio Câmara. Trabalho Escravo: CPI foi à Bolívia para discutir contratação de trabalhadores para o Brasil. Brasília. 2014. Disponible en: <https://bit.ly/31Tv0sB>. Acceso em: 01 set. 2020.

42 BRASIL. Rádio Câmara. Trabalho Escravo: CPI foi à Bolívia para discutir contratação de trabalhadores para o Brasil. Brasília. 2014 b. Disponible en: <https://bit.ly/31Tv0sB>. Acceso en: 01 septiembre de 2020.

43 OBMIgra. *Relatório Mensal Janeiro 2020*. Portal de Imigração. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Q0nOYr>. Acceso em: 30 agosto 2020.

44 G1. *Bolivianos se arriscam por rotas clandestinas para conseguir atendimento médico no Brasil*. Jornal Nacional. Brasil. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/2QNsPjU>. Acceso em: 30 agosto 2020.

documentación, culmina en la falta de control sanitario sobre el contingente de personas que necesitan asistencia y, en consecuencia, posibles vulnerabilidades, como las ya enumeradas: laboral; pasan groseramente como “extraños” (de la etimología del idioma inglés *Stranger*) al cuidado del Estado brasileño, incluso desconociendo los principios establecidos en la Ley de Migración No. 13.445/2017.

5 CONSIDERACIONES FINALES

La llegada del COVID-19 significó un desafío para las autoridades estatales a fin de brindar y garantizar el bienestar social de su población. En el pasado, la realización de los derechos sociales, como el derecho a la salud, significó un costo y esto debe madurar en términos de políticas públicas que logren distribuir recursos para sus nacionales, tomando en cuenta las recomendaciones expresadas por los organismos internacionales. Tanto Bolivia como Brasil, comparten la obligación de garantizar el derecho a la salud a partir del reconocimiento a través de la Constitución Política; sin embargo, Brasil logró madurar más la idea de la garantía plena del derecho a la salud, ya que Bolivia demoró diez años desde su reforma constitucional en poder elaborar una política pública de efectivización del derecho reconocido y ampliado desde la reforma constitucional de 2009.

Es así que el COVID-19, develó la precariedad del sistema de salud boliviano, no solo en su estructura, también en su sistema de inversión, a eso se suma la lenta reacción del Estado para la implementación políticas sanitarias de contención del COVID-19, lo cuál hubiera evitado los incrementos de casos. A pesar que el gobierno implementó una serie de medidas sanitarias, estas no fueron desarrolladas adecuadamente, ya que incluso se pudo evidenciar la falta de información y socialización con la población, que hasta en último caso, negaban la existencia del COVID-19; lo cual también formó parte de las causas de propagación del virus.

En el caso de Brasil, esta garantía se expresa en el texto constitucional federal de 1988 como un derecho fundamental, de carácter universal, con sus mecanismos agilizados por la Ley No. 8.080/1990 y reiterado con la Ley de Migración No. 13.445/2017. Con la llegada del COVID-19, se asumieron diversas medidas sanitarias mediante la ley 13.979/2020, la ordenanza No. 356/2020 y la ordenanza No. 204/2020, que prevé el cierre de la frontera seca brasileña y restringe la entrada de extranjeros. Aunque, salvo la recepción de venezolanos y bolivianos, esta no es la medida adoptada por los órganos ejecutivos del Ministerio de Justicia en la región fronteriza. Recientemente se informó en un diario de gran circulación nacional brasileña que los bolivianos habían sido deportados cuando buscaban asistencia del SUS en el municipio de Corumbá, estado de Mato Grosso do Sul.

Las vulnerabilidades sociales, en diferentes momentos, de los migrantes bolivianos demuestran la necesidad de adoptar una política migratoria acogedora para estas personas. Principalmente, en lo que respecta a la documentación, dado que la visa humanitaria fue incorporada a la Ley de Migración No. 13.445/2017, se debe emitir de manera tenaz para ordenar el ingreso de bolivianos a Brasil, así como brindar acceso a la Tarjeta de Trabajo, Registro Individuos y tarjeta SUS. Además, el cierre de la frontera seca Brasil-Bolivia resalta la necesidad de deconstruir la frontera como fuente de criminalización, pero más bien de integración. Desde entonces, la investigación de IPEA no ha demostrado que la mayor puerta de entrada y difusión de COVID-19 sean los aeropuertos y las ciudades costeras.

Este período atípico también refuerza la necesidad de desarrollar un protocolo para que los organismos administrativos fronterizos y los municipios puedan desarrollar conjuntamente acuerdos específicos en las regiones transfronterizas. Con el fin de garantizar el cumplimiento

no solo de los protocolos legales, sino de la salud en situaciones como el COVID-19 y la reanudación paulatina de las actividades ordinarias y económicas en estas localidades.

Finalmente, es importante trabajar de manera conjunta a partir de los organismos internacionales especializados en políticas que permitan garantizar el acceso universal del derecho a la salud y servicios básicos, ya que este último también jugó un rol importante para evitar la propagación del virus. Se debe trabajar aún más en el desarrollo de políticas de garantía plena de los derechos humanos, para que la población, especialmente los que forman parte de grupos desaventajados, no sufran ante futuras adversidades.

REFERENCIAS

AIZAWA, Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa. *Migrações E Globalização: a integração social dos(as) haitianos(as) em Mato Grosso do Sul*. Belo Horizonte: Arraes editores. 2020.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

AYZAMA, Alex. ALCOCER, Duveiza. El derecho a la salud frente al COVID-19: un balance interpretativo y analítico sobre las políticas sanitarias y de contención en Bolivia. *A pandemia e o direito*: USP. 2020.

AYZAMA, Alex. La reforma constitucional boliviana de 2009: un corto balance sobre los principales cambios en el Estado plurinacional. In. WALMOTT, A.; LIMA, S. (Cord.). *Escritos Sobre Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. Ed. Uberlandia, Brasil. LAECC, 2020.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2009.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, 2009.

BOLIVIA. Gobierno del Estado. Bolivia Segura COVID-19: *Decretos y normativas sobre COVID-19*. Disponible en: <https://is.gd/bzTPf4> Acceso en: 3 jun. 2020.

BOLIVIA. Gobierno del Estado. Bolívia Segura COVID-19: Reporte Epidemiológico Nacional n. 79. La Paz, 2 jun. 2020. Disponible en: <https://www.boliviasegura.gob.bo>. Acceso en: 3 jun. 2020.

BOLIVIA. Ley 1152 - Ley modificatoria a la ley N° 475 de 30 de diciembre de 2013, de Prestaciones De Servicios De Salud Integral Del Estado Plurinacional De Bolivia, modificada por ley N° 1069 de 28 de mayo de 2018; Hacia el Sistema Único De Salud, Universal y Gratuito. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz., 2019. Disponible en: <https://is.gd/ynljuM> Acceso en 26 jul 2020.

BRASIL. Assembleia legislativa do estado de São Paulo: *CPI Trabalho Escravo*. São Paulo. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2EVq25U>. Acesso em 01 de setembro de 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, Disponível em: <https://bit.ly/32uzDXe>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. *Lei da Migração*. Brasília, Disponível em: <https://bit.ly/34JG4ag>. Acesso em: 02 setembros de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020*. Medidas para enfrentamento da COVID-19. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3IErvON>. Acesso em 28 de agosto de 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília. Disponível em: <https://bit.ly/3ISokmP>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 976 de 2020. Crédito Extraordinário para enfrentamento da COVID-19 e manutenção de contrato de gestão. Congresso Nacional. Brasília. 2020 d. Disponível em: <https://bit.ly/32QAPGL>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. Portaria nº 204, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre o fechamento da fronteira seca brasileira e restringe a entrada de estrangeiros. Brasília. 2020 c. Disponível em: <https://bit.ly/2YVDDRJ>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. Portaria nº 356, de 11 de março de 2020. Regulamenta a operacionalização da Lei nº 13.979/2020. Brasília. 2020 b. Disponível em: <https://bit.ly/3IErvON>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. Rádio Câmara. *Trabalho Escravo: CPI foi à Bolívia para discutir contratação de trabalhadores para o Brasil*. Brasília. 2014 b. Disponível em: <https://bit.ly/31Tv0sB>. Acesso em 01 de setembro de 2020.

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*: Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. 2003. Disponível em: <https://bit.ly/2IVaPR4>. Acesso em: 30 agosto 2020.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Panorama Social de América Latina, 2019*. 1.ed. Santiago, Chile: CEPAL, 2019.

G1. *Bolivianos se arriscam por rotas clandestinas para conseguir atendimento médico no Brasil*. Jornal Nacional. Brasil. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/2QNspjU>. Acesso em: 30 agosto 2020.

IPEA. *Nota Técnica nº 15*. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3IMdE8T>. Acesso em: 30 agosto 2020.

LUSI, Carmem. *Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio*. Psicologia USP, São Paulo, v. 26, n. 2, p.136-144, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Z35OhH>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

MEDINA, Leandro; SCHNEIDER, Friedrich. *Shadow Economies Around the World: ¿What Did We Learn Over the Last 20 Years?* Washington, International Monetary Fund, 2018.

MEZA, Sulema. No hay control del cédula de identidad en varios mercados de la ciudad. Opinión: diario de circulación nacional. 2020. Disponible en: <https://is.gd/n8lpTo>.

OBMIgra. *Relatório Anual 2019*. Portal de Imigração. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QLBOIM>. Acesso em: 30 agosto 2020.

OBMIgra. *Relatório Mensal janeiro 2020*. Portal de Imigração. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QOnOYr>. Acesso em: 30 agosto 2020.

ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos (UDHR) de 10 de diciembre de 1948*. Paris. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso en: 23 de ago. de 2020.

OPAS. *Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 23 ago. 2020

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT. *Panorama Laboral 2019: América Latina y el Caribe*. 1.ed. Lima, Perú: OIT, 2019.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD – OMS. Comunicación de riesgos y participación comunitaria (RCCE) en la preparación y respuesta frente al nuevo coronavirus de 2019 (2019-nCoV). *Orientaciones Provisionales*. Disponible en: <https://is.gd/MaGiRt> Acceso en 20 may 2020.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD – OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. *Documentos Básicos suplemento de la 45 edición*. Disponible en: <https://is.gd/xgrhbR> Acceso en: 25 may 2020.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. *Global Health Expenditure Database; Health Expenditure Profile Bolivia Plurinational States of. 2018*. Disponible en: <https://is.gd/saludbolivia> Acceso en: 25 may 2020.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD – OMS. Tendencias de la salud en las Américas 2019. Disponible en: <https://is.gd/2NPWnh> Acceso en: 25 may 2020.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD – OPS. Plataforma de Información en Salud para las Américas. *Indicadores de Salud*. Disponible en: <https://is.gd/qvQxyj> Acceso en 20 may 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RED-DESCA. *Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. En línea. Disponible en: <https://n9.cl/lwvf> Acceso en: 16 ago. 2020.

RED-DESCA. *Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*. En línea. Disponible en: <https://n9.cl/lwvf> Acceso en: 16 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SQUELLA, A. El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas. In: *Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Valparaíso, Chile: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2006. p. 103 – 133.

TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. *Os trabalhadores bolivianos em São Paulo: uma abordagem jurídica*. 2011. 202 f. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Mestrado da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo/SP. Disponível em: <https://bit.ly/2QRIGz8>. Acceso em: 30 agosto 2020.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZHU, Na et al. *A Novel Coronavirus from Patients with Pneumonia in China, 2019*. *The new england journal of medicine*, Estados Unidos, p. 723-733, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMoa2001017?articleTools=true>. Acceso em: 23 ago. 2020.

CONTROLE ORÇAMENTÁRIO VERSUS ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA¹

Mônia Clarissa Hennig Leal

Pós Doutora pela Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

Marcia Fernanda Alves

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.
Bolsista CAPES/PROSUC.
Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Jurisdição constitucional no contexto da pandemia: separação de poderes e "ativismo judicial"; 3 Estado de emergência e controle orçamentário; 4 Análise da medida cautelar proferida na ADI 6.357; 5 Conclusão; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.182-196, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

Este raro cenário repleto de incertezas em que o judiciário e também as ações políticas se encontram, ocupa grande espaço nas discussões dos estudiosos e, certamente, deixará marcas na sociedade. Diante da declaração de calamidade pública em razão da Covid-19, é preciso voltar o debate à atuação do Poder Judiciário, para melhor compreender a expectativa nele depositada como integrante da solução da crise, considerando para tanto a sensibilidade dos direitos fundamentais envolvidos, os limites constitucionais postos para a separação de poderes e, especialmente, a necessidade de agir com rapidez mediante a urgência dos fatos.

Com isso, o trabalho tem como tema a análise da posição do Supremo Tribunal Federal quanto à execução das leis orçamentárias durante o estado de calamidade pública e focou-se no seguinte problema: qual a argumentação e os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do estado de emergência e os *parâmetros de controle adotados na liminar do Ministro Alexandre de Moraes* na decisão da medida cautelar na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal?

Para o cumprimento deste objetivo, o trabalho está dividido em três partes: inicialmente será tratado sobre o protagonismo da jurisdição constitucional e de como isto se projeta para os momentos de exceção; após, acerca das alterações orçamentárias aprovadas em razão da pandemia, em especial sobre a Proposta de Emenda à Constituição n. 10/2020, apelidada de PEC do Orçamento de Guerra e, por fim, será analisada a decisão proferida na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente no que tange aos argumentos acerca do estado de emergência e os parâmetros de controle adotados.

Outrossim, o trabalho resulta tanto de uma pesquisa doutrinária como de análise de caso, realizada com base no método de abordagem dedutivo. Estabelecidos esses aspectos, o presente estudo justifica-se pela atualidade do debate e pela importância de uma análise sobre as questões legais que envolvem o tema, além da necessidade que os operadores do direito terão de entender e se adequarem às novidades e variáveis futuras.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA: SEPARAÇÃO DE PODERES E “ATIVISMO JUDICIAL”

Os cenários de emergência provocados pela pandemia da Covid-19 e seus reflexos afetarão todos os setores da sociedade brasileira e, neste contexto, surgem diversas medidas editadas pelo governo na intenção de atenuar a crise. Tais medidas estão sendo questionadas quase que instantaneamente junto ao Supremo Tribunal Federal, fazendo com que sua atuação ganhe ainda maior destaque, tendo-se em vista a necessidade de as pessoas conseguirem respostas políticas e jurídicas imediatas para regulamentar suas vidas durante a pandemia. Entretanto, devido a essa expectativa depositada no Poder Judiciário, corre-se o risco de assumir uma posição intervencionista e, nesse sentido, suas decisões serem tachadas de “ativismo judicial”².

Grande parte dos questionamentos que chegam até o Supremo Tribunal Federal partem de partidos políticos,³ outras de entidades que representam classes, como por exemplo,

2 Utilizar-se-á para este estudo a expressão “ativismo judicial” entre aspas, por se tratar de um pressuposto ativismo e, ainda, por não se pretender adentrar na discussão técnica acerca dessa questão.

3 Isso se dá em virtude de os partidos políticos terem adquirido legitimidade ativa para propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, por meio do disposto no artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal, buscando, muitas vezes, pela via judicial, os resultados que por vezes não conseguiriam alcançar pela via parlamentar ou eleitoral.

o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e até mesmo do próprio governo federal⁴, com o intuito de buscar amparo em suas ações realizadas no contexto de calamidade pública. Além disso, de acordo com o “Painel de Ações COVID-19”, disponibilizado no *site* do Supremo Tribunal Federal, já foram recebidas, desde a decretação do estado de emergência até o final do mês de julho de 2020, 4.093 ações relacionadas ao coronavírus.⁵

Desta forma, *é possível que sejam adotadas* medidas pouco usuais relativas ao estado de calamidade pública, com a consequente formação de uma jurisprudência da crise, tendo que se discutir a forma com que a Constituição deve ser lida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes⁶ afirma que, para um melhor agir durante a atual realidade econômica e social que se experimenta, a Administração Pública deverá atuar de forma rápida, com ações que poderão ser consideradas questionáveis se a Constituição Federal for vista de modo frio e seco, pois ela está “distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte”⁷. Para tanto, deverá haver uma abertura essencial à consciência hermenêutica da jurisdição constitucional, para tornar possível a observância dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro. Ou seja, é preciso evitar o enfraquecimento dos limites constitucionais e ao mesmo tempo garantir o não perecimento da população, seja por questões sociais advindas da crise ou pela própria doença.

Todavia, essa postura intervencionista que agora se exige do Estado e esse pensamento de necessidade de resposta imediata que paira sobre a Administração Pública e o Judiciário neste momento de crise, pode ser considerada um fator de risco para a relativização das barreiras constitucionais, “levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente”⁸. Desta forma, mostra-se oportuno trazer ao debate as lições de Holmes⁹, o qual demonstra que justamente nas situações em que aparentemente se exige uma ação rápida e urgente é que mais se faz importante seguir protocolos, mesmo que isso demande mais tempo, para que seja possível “minimizar o risco de cometer erros fatais, mas evitáveis sob as pressões psicologicamente perturbadoras do momento.”¹⁰

Neste sentido, chama-se atenção para o fato de que, em momentos excepcionais, a jurisdição constitucional se apresenta como um elemento ainda mais importante, considerando a necessidade de se fazer uma mediação entre os conflitos e tensionamentos que se conformam, sendo o Direito o principal meio para assegurar a democracia, ainda que em meio a circunstâncias excepcionais. Além disso, as ações realizadas em momento de grave

4 A exemplo disso está a ADI 6.357, que versa sobre pedido de concessão de interpretação conforme a Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput, in fine* e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, e que será aqui analisada posteriormente.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Painel de Ações Covid 19. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

6 MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. In: Revista Consultor Jurídico, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-criese-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

7 MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-criese-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

8 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

9 HOLMES, Stephen. In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. *California Law Review*, vol. 97, n. 2, p. 301-355, 2009, p. 302.

10 Texto original: “minimize the risk of making fatal-but-avoidable mistakes under the psychologically flustering pressures of the moment.”

crise exigem cuidados redobrados, pois deve-se intensificar a necessidade de fiscalização dos atos políticos da Administração, em razão da urgência e da relativização de determinados procedimentos, e, em face disso, se intensifica a responsabilidade e necessidade de fiscalização das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Isso por que as decisões daquele órgão poderão dar amparo jurídico a ações não desejadas e base para a juristocracia¹¹, o que pode gerar uma degradação da democracia constitucional e, desta forma, é preciso impor limites e constrangimentos ao Poder Judiciário, em razão da força que ele tem assumido. Neste sentido, argumenta Leal¹², ao salientar que, ao abrir espaço para uma atuação hermenêutica extensiva do Poder Judiciário “[...] correr-se-ia o risco de um certo autoritarismo hermenêutico em detrimento de outras interpretações igualmente constitucionais, já que estes contornos são, muitas vezes, *tênues e imprecisos*”.

Por outro lado, em períodos excepcionais há uma ampliação de poderes no âmbito do Poder Executivo, centralizando-os na autoridade presidencial e reforçando a ideia dos “hiperpresidencialismos” referidos por Gargarella¹³, no sentido do que já se observa nos demais países da América Latina, o que pode vir a comprometer os mecanismos de participação popular, essenciais no modelo de Estado Democrático de Direito. Desta forma, o uso das competências e prerrogativas que possui o Presidente da República - como a expedição de medidas provisórias com força de lei, propositura de emendas à Constituição e o poder de editar decretos, por exemplo -, se intensificam, o que pode ser verificado através das diversas medidas provisórias editadas desde o Decreto de estado de calamidade pública, publicado em março desse ano.

Além disso, passa-se por um período em que alguns políticos não possuem “confiança na ciência, nas instituições e na cooperação internacional. Como resultado, enfrentamos a crise atual sem líderes que possam inspirar, organizar e financiar uma resposta global coordenada”¹⁴. Essa situação é vivenciada no Brasil, porquanto o Chefe do Poder Executivo menospreza as orientações de médicos e cientistas durante a pandemia do coronavírus, conforme relata Conci:

Enquanto o Ministério da Saúde vinha adotando medidas de isolamento social e defendendo a suspensão de atividades comerciais e empresariais, no que acompanhava, assim, as políticas implantadas por outras nações e as recomendações da própria OMS, o Presidente da República, em inúmeras ocasiões, agiu em contrariedade às diretrizes de sua própria equipe, inclusive rompendo o isolamento. Com frequência, tem saindo às ruas para encontrar apoiadores, apertar suas mãos e provocar aglomerações, razão pela qual tem atraído severas críticas. Em pronunciamento em cadeia nacional, Jair Bolsonaro, mesmo diante de milhares de mortes causadas pelo COVID-19 em todo o mundo, tentou minizar (sic) a pandemia dizendo tratar-se de uma “gripezinha” ou “resfriadinho”.¹⁵

11 Juristocracia é o termo cunhado por Ran Hirschl, professor de Ciência Política e Direito na Universidade de Toronto, utilizado para explicar a crescente transferência de decisões que originalmente caberiam às instituições representativas ao Poder Judiciário com a conseqüente transformação na engenharia constitucional diante da invasão na esfera dos demais Poderes. (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004).

12 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.83.

13 GARGARELLA, Roberto. Revisão judicial em democracias defeituosas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n. 2, p.153-169, 2019.

14 HARARI, Yuval Noah. Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade (Breve Companhia). Tradução: Odorico Leal. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020, p.94.

15 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Covid-19 e democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo. In: *O direito público em tempos pandêmicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020, p.36.

Não bastasse isso, houve a veiculação pelo governo federal de uma campanha publicitária com o slogan “o Brasil não pode parar”, convocando a população a retomar às suas atividades plenas, diminuindo a gravidade e os riscos da Covid-19, todavia, referida publicidade foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da decisão proferida na ADPF 669, de relatoria do ministro Luiz Roberto Barroso. Assim, há quem entenda que a atuação do Poder Judiciário seja necessária para garantir os direitos presentes na Constituição Federal frente a um governo que possui um *déficit* democrático, com postura e medidas de cunho ditatorial e que descumpra as orientações sanitárias:

De fato, e como se sabe, algumas recentes decisões por parte do Supremo Tribunal Federal têm sido acusadas de atentatórias à divisão ou independência dos poderes. Olvida-se, no entanto, que, em primeiro lugar, o Judiciário não atua por vontade própria, senão quando provocado. E diversas de suas colocações buscam, sim, a defesa da Constituição e os direitos individuais. Leis podem afirmar poderes de lado-a-lado, mas acima destes, existe uma lógica principiológica que sobrepára a todos. E, diga-se, a defesa destes não é interferência, senão asseguramento dos ditames constitucionais.¹⁶

Neste contexto, o Poder Judiciário é demandado a resolver com imediatismo questões multifacetadas que circundam diversos temas, nem sempre relacionados à *área da saúde*, que envolvem economia (perpassando por contratos de trabalho, na decisão da ADI 6.342 até a situação fiscal, na decisão da ADI 6.357) eleições, liberdades individuais que envolvem a garantia do direito à privacidade, a exemplo da ADI 6.387, que versa sobre o compartilhamento de dados pessoais com a Fundação IBGE e tantos outros assuntos que, muitas vezes, dividem-se em competências concorrentes dos entes federativos na ADPF 672.

Assim, a fim de perfectibilizar o estudo, faz-se necessário abordar, mesmo que brevemente, alguns aspectos do estado de calamidade pública adotado pelo governo federal, bem como as medidas que estão sendo tomadas neste contexto no que se diz respeito às leis orçamentárias, o que será feito no tópico seguinte.

3 ESTADO DE EMERGÊNCIA E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto um extenso rol de direitos fundamentais e sociais, além dos fundamentos da República (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Não obstante, no artigo 5º do mesmo diploma legal, estão presentes as garantias das liberdades individuais, bem como a proteção à livre iniciativa econômica, no artigo 170¹⁷. Tais direitos e garantias foram pensados para tempos de normalidade, entretanto, entende-se que, diante de situações excepcionais que possam abalar o equilíbrio do regime democrático e seus poderes, a relativização de normas pode ser justificada.

Neste contexto, apresenta-se o fenômeno chamado de “estado de exceção”, termo este revestido de grande complexidade e críticas, mas que pode ser definido como sendo um instrumento que consiste na transgressão ou suspensão de regras jurídicas previstas para

16 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Judiciário, a interferência e a separação de poderes. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

períodos de tranquilidade, frente à necessidade de se combater determinado perigo¹⁸ e, para tanto, o governo ficaria mais forte e seria detentor de mais poder, ao contrário da população, que teria menos direitos.¹⁹

Neste sentido, embora a pandemia do coronavírus esteja sendo marcada por situações extremas que decorrem de graves crises de saúde pública e que, para o enfrentamento desta situação, o Poder Público se vê obrigado a alterar a aplicação de determinadas normas jurídicas, é importante destacar que, no Brasil, não estão presentes as características próprias de um “estado de exceção”. Além disso, mesmo que o texto constitucional brasileiro traga a possibilidade de decretação de “estado de defesa” e de “estado de sítio” em situações de emergência - mecanismos estes, diga-se, ainda não experimentados após a promulgação da Constituição de 1988 – tem-se que a situação de excepcionalidade provocada pela pandemia não apresenta as pontualidades e não encontra adaptações nos institutos gerenciadores de crise já previstos em nossa legislação, fazendo com que seja adotada uma legislação *ad hoc*.²⁰

Diferentemente de outros países²¹, as principais medidas de enfrentamento estão se dando com base no Decreto 06/2020, o qual reconheceu o “estado de calamidade pública” e que foi apresentado pelo Poder Executivo em razão de situação pontual caracterizada pela pandemia, e aprovado com votação unânime pelo Senado Federal durante a primeira sessão virtual de sua história²². Destaca-se o fato de que a edição do Decreto de “calamidade pública” se deu dentro da forma prevista em lei, ou seja, valendo-se da tramitação regular prevista na Constituição Federal, observando as “regras do jogo” do Estado de Direito e manutenção da competência dos Poderes.

Importante salientar, ainda, que o referido Decreto não menciona a possibilidade de suspensão de direitos fundamentais, tratando tão-somente de aspectos orçamentários e fiscais, prevendo a permissão para que o governo federal gaste mais do que o fixado em lei anterior, contornando, assim, o limite estabelecido pelo teto de gastos públicos do governo federal, a fim de custear as ações no combate à crise²³. Além disso, de acordo com Felipe Salto, o teto de gastos não deverá sofrer alterações em razão da pandemia, vejamos:

As regras fiscais já contemplam a devida flexibilidade. No caso do teto, os chamados créditos extraordinários, previstos no art. 167, parágrafo 3º, da Constituição Federal, ficam de fora do teto. Isto é, o governo pode e deve reagir à crise com aumento de gastos, sem que para isso precise alterar a regra do teto, que hoje é a principal âncora fiscal do país. O enfrentamento da crise deve acontecer em duas frentes: gastos importantes em saúde e mitigação dos efeitos da crise sobre a renda do trabalhador informal, das pessoas mais pobres e vulneráveis.²⁴

18 VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

19 ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Nova York, Harcourt Brace, 1948.

20 GARGARELLA, Roberto. ROA, Jorge Erneste Roa. Diálogo democrático y emergencia em América Latina. *MPIL Reserarch Paper Series*, n. 2020-21, p.1-30, 2020.

21 Nos países como a Espanha e a Colômbia, decretaram estado de exceção tendo em vista sua previsão no texto constitucional. Outrossim, na Alemanha, Noruega e Japão não estabeleceram anteriormente na Constituição a figura do estado de exceção e, portanto, utilizam-se de uma legislação de emergência preexistente. (GARGARELLA, Roberto. ROA, Jorge Erneste Roa. Diálogo democrático y emergencia em América Latina. *MPIL Reserarch Paper Series*, n. 2020-21, p.1-30, 2020).

22 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. El Supremo Tribunal Federal brasileño y la pandemia: Estado de derecho y restricción de derechos fundamentales. In: *Constitución y emergencia sanitaria*. Lima: Palestra Editores, p.53-68, 2020.

23 BRASIL. Decreto nº 89.271, de 4 de janeiro de 1984. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

24 SALTÓ, Felipe. Pandemia põe em xeque teto constitucional de gastos públicos. In: Senado Notícias, 18 de março de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/pandemia-poe-em-xeque-teto-constitucional-de-gastos-publicos>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

Outrossim, chama-se atenção para o fato de que as medidas de restrição de direitos em face da quarentena, a exemplo do isolamento social, foram determinadas, notadamente, pelos Estados²⁵ e Municípios, os quais puderam regulamentar o funcionamento das atividades de acordo com suas particularidades e realidades, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 672, que reconheceu a competência concorrente para adoção de medidas de combate à crise pandêmica. Todavia, diante desse contexto, surgem grandes tensões envolvendo o constitucionalismo e a necessária intervenção estatal na esfera orçamentária em regimes de crise e excepcionalidade financeira, afinal, toda lógica por trás do orçamento público passa a ser especial e diferente do que se via em períodos de normalidade.

Ainda, argumenta o Ministro Alexandre de Moraes que não há como manter a execução orçamentária planejada antes do surgimento da pandemia, de modo que será exigida uma “atuação urgente, duradoura e coordenada de todos as autoridades federais, estaduais e municipais”, a fim de realocar os recursos para projetos em defesa da vida e da saúde, além da subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira²⁶, pois, como indica o diretor da OMS, “esta não é apenas uma crise de saúde pública, é uma crise que afetará todos os setores - portanto, todos os setores e todos os indivíduos devem estar envolvidos na luta.”^{27 28}

Além disso, devido ao isolamento, as crises sociais e econômicas implicarão em uma necessidade de ampliação dos benefícios e auxílios governamentais, tendo-se em vista o crescimento do número de desempregados e de trabalhadores informais, além de medidas que possibilitem assegurar o emprego dos formais, ou seja, ações que possam garantir renda à população para manter a economia, que estará fragilizada²⁹. É neste contexto que se justificam as ações para flexibilizar as regras dispostas nas leis orçamentárias, para possibilitar o combate à pandemia e auxiliar a população com recursos públicos, como a concessão do auxílio emergencial.

Entretanto, a ausência de líderes citada por Harari³⁰ também se reflete na economia. De acordo com Lago, o Brasil é um dos países da América Latina que, embora apresente capacidade para implementar com eficiência a renda emergencial para os cidadãos mais vulneráveis, foi atingido pela falta de qualidade na liderança:

[...] nas últimas três décadas desenvolveu um banco de dados da terceira população mais vulnerável do país; isto é, 80 milhões de pessoas. Sabendo onde essas pessoas vivem, teria sido rápido e fácil implementar essa política, respeitando o isolamento. No entanto, o presidente Bolsonaro se recusou a fazê-lo por semanas, até o Congresso o forçar no final de março. O governo

25 A exemplo disso, cita-se o modelo de distanciamento controlado adotado no Rio Grande do Sul, o qual prevê quatro níveis de controle, traduzidos em “bandeiras”, quais sejam: amarela, laranja, vermelha e preta. A amarela indica uma situação mais amena, com medidas mais flexíveis, enquanto na preta seria necessário maior restrição. Referido modelo foi construído com base na propagação do vírus e na capacidade de atendimento de cada região do Estado. (RIO GRANDE DO SUL. Bandeiras e protocolos: entenda o modelo de distanciamento controlado. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/bandeiras-e-protocolos-entenda-o-modelo-de-distanciamento-controlado>>. Acesso em: 03 ago. 2020).

26 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.10.

27 Texto original: “This is not just a public health crisis, it is a crisis that will touch every sector – so every sector and every individual must be involved in the fight.”

28 GHEBREYESS, Tedros Adhanom. *World health organization* - WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

29 AFONSO, José Roberto. Orçamento de guerra e quarentena fiscal. *Revista Conjuntura Econômica*. Edição de Abril de 2020. Disponível em: <<https://www.joserobertoafonso.com.br/orcamento-de-guerra-afonso/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

30 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavirus, faltam líderes à humanidade* (Breve Companhia). Tradução: Odorico Leal. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020.

levou semanas para executá-lo, desperdiçando sua capacidade estatal. Nesse sentido, o Brasil sofre com a baixa qualidade de sua liderança.^{31 32}

Desta forma, a ausência de uma boa liderança para atravessar a crise, aliada à vulnerabilidade econômica e à desigualdade social presentes em nosso país, dificultam a implementação efetiva de políticas públicas voltadas à saúde e ao combate da pandemia. Contudo, para garantir um melhor planejamento do orçamento de crise, foi promulgada a Emenda Constitucional 10/2020, apelidada de “Orçamento de Guerra”, que acrescenta o artigo 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Referido instrumento é à parte do orçamento regular e está voltado especificamente para instituir um regime excepcional para o enfrentamento da pandemia, com dispositivos que possibilitam a flexibilização dos limites fiscais, administrativos e financeiros, sem que os gestores incorram em crime de responsabilidade. Importante salientar, que a elaboração desta Emenda foi feita conforme todos os procedimentos previstos para o processo legislativo regular, destaca-se, ainda, que o Senado e da Câmara dos Deputados têm atuado de forma célere, objetivando, na medida do possível, a diminuição dos impactos econômicos e sociais causados pela pandemia.

Está prevista, também, a instauração do Comitê de Gestão da Crise, o qual será responsável por aprovar as ações do regime emergencial, criar, eleger, destituir e fiscalizar subcomitês. Referido comitê será presidido pelo Presidente da República, contudo, o Congresso Nacional poderá sustar qualquer decisão, caso seja verificada ofensa ao interesse público ou extrapolação dos limites de sua ação, além de haver a previsão para fiscalização dos atos de gestão por parte do Tribunal de Contas da União³³. Ou seja, por mais que tenha ocorrido uma flexibilização ou relativização na execução das leis orçamentárias, ainda assim estas ações e medidas adotadas são passíveis de fiscalização e de controle, o que é fundamental desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, o parágrafo terceiro do artigo 1º traz a previsão de que o Supremo Tribunal Federal resolverá eventuais conflitos federativos que vierem a acontecer em virtude da aplicação do referido dispositivo. Entretanto, a competência para julgamento das ações judiciais contra as decisões do Comitê de Gestão da Crise será do Superior Tribunal de Justiça. Ainda, o texto dá autorização ao Banco Central para efetuar compras e vendas de direitos creditórios e títulos privados de crédito em mercados secundários, sendo que até então só possuía autorização para operar títulos públicos com instituições do mercado primário. O objetivo dessa medida é aumentar a liquidez de empresas, limitando-se, todavia, ao período de enfrentamento da pandemia.³⁴

Sobre o assunto, manifestou-se o economista Felipe Salto³⁵, no sentido de que a referida PEC do “orçamento de guerra” é importante porquanto criará bases que permitirão

31 Texto original: [...] a lo largo de las tres últimas décadas ha desarrollado una base de datos del tercio de la población más vulnerable del país; o sea, 80 millones de personas. Sabiendo donde viven esas personas, hubiera sido fácil y rápido implementar esa política respetando el aislamiento. Sin embargo, el presidente Bolsonaro ha rechazado hacerlo durante semanas, hasta que el Congreso le obligara a finales de marzo. El Gobierno ha tardado semanas en ejecutarlo, desaprovechando su capacidad estatal.

32 LAGO, Miguel. Covid-19 em América Latina: entre la fragilidad estatal y la falta de liderazgo. *Agenda Pública* – El País, 26 de junho de 2020. Disponível em: <<http://agendapublica.elpais.com/covid-19-en-america-latina-entre-la-fragilidad-estatal-y-la-falta-de-liderazgo/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

33 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

35 SALTO, Felipe. 7º Encontro virtual do Grupo de Estudos “O Direito em Tempos de Covid-19”. Tema: “O Estado como gerenciador da crise econômica: instrumentos financeiros e tributários”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0I-LAZADafo&t=5704s>. Acesso em: 12 jul. 2020.

a liberação do governo de cumprir algumas regras fiscais e garantirá melhor fluidez no processo de criação e fiscalização de despesas da crise, porém ressalta a necessidade de regulamentação no que tange à aplicação dessas regras aos Estados e Municípios. Desta forma, traçadas essas considerações, analisar-se-á, na sequência, a medida cautelar na ADI 6.357, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, que versa sobre pedido de concessão de interpretação conforme a Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, *caput*, *in fine* e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020.

4 ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR PROFERIDA NA ADI 6.357

Em meio à grave crise sanitária de dimensões globais causadas pelo coronavírus, foi ajuizada pelo presidente da República, Jair Bolsonaro, por meio da Advocacia-Geral da União, a ADI 6.357, com o objetivo de conferir interpretação conforme a Constituição dos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como dos artigos 114, *caput*, *in fine*, e §14º da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020. Os dispositivos impugnados cuidam do aumento de gastos tributários indiretos e despesas obrigatórias de caráter continuado, as estimativas de impacto orçamentário-financeiro e a compatibilidade com a LDO, além da demonstração da origem dos recursos e a compensação de seus efeitos financeiros nos exercícios seguintes.

Embora o artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleça um regime emergencial em caso de decretação de “estado de calamidade pública” em âmbito estadual ou federal, o principal argumento da petição inicial defende serem insuficientes as disposições contidas no referido artigo, frente às demandas fiscais e sociais que exige a pandemia, tendo em vista que somente é possível afastar a necessidade de contingenciamento de recursos e sanções pelo descumprimento de limites de gastos com pessoal, sem prever, entretanto, a possibilidade de criação de novas despesas emergenciais, sem previsão anterior no orçamento.³⁶

Desta forma, o pedido foi embasado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da garantia do direito à saúde e dos valores sociais do trabalho humano e garantia da ordem econômica. Outrossim, seria possível afastar a exigência de demonstração de adequação orçamentária em relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da pandemia reconhecida pela OMS, além de relativizadas as medidas de demonstração do impacto financeiro de medidas a serem implementadas.³⁷

Neste contexto, o relator da medida cautelar da ADI 6.357, ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, decidiu monocraticamente por afastar a incidência dos dispositivos impugnados, estendendo os efeitos da decisão para todos os entes federativos que tenham decretado estado de calamidade. A argumentação se deu no sentido de que, embora o conteúdo dos artigos contestados possibilitem maior planejamento e transparência da execução orçamentária, evitando possíveis riscos ou improbidades, além de garantir responsabilidade na gestão fiscal, a proteção da vida e da saúde enquanto cláusulas de direitos fundamentais que orientam toda a Constituição Federal, se sobressaem diante de situações excepcionais.³⁸

36 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

37 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

38 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

O relator observou, ainda, que o afastamento dos dispositivos impugnados não violaria os princípios de prudência fiscal ou equilíbrio financeiro, consagrados na Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que o teor destes artigos vai no sentido de evitar gastos que não estavam previstos em lei anterior. Contudo, faz-se necessário aumentar os gastos do governo para lidar com a pandemia, protegendo a vida e saúde dos cidadãos brasileiros, bem como o a manutenção de emprego e de empresas e a subsistência dos seres humanos.³⁹

Neste sentido, destaca-se, ainda, a especial atenção voltada à proteção do direito fundamental à saúde no decorrer do texto da decisão, direito este que poderia vir a ser violado - causando riscos sociais e individuais - caso houvesse a incidência dos dispositivos da LRF. Desta forma, a relativização de normas orçamentárias em prol da defesa de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente deve ser entendida como forma de preservar o Estado Democrático, ao assegurar o bem-estar da sociedade⁴⁰:

[...] dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde. O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.⁴¹

A excepcionalidade da situação vivenciada também foi observada pelo ministro e considerada para a suspensão dos artigos, tendo em vista a argumentação no sentido de que o surgimento da crise sanitária se trata de fato superveniente e imprevisível, com consequências que se projetam de forma grave e impossíveis de estarem dentro de planejamento anterior, razão pela qual exige-se uma atuação direta e imediata do Poder Público.⁴²

No decorrer da decisão, não é possível encontrar qualquer menção ao termo “estado de exceção”, sendo que a expressão utilizada é “estado de emergência”, deixando ainda mais em evidência a noção de que nenhum direito deve ser suspenso, mesmo em caráter excepcional e provisório. Além disso, mesmo que não tenha sido instaurado no Brasil o “estado de sítio” ou “estado de defesa”, o Ministro destacou, em sua decisão, os princípios que regem o sistema constitucional de crise - os quais têm como objetivo manter a normalidade institucional, por meio de medidas de legalidade extraordinária - quais sejam: temporariedade, proporcionalidade e finalidade maior, vejamos:

*A temporariedade da não incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020 durante a manutenção do estado de calamidade pública; a proporcionalidade da medida que se aplicará, exclusivamente, para o combate aos efeitos da pandemia do COVID-19 e a finalidade maior de proteção à vida, à saúde e a subsistência de todos os brasileiros, com medidas sócio econômicas protetivas aos empregados e empregadores estão em absoluta consonância com o princípio da razoabilidade, pois, observadas as necessárias justiça e adequação entre o pedido e o interesse público.*⁴³

39 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

40 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

41 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.11.

42 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

43 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.11-12.

Todavia, cumpre salientar que se trata de decisão monocrática, proferida no final de março de 2020, e que embora comporte um pedido jurisdicional que não admita morosidade, não foi objeto de debate colegiado. Somente no mês de maio a medida cautelar foi apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e confirmada por maioria de votos, sendo vencidos o ministro Marco Aurélio e o ministro Edson Fachin⁴⁴. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio fundamentou sua divergência no fato de que a liminar deu um “cheque em branco” ao chefe do Poder Executivo, salientando que:

[...] o enfrentamento da calamidade pública não é realizado apenas pela União, mas também é feito pelos estados e municípios. No art. 2º da EC, há alusão a dispositivos observáveis nos três níveis. Dessa maneira, ter-se-ia disciplina linear, que alcança União, estados e municípios. Além disso, rememorou que o legislador, a quem cabia atuar, dispôs sobre a convalidação dos atos de gestão praticados a partir de 20 de março de 2020 (EC 106/2020, art. 10). Segundo o ministro, há incongruência em extinguir-se a ação e referendar-se a cautelar. A seu ver, os atos praticados com base na medida anteriormente deferida foram encampados pelos congressistas mediante o art. 10 da EC 106/2020. Além disso, a interpretação conforme pressupõe preceito que contemple duas interpretações e o legitimado para a ação não pode vir ao Supremo Tribunal Federal pedir carta em branco para descumprir lei.⁴⁵

Além disso, não é possível encontrar, na decisão, qualquer menção que prevê medidas de controle democrático da execução orçamentária no futuro, deixando que autorizações às programações financeiras que venham a ser realizadas pelo Poder Executivo sejam baseadas em suposições e estimativas⁴⁶. No mesmo sentido posiciona-se Scaff⁴⁷, ao lembrar que, em vez de somente flexibilizar algumas metas, a liminar deu carta branca ao Executivo, sem prazo determinado e sem observar os devidos instrumentos de controle e de balanceamento:

Esse item (4) (liberação para a realização de outros programas de redistribuição de recursos, cujo aumento de despesa não poderia ser compensado nos termos em que exigido pela LDO) deve concentrar nossa atenção, pois, com a liminar, foi dado pelo STF um cheque em branco ao Poder Executivo como um todo, afastando as regras usuais de controle financeiro e orçamentário, mesmo com as ressalvas contidas no despacho, que delimitam sua vigência “durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19”, para “afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade”. Adotado esse caminho, quem terá a última palavra sobre o Estado de Emergência Financeira será o Poder Executivo, em cujo ápice está o Presidente da República.⁴⁸

Todavia, posteriormente o Plenário declarou a extinção da ação, por perda de objeto, em razão da aprovação da Emenda Constitucional (EC) 106/2020, conhecida como “Orçamento

44 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaiode20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

45 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaiode20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020, p.8.

46 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha. STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisdiacao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

47 SCAFF, Fernando Facury. O estado de emergência financeira e a disputa entre Congresso e Presidência. In: *Revista Consultor Jurídico*, 31 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/contas-vista-estado-emergencia-financeira-disputa-controle>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

48 SCAFF, Fernando Facury. O estado de emergência financeira e a disputa entre Congresso e Presidência. In: *Revista Consultor Jurídico*, 31 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/contas-vista-estado-emergencia-financeira-disputa-controle>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

de Guerra”. Os ministros entenderam que, como a norma constitucional atende o que foi demandado na ADI 6357 pelo presidente da República, autor da ação, e deferido na medida cautelar, não haveria motivo para prosseguir sua tramitação.⁴⁹

Neste contexto, é imperioso destacar, contudo, que, no momento, que a crise econômica ainda não atingiu o seu ápice, que virá na esteira da atual crise sanitária. Portanto, é preciso salientar que o fato de agir rápido ao criar medidas que afetem consideravelmente a responsabilidade fiscal poderá ser prejudicial no futuro, considerando-se ser evidente que o valor das despesas autorizadas provavelmente será maior do que as receitas, que o endividamento é inevitável e que o estado de emergência é momentâneo, fazendo-se necessário criar mecanismos que possam possibilitar a retomada da responsabilidade fiscal quando a pandemia passar.⁵⁰

Entretanto, embora existam ressalvas quanto à decisão, percebe-se que há um esforço do Poder Judiciário em adequar o direito à realidade vivenciada durante a pandemia, tendo-se em vista que, apesar de serem importantes os preceitos de planejamento, transparência e gestão fiscal presentes na Lei de Responsabilidade Fiscal, a pandemia do coronavírus trouxe consigo impactos não só para a vida e a saúde da população, como também a ideia de imprevisibilidade e graves repercussões na execução orçamentária e subsistência econômica do país.

Desta forma, durante o período excepcional causado pela pandemia, faz-se necessário o empenho dos entes estatais para que adotem todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção dos serviços de saúde, para assim garantir a defesa da vida e da dignidade da pessoa humana. Contudo, mesmo diante da crise na saúde pública que desagradou a lógica fiscal, é preciso manter-se a legalidade e um controle democrático das ações que versem sobre o orçamento público, a fim de que não se instaure uma excepcionalidade financeira permanente, com medidas que dão “carta branca” a um determinado Poder, seja o Executivo, seja o Judiciário, e que vão de encontro com os princípios do Estado de Direito.

5 CONCLUSÃO

O Estado de emergência causado pela crise sanitária mundial da Covid-19 provocou a adesão de medidas de isolamento social e consequente paralisação econômica. Desta forma, os debates giram em torno não só da saúde pública como também afetam diretamente a questão do orçamento público, demandando a intervenção do Estado para superar a crise, ocasionando diversas propostas de alterações legais e até mesmo constitucionais e conferindo ainda maior destaque ao Supremo Tribunal Federal.

Dentre as medidas já aprovadas, está a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.357, de autoria do Presidente da República, requerendo a suspensão de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e que teve liminar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, com concessão de interpretação conforme a Constituição. Outra questão importante foi a operacionalização e controle dessa situação excepcional por meio da Emenda à Constituição n. 10/2020, chamada de “Orçamento de Guerra”.

Com efeito, retomando o questionamento que originou esta pesquisa, qual seja, “qual a argumentação e os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do estado de

49 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaio20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

50 SALTO, Felipe. 7º Encontro virtual do Grupo de Estudos “O Direito em Tempos de Covid-19”. Tema: “O Estado como gerenciador da crise econômica: instrumentos financeiros e tributários”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0I-LAZADafo&t=5704s>. Acesso em: 12 jul. 2020.

emergência e os parâmetros de controle adotados na liminar do Ministro Alexandre de Moraes na decisão da medida cautelar na ADI 6.357, que versa sobre a Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal?”, através da pesquisa foi possível verificar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a relativização de normas orçamentárias - durante o período de excepcionalidade causado pela pandemia da Covid-19 - não estaria em conflito com a probidade fiscal, tendo-se em vista que tal medida se daria no intuito de garantir o direito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à vida e a saúde, presentes no texto constitucional.

Desta forma, em síntese, estabeleceu-se a partir da decisão em comento, que em tempos de crise ocasionada por pandemia, o rompimento dos limites anteriormente estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal é constitucional, sendo deferível a todos os entes da federação. Isso por que, em razão da imprevisibilidade desta situação em que nos encontramos, as ações que beneficiam a área da saúde e as que visam dar amparo à parte da população sem renda, não poderiam estar previstas na execução orçamentária planejada no ano anterior.

Ainda, embora haja um suposto conflito de direitos envolvendo a proteção à saúde e a economia, não se pode tolerar medidas excessivas para a garantia de ambos os direitos, fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Desta forma, faz-se necessário editar medidas que criem instrumentos de conexão dos gastos com a atual realidade orçamentária do governo e, ainda, que possibilitem o acesso às ações e serviços de saúde à população durante o período de excepcionalidade. Outrossim, é importante salientar que a pandemia causada pela Covid-19 não pode implicar na suspensão da aplicação do Direito, mas sim, sua adaptação frente a situações que envolvem grave risco aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto. *Orçamento de guerra e quarentena fiscal*. In Revista Conjuntura Econômica. Edição de Abril de 2020. Disponível em: <<https://www.joserobertoafonso.com.br/orcamento-de-guerra-afonso/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 89.271, de 4 de janeiro de 1984*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Covid-19 e democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo. In: *O direito público em tempos pandêmicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020.

GARGARELLA, Roberto; ROA, Jorge Erneste. Diálogo democrático y emergencia em América Latina. In: *MPIL Reserarch Paper Series*, n. 2020-21, p.1-30, 2020.

GARGARELLA, Roberto. Revisão judicial em democracias defeituosas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n. 2, p.153-169, 2019.

GHEBREYESS, Tedros Adhanom. *World health organization - WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade* (Breve Companhia). Tradução: Odorico Leal. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen. In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. *California Law Review*, vol. 97, n. 2, p. 301-355, 2009.

LAGO, Miguel. Covid-19 em América Latina: entre la fragilidade estatal y la falta de liderazgo. In: *Agenda Pública – El País*, 26 de junho de 2020. Disponível em: <<http://agendapublica.elpais.com/covid-19-en-america-latina-entre-la-fragilidad-estatal-y-la-falta-de-liderazgo/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *El Supremo Tribunal Federal brasileño y la pandemia: Estado de derecho y restricción de derechos fundamentales*. In: *Constitución y emergencia sanitaria*. Lima: Palestra Editores, 2020, p.53-68.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. *Bandeiras e protocolos: entenda o modelo de distanciamento controlado*. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/bandeiras-e-protocolos-entenda-o-modelo-de-distanciamento-controlado>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Nova York, Harcourt Brace, 1948.

SALTO, Felipe. *7º Encontro virtual do Grupo de Estudos “O Direito em Tempos de Covid-19”. Tema: “O Estado como gerenciador da crise econômica: instrumentos financeiros e tributários”*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OI-LAZADafo&t=5704s>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SALTO, Felipe. Pandemia põe em xeque teto constitucional de gastos públicos. In: *Senado Notícias*, 18 de março de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/pandemia-poe-em-xeque-teto-constitucional-de-gastos-publicos>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. O estado de emergência financeira e a disputa entre Congresso e Presidência. *Revista Consultor Jurídico*, 31 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/contas-vista-estado-emergencia-financeira-disputa-controle>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Judiciário, a interferência e a separação de poderes. *Revista Consultor Jurídico*, 04 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/renato-silveira-judiciario-interferencia-separacao-poderes>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha. STF, Jurisdição constitucional da exceção, democracia e coronavírus. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/stf-jurisdiacao-constitucional-excecao-democracia-coronavirus>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Painel de Ações Covid 19*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo por temas - Sessões de 1º a 31 de maio de 2020*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensaldemaiode20201.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

SAÚDE PÚBLICA EM TEMPOS DE COVID-19 E RESPONSABILIDADE POLÍTICA¹

André Del Negri

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

Sumário: 1 Introdução; 2 Mundo pós-pandemia – o que acontecerá?; 3 Geografia humana em tempos de Covid-19; 4 Decisões políticas e menosprezo pela quarentena; 5 Biopolítica e pandemia de Covid-19; 6 Considerações Finais; Referências.

¹Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.76-87, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

2 MUNDO PÓS-PANDEMIA – O QUE ACONTECERÁ?

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

E aqui no Brasil? O coronavírus entrou no país por voos internacionais a partir do mês de fevereiro de 2020. Em cinco meses, o Brasil atingiu a marca de 100 mil mortos pelo vírus.² Até o encerramento deste escrito, no mês de agosto (31), o Brasil tinha registrado 121.515 vítimas da Covid-19, num universo em que a doença já tinha infectado 3.910.901 pessoas. O mundo somava mais de 17 milhões de pessoas infectadas e mais de 844.312 óbito confirmadas por Covid-19.³ Nesse interregno de tempo, os países com mais contaminados foram EUA, Brasil, Índia e África do Sul.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 GEOGRAFIA HUMANA EM TEMPOS DE COVID-19

Ano de 1994, França. Época em que o geógrafo Milton Santos foi laureado com o Prêmio Internacional de Geografia Vautrin Lud – espécie de Nobel dessa ciência. Milton foi professor emérito da Universidade de São Paulo, USP, e se dedicou aos estudos de urbanização do Terceiro Mundo. Sua produção acadêmica não permitia modéstia, pois chegou a marca de 40 livros, com 13 títulos de doutor *honoris causa*, mundo afora. No período da ditadura brasileira, pagou o preço pela inteligência rara, pela originalidade de seu pensamento e independência intelectual.

Quem transita pelo centro de uma metrópole brasileira entende porque o geógrafo é uma sólida referência no (re)pensar o conceito de território e espaço. Milton Santos introduziu importantes discussões na geografia, voltadas ao aspecto humano e a questões urbanas.

Alertou-nos, em sua teoria espacial, sobre a tecnificação do território e a organização do espaço.⁹ Se em geografia o conceito de território leva em conta seu uso, para além da base física, também existem expedientes impostos pelo homem (modernização tecnológica), o que permite analisar a cidade não como um todo maciço, mas sim um organismo cindido em dois circuitos econômicos. Esses ângulos, conjecturados por Milton Santos, possibilita analisar dois mundos em um só, sendo que o território que é desprovido do peso da tecnologia, serve principalmente à população pobre.¹⁰

Passamos ao contexto da pandemia de Covid-19, que agudizou contradições no Brasil. O coronavírus pesou em dobro sobre os brasileiros mais pobres, não só pela desaceleração da economia, mas também porque a população de baixa renda ficou mais exposta ao vírus no transporte público e em casas com muitos moradores, o que dificultou a prevenção da Covi-19. E aí as cogitações de “lockdown” voltadas a cercar bairros periféricos ou favelas com alto índice de transmissão do vírus,

Em texto intitulado “Nada disso é normal”, publicado pelo TAB – projeto editorial interativo do UOL¹¹ –, que reuniu pessoas muito variadas dentro das ciências humanas para refletir a crise da Covid-19, o cientista político Luis Felipe Miguel, da Universidade de Brasília (UnB), destacou que a pandemia agudizou as contradições do capitalismo e tornou “mais difícil ignorá-las”.

Outro escritor, o sociólogo Jessé Souza, autor de “A classe média no espelho”, apontou que “no Brasil, o grande problema é que nossa sociedade ‘naturalizou’ a desigualdade”.

Nesse deslinde, para o sociólogo Ricardo Antunes, professor titular de sociologia do trabalho da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), a questão é que a pandemia refletiu “como as classes trabalhadoras são historicamente afetadas nas periferias, nas favelas e nos bolsões de pobreza”.¹²

9 SANTOS, Milton. *O espaço dividido*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 20.

10 SANTOS, Milton. *Pobreza urbana*. São Paulo: Edusp, 2009, p. 45.

11 Site de notícias e mídia Uol. “O impacto do coronavírus na política”. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/04/02/o-impacto-do-coronavirus-na-politica.htm>. Acesso em: 01 jul. 2020.

12 Site de notícias e mídia Uol. “Nada disso é ‘normal’: como a Covid-19 escancara velhas anomalias do Brasil”. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/05/nada-disso-e-normal-como-a-covid-19-escancara-velhas-anomalias-do-brasil.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

Enquanto a pandemia se espalhava a passo rápido numa realidade de abissal desigualdade das condições de vida de tantos brasileiros, celebridades tentavam mostrar que eram gente comum nas redes sociais, mas só escancaravam ainda mais o contraste entre a abundância e a miséria ao redor, como mostrou artigo da *Folha de S. Paulo* – Caderno Ilustríssima.¹³

E como quarentena é basicamente “coisa de rico”, como se diz na linguagem comum, o que se viu foram algumas celebridades correndo para o perfil do Instagram a fim de dar dicas para sair do tédio, ora fazendo máscaras faciais, ora fazendo pipocas fitness ou ensinando a organizar o closet em um único dia (!).

E nesse cenário de contrastes entre classes altas, médias e baixas, enquanto uns cuidavam da pele e reclamavam do tédio durante a quarentena, outros milhares de trabalhadores informais angustiavam-se em busca de sobrevivência, esperando o auxílio emergencial de R\$600 do governo.

Se o mundo a que voltaremos, depois de superado o coronavírus, será o de antes, não dá para saber, muito menos se vai ser melhor. Arrisco dizer que vai piorar, infelizmente. É preciso muita luta para projetar avanços. O coronavírus no Brasil escancarou diversos problemas sociais e déficits de infraestrutura, a exemplo das condições de precariedade de espaços e territórios, fato que a geografia de Milton Santos – ainda hoje – pode nos ajudar a refletir um possível planejamento territorial no que diz respeito ao sistema de saúde.¹⁴

É que, no pós-pandemia, teremos que enfrentar a dura discussão da importância de políticas públicas e o respeito que se deve ter ao Sistema Único de Saúde (SUS), ambicioso projeto criado pela Constituição de 1988, e que dependem dele 75% dos brasileiros, aproximadamente três quartos da população, cerca de 150 milhões de pessoas, e que teve a responsabilidade de atender à imensa maioria das vítimas do vírus.

Vê-se, pois, que a necessidade de haver sociedades mais igualitárias como forma de que todos tenham comida, proteção social e saúde como direitos da população, ainda é um tema que não mais está à beira do lugar-comum.

4 DECISÕES POLÍTICAS E MENOSPREZO PELA QUARENTENA

A presente seção é dedicada a testar a resistência da hipótese de que o país teve uma política sólida no enfrentamento ao coronavírus. Essa aferição é promovida no nível federal, estadual e municipal.

A turma que pensou que os governos seriam capazes de conduzir uma agenda sólida de enfrentamento às medidas para combater o contágio de coronavírus, decepcionou-se. Para efeito de comparação, o Brasil perdeu mais profissionais de enfermagem para o coronavírus do que Itália e Espanha juntas. E a falta de equipamentos de proteção contribuíram para a alta mortalidade.¹⁵

Ao invés de reagir ao avanço da infecção, alguns governos reagiram foi contra o

13 Jornal *Folha de S. Paulo*. Caderno Ilustríssima. “Famosos querem ser gente comum na quarentena, mas só enfatizam desigualdade”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2020/04/famosos-querem-ser-gente-comum-na-quarentena-mas-so-enfatizam-desigualdade.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2020.

14 FÁRIA, Rivaldo Mauro. Território e Saúde na geografia de Milton Santos: teoria e método para o planejamento territorial do sistema único de saúde no Brasil. *Revista do Departamento de Geografia e programa de Pós-Graduação em Geografia* – UFPR, v. 38, p. 291 – 320, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/raega/article/view/43912/29757>. Acesso em: 09 abr. 2020.

15 Jornal *El País*. “Brasil já perdeu mais profissionais de enfermagem para o coronavírus do que Itália e Espanha juntas”. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-06/brasil-.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

isolamento social linear. No mês de julho, quando mortos passavam de 60 mil, algumas cidades decretavam a reabertura total do comércio, fato que congestionou UTIs.¹⁶

Ressalte-se que o STF decidiu que prefeitos e governadores teriam autonomia para lidar com a pandemia. A tanto, porém, problemas existiram. Enquanto um único cemitério de Manaus enterrava uma média de 100 mortos por dia pela Covid-19, um shopping de Blumenau, a 91 km de Florianópolis, reabria as portas.¹⁷ Pois é. O episódio grotesco expôs pessoas entrando no estabelecimento ao som de um saxofonista, impulso dado pelo governador de Santa Catarina, Carlos Moisés (PSL), que permitiu a reabertura.

Todavia, dois meses depois de liberar shoppings, Blumenau pediu socorro contra Covid-19. Eis o apelo do prefeito, Mario Hildebrandt, em vídeo publicado nas redes sociais: “Por favor, nos ajudem. Cada cidadão tem uma parte importante nessa caminhada. Nos ajudem a vencer o coronavírus [...]”.¹⁸ Isso porque o número de infectados cresceu 12 vezes em cerca de dois meses, passando de 81 casos para 951, conforme os dados epidemiológicos da época.

Pois bem! Algumas cidades adiantaram a reabertura do comércio, como já dito. Não deram a devida atenção para impor medidas restritivas de circulação de pessoas para conter o vírus. Embora digam – até hoje – que as decisões eram tomadas com base na ciência, na prática o achismo engolia os critérios técnico-científicos. A questão foi que as decisões eram políticas, tomadas por representantes eleitos, não por epidemiologistas.¹⁹

Se as decisões são políticas, o ponto é saber quais são os critérios. É bom notar que é fundamental conhecer o limite do poder de discricionariedade de um governante.²⁰ A propósito: existe uma carta em branco para o Executivo fazer política?

As perguntas são colocadas para debate, até mesmo em razão de afastar o mal-entendido de que o Direito vale menos do que o argumento dos políticos. É que o relaxamento da quarentena feito de forma irresponsável, sem planejamento, certamente suscitou o aumento do número de mortes.²¹

Para refletir sobre o assunto, cabe partir de um ponto: não dá para um governante abandonar o Direito e colocar a política acima dele. Lenio Streck já escreveu excelentes textos a respeito, sempre colocando um questionamento: “se a política corrige o Direito, o que e quem vai corrigir a política?”.²²

Nunca as lentes da lei foram tão necessárias como no período da pandemia de Covid-19. Na luta estúpida no combate às medidas de restrição de circulação de pessoas, o presidente Jair Bolsonaro moveu-se para emplacar uma campanha intitulada “O Brasil não pode parar”. Mas esperem: essa campanha foi objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre que o STF acolheu o pedido de uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que tinha a pretensão jurídica de barrar a veiculação da campanha “O Brasil não pode parar”. E o fez porque entendeu que a Constituição do Brasil diz nos seus

16 Jornal *Folha de S. Paulo*. “Mortos passam de 60 mil, e reabertura congestionou UTIs”. Quinta-feira, 02 jul. 2020.

17 Disponível em: <https://phuketnews.easybranches.com/shopping/5918978>. Acesso em: 29 jun. 2020.

18 Ver vídeo intitulado “Prefeito de Blumenau, primeira cidade a reabrir shoppings, pede socorro!”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ciH023HUjtM>. Acesso em: 24 jun. 2020.

19 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

20 DEL NEGRI, André. *Discricionariedade e Autoritarismo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

21 Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>.

22 STRECK, Lenio. Professor de Harvard lança “constitucionalismo Deus acima de todos”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>. Acesso em: 23 abr. 2020.

artigos 6º e 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, eixos que devem ser garantidos mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos.

A decisão judicial alicerçou-se no entendimento de que a campanha publicitária caminhava na direção contrária às declarações da Organização Mundial de Saúde (OMS), que orientava para a importância de se manter as pessoas distantes uma das outras porque isto é tido como a maneira mais eficaz para evitar a disseminação do vírus.

Ao suspender a campanha, o ato decisório do Estado-Judiciário registrou que não era uma opção política do presidente da República deixar de seguir a orientação do distanciamento social, visto que essa opção não existe, porquanto ofenderia a Constituição.

Mas qual é, afinal, o ponto? Existe um poder totalmente discricionário? Eis a questão! A resposta é esta: não há! Como fazê-lo é questão que exige critérios objetivos. Não é uma questão de gosto. Não se pode ter qualquer opinião. No caso comentado na ADPF, o presidente da República não tinha opção. Ele precisava seguir o distanciamento social. O ato é vinculado a diretrizes constitucionais e ancorado em posturas técnicas orientadas pela OMS.

A questão primeira que precisa ser respondida, é esta: quais os porquês do isolamento social? Quais os êxitos alcançados em outros países? O que salva mais vidas? Ao fim das perguntas, fica a prognose de que não dá para enfrentar uma pandemia com base em achismos presidenciais, porque aí seria como passear sobre cadáveres empilhados.

Mais: o pronunciamento decisório administrativo só existe de forma legítima na medida em que respeite a integridade e coerência do Direito como um todo. Daí a necessidade de demarcar os limites da discricionariedade administrativa, uma vez que a decisão não pode localizar-se apenas na subjetividade individual do intérprete-administrativo (decisão *secundum conscientiam*).

Se não houver critérios objetivos, técnicos e teóricos, abertos à fiscalidade ampla, o retrocesso acontece porque o método de escolha é guiado por níveis subjetivos, com base na particular visão de mundo de um agente público, emboscada herdeira da tradição arbitrária.

Nomear o mal-estar é fundamental para o debate. À época da pandemia, fizemos votos de que nenhum governante pudesse fazer parte das estatísticas estarrecedoras de Covid-19, mas se um deles fosse infectado pelo vírus, que conseguisse ser bem atendido por um hospital público.

Para encerrar esta seção, cabe lembrar que o governo federal editou, no mês de maio, a Medida Provisória nº 966/2020 para isentar servidores de ações civis e administrativas, nos âmbitos da economia e da saúde, ligadas à Covid-19. A punição, desta forma, só era possível em caso de “erro grosseiro ou dolo”.

Pois bem! Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF), que, por nove votos a um, deu ao texto da Medida Provisória nº 966/2020 uma interpretação conforme a Constituição. Com o ato decisório, o STF definiu o que é um “erro grosseiro ou dolo”. Ou seja: é aquele ato que viola o direito da população à vida e à saúde. Mais: os ministros do STF interpretaram que a inobservância de critérios científicos e técnicos na tomada de uma decisão, ignorando-se normas das autoridades nacionais e de organismos internacionais, constituía “erro grosseiro” e “elevado grau” de negligência.

No mês de julho, o TCU (Tribunal de Contas da União) apontou que a pasta da Saúde gastou apenas 29% da verba emergencial disponibilizada para o combate ao coronavírus. Detalhe: à época, o Brasil tinha mais de 2,3 milhões de infectados e 85 mil mortos pela covid-19.

Diante de tudo, também no mês de julho, o presidente Jair Bolsonaro foi denunciado por crimes contra a humanidade e genocídio no tribunal em Haia (Holanda), iniciativa tomada por

uma coalizão de trabalhadores da saúde e entidades internacionais. Na denúncia, registrou-se que houve intenção deliberada do presidente da República em não adotar medidas que viesse impedir a expansão do coronavírus.

Outra denúncia contra o presidente Bolsonaro, também no Tribunal Penal Internacional, problematizou a política genocida do governo devido a situação dos indígenas. A pretensão jurídica foi apresentada pela Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD).

Há ainda críticas de que a política do governo federal foi corresponsável pelas mais de 100 mil mortes, pelo fato de o governo não ter mandado para os Estados os kits de UTI e os respiradores prometidos.²³

5 BIOPOLÍTICA E PANDEMIA DE COVID-19

A ciência, por se ocupar com problemas, tem interesse em conhecer determinada realidade para fazer descrições e, no limite, formular hipóteses. Como a peste bateu à porta de todos nós em 2020, a epidemiologia ao buscar esclarecimentos rápidos sobre reações de vírus novos e sintomas em populações vulneráveis, nos deu, na medida do possível, algumas informações. O que fizemos com essas informações, porém, já é outro assunto.

À esta abertura de reflexão, as informações fornecidas pela ciência abastecem os motivos públicos, ponto que se liga aos deveres do Estado relacionados à higiene pública e prevenção de doenças, como também acode às nossas decisões, assunto que só interessa a quem, juridicamente capaz, escolhe cuidar de si e decidir a sua existência.

Ocorre que todas essas coisas juntas podem se complicar bastante quando os temas “saúde” e “vida” são capturados pelo Estado, porque aí há riscos de manipulações políticas dos corpos e das mentes, assunto que Foucault apresentou à comunidade acadêmica em meados dos anos 1970, contexto em que ele demarcou a *biopolítica* a partir de questionamentos da política em âmbito estatal e técnicas de controle sobre a vida de uma população.²⁴

E, se já não é tão simples falar de *biopolítica*, a dificuldade aumentou em tempos de Covid-19, porque existiam paisagens políticas envenenadas por medidas de exceção na manutenção da vida e da saúde. Exemplo disso foi o monitoramento do deslocamento de cidadãos a partir de dados de seus celulares por parte de governos estaduais e o consequente aumento de decisões discricionárias.

É claro que as coisas têm de ser postas num contexto, não é mesmo? Observem que o monitoramento de deslocamento de cidadãos pelo celular levantou várias dúvidas ao longo da pandemia. Vamos convir: quais informações as companhias telefônicas repassaram aos Estados? Ou por outra: esses dados poderão ser usados em futuras campanhas eleitorais, para fins de manipulação das mentes dos governados? Quais os riscos?

É por isso que é de grande importância inteirar-se da *biopolítica*. Afinal, técnicas de controle sobre a vida de uma população é algo que levanta vários questionamentos. No que diz respeito ao assunto, Giorgio Agamben, filósofo italiano, procurou ampliar o debate a partir do conceito de “vida nua”, ou seja, uma vida desnudada de direitos, uma vida matável.²⁵ Esses eixos temáticos, em cenários de pandemia e medidas de exceção, geraram efeitos no debate.

23 Ver, para tanto, coluna no site de notícias e mídia Uol – “Assumiram risco de matar em massa por ação e omissão. E mataram. Genocídio”. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/08/10/assumiram-risco-de-matar-em-massa-por-acao-e-omissao-e-mataram-genocidio.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

24 O pensamento sobre “biopolítica” aparece no último Capítulo do tomo I de *História da Sexualidade*, cujo título é “Direito de morte e Poder sobre a vida”. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2014, p.145-174.

25 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2.ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2014.

E isso tem relação com o contexto em que os EUA também passaram, país que apresentou assombroso número de mortes no ranking mundial, fato que nos interessou como objeto de pesquisa, porque algumas notícias chegadas de lá, apontaram para instrumentalismos. Aqui, a ênfase deve pôr-se na matéria feita pelo jornal *O Estado de S. Paulo*. A reportagem destacou uma série de inquéritos que foram abertos após denúncias apontarem um suposto procedimento seletivo a respeito de como decidem quem vive e quem morre.

Por outras palavras, o modo de seleção no ápice do colapso hospitalar norte-americano, converteu-se em prioridade para pacientes sem deficiência, e, lado outro, em “abandono de pessoas com síndrome de Down, paralisia cerebral e autismo que contraíram a Covid-19”, porque, supostamente, “têm recuperação mais lenta”.²⁶

Pausa para respirar. Isso nos dá o que pensar. E pensar o quê? Ora, uma situação em que a morte de uma pessoa seria preferível à morte de outra, é uma ocorrência de suprema brutalidade, não é mesmo? Lenio Streck já escreveu importantes textos a respeito.²⁷

É que o Direito democrático se desgarrar do “gosto pessoal” e o que vale é a vida humana, espaço onde todas as vidas valem o mesmo, ainda que num quadro pandêmico. Se numa pandemia há distinções de “vidas”, seja pela situação econômica, seja pela “condição intelectual” (se o sujeito é deficiente ou não), essa contabilidade sinistra e definidora de quem tem ou não direito à vida, nos levaria para um eugenismo execrável.²⁸

A história é conhecida. O nazismo eliminou idosos e deficientes. Uma volta a esse horror é seria algo vergonhoso. Para quem acha clichê a comparação, penso que tirar lições de um passado sombrio nunca é demais. Uma discussão crítica acerca desses assuntos tão importantes é absolutamente necessária para o momento pelo qual passamos, assolados pela pior ameaça de saúde pública dos últimos cem anos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O impacto da pandemia de coronavírus sobre o Brasil revelou dificuldades imensas no campo do Direito, em especial com foco no direito à vida e à saúde das pessoas. E não só. Em plena pandemia de coronavírus, viu-se inconsistências políticas. É que, no Estado Democrático de Direito, chefes do Executivo (federal, estadual e municipal), falharam no dever funcional de não colocar vidas em risco.

Nesse cenário, os resultados obtidos pela pesquisa são os seguintes:

1. O artigo refletiu a interrelação de problemas diversos, a começar pelos agentes políticos e públicos do Estado brasileiro, via discursos e atos decisórios (in)coerentes com a crise vigente;
2. A enfermidade viral – Covid-19 – acelerou processos que já estavam em curso, como, por exemplo, o aumento da desigualdade social;
3. Na largada da pandemia, governos estaduais e municipais falharam em medidas

26 Cf. Jornal *O Estado de São Paulo*. “Coronavírus: EUA investigam recusa de respiradores a pessoas com deficiência”. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/coronavirus-eua-investigam-recusa-de-respiradores-a-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

27 STRECK, Lenio. “Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum>. Acesso em: 02 abr. 2020. Ver ainda: STRECK, Lenio. “O segredo do (dilema) de Fátima Bernardes aplicado ao Direito”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-01/senso-incomum>. Acesso em: 02 abr. 2020.

28 Cf. Lenio Streck e Pedro Serrano. “STR Talks #01 - Lenio Streck e Pedro Serrano”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XPK1czNCNnw&feature=youtu.be&fbclid=IwAR12K9399j6h3eI-dzJSpJEbaFvKw4tw4tje8pDKughWbIAcFQ-Lx4SAMtg>. Acesso em: 16 abr. 2020.

restritivas de circulação de pessoas para conter o vírus;

4. O relaxamento de medidas restritivas de circulação de pessoas para conter o vírus fez o quadro se deteriorar. As edições de decretos, em alguns estados e municípios, para a reabertura total do comércio foi um gatilho político que suscitou críticas;

5. O Brasil perdeu mais profissionais de enfermagem para o coronavírus do que Itália e Espanha juntas. A falta de equipamentos de proteção contribuíram para a alta mortalidade desses profissionais da saúde;

6. O presidente da República Jair Bolsonaro minimizou os riscos da doença, e, em certa medida, incentivou um boicote ao isolamento, deixando o país sem ministro da Saúde nos meses de quarentena (mais de 87 dias, até o encerramento desta pesquisa);

7. O Brasil foi atropelado pela doença infecciosa – Covid 19 – num contexto em que a extrema-direita estava em ascensão na função do Executivo federal;

8. O presidente Bolsonaro apostou na flexibilidade num momento que nem ao menos o país tinha chegado a ver uma queda, seja de casos, seja de óbito. Seguiu indiferente à tragédia e sempre quis convencer seus seguidores que os mortos pela Covid-19, que se contam à centena de milhares, era culpa de todos, menos de seu governo;

9. Discricionariedade política não é sinônimo de agir com a vontade do administrador público. O ato decisório de Estado deve existir na medida em que respeite a integridade e coerência do Direito como um todo;

10. Tem-se o resultado de um país que conseguiu apresentar uma das piores conduções mundiais do combate à pandemia de Covid-19.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2.ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2014.

DEL NEGRI, André. *Discricionariedade e Autoritarismo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FARIA, Rivaldo Mauro. Território e Saúde na geografia de Milton Santos: teoria e método para o planejamento territorial do sistema único de saúde no Brasil. *Revista do Departamento de Geografia e programa de Pós-Graduação em Geografia – UFPR*, v.38, p.291-320, dez.2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/raega/article/view/43912/29757>. Acesso em: 09 abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2014.

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

SANTOS, Milton. *O espaço dividido*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

SANTOS, Milton. *Pobreza urbana*. São Paulo: Edusp, 2009.

STRECK, Lenio. “Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum>. Acesso 02 abr. 2020. Ver ainda: STRECK, Lenio. “O segredo do (dilema) de Fátima Bernardes aplicado ao Direito”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-01/senso-incomum>. Acesso em: 02 abr. 2020.

STRECK, Lenio. Professor de Harvard lança “constitucionalismo Deus acima de todos”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>. Acesso em: 23 abr. 2020.

RESPOSTAS À PANDEMIA E A ESTRATÉGIA BRASILEIRA¹

Carlos Luiz Strapazon

Pós-Doutor em Direitos Fundamentais pela PUC-RS. Doutorado em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da UNOESC (Chapecó/SC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Positivo.

Sumário: 1 Introdução; 2 Resposta à pandemia: modelo da Coreia do Sul; 3 Resposta à pandemia: modelo da Alemanha; 4 Resposta à pandemia: modelo da Suécia; 5 O caso do Brasil: uma teia de fatos que indicam uma provável estratégia; 5.1 A cura na linguagem formal da estratégia; 5.2 Conduta precoce dos cidadãos aos centros de atendimento do SUS; 5.3 Relação seletiva com os Conselhos de Saúde; 5.4 Intransparência de dados; 5.5 Apoio a Estados e Municípios; 5.6 Ações observadas de apoio a estados e municípios; 5.6.1 Testagem; 5.6.2 Compra centralizada de medicamentos em falta; 5.6.3 UTI; 5.6.4 Centros de atendimento; 5.6.5 Transferência de dinheiro; 6 Conclusões; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.136-165, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

As análises comparadas da evolução da pandemia da COVID19 mostram que algumas estratégias oferecem melhores resultados do que outras. No momento do fechamento da pesquisa que deu origem a este trabalho (30 de julho de 2020) as evidências² conhecidas do primeiro semestre de 2020, baseadas em dados fornecidos pelos países, mostram que havia 36 países que mereciam atenção, pois durante a primeira onda adotaram medidas adequadas e sociedade respondeu bem.

Numa visão panorâmica, podemos dividi-los em dois grupos. Um é formado por 17 países que tiveram pleno êxito em lidar, rápida e consistentemente, com a crise. Todos apresentaram curvas com baixo índice de novas contaminações diárias e com indicação de tendência de estabilidade: Brunei, Dominica, Estônia, Finlândia, Hungria, Islândia, Irlanda, Jamaica, Latvia, Ilhas Mauricio, Nova Zelândia, Nigéria, Noruega, San Marino, Taiwan, Tailândia, Timor Leste.

Havia um segundo grupo³ formado por 19 países que deu sinais de controle da situação. A evolução de casos e óbitos respondeu muito bem, embora não tão rapidamente quanto o primeiro grupo. Destacaram-se: Bielorrússia, China, França, Alemanha, Itália, Paquistão, Catar, Coreia do Sul, Portugal e Suécia.

Todos os demais países estavam atrasados e tiveram dificuldades especiais para controlar a circulação do vírus e a taxa de mortalidade. Dentre estes, houve alguns casos extremos, mais preocupantes, por diferentes razões. O caso da Austrália, porque enfrentou antes uma grande segunda onda de novas contaminações; o do Brasil e dos EUA, pelo menosprezo presidencial e pelas crises políticas entre Presidência da República, agências de saúde e imprensa.

Dentre os países que merecem atenção e estudo, elegi a Coreia do Sul, a Alemanha e a Suécia. Parece-me que as diferentes respostas desses países, o contexto e também algumas semelhanças com o Brasil, podem ser úteis para pensar o modelo de resposta do Brasil. O critério que adotei para selecionar esses 3 países foi o seguinte: aprendizado com tragédias passadas, bom uso da tecnologia da informação, da ciência e de um sistema público de saúde e, por fim, competência para preparar um país inteiro para lidar eficientemente com uma grave crise de escala nacional, sem abrir mão de fundamentos da democracia e de liberdades individuais.

Antes da COVID19, a Coreia do Sul teve uma experiência traumática com a epidemia MERS, em 2005. E aprenderam muito com a tragédia. A resposta da Coreia do Sul à pandemia da COVID19 ensina a importância de adaptações e mudanças na política pública de saúde. A Alemanha é outro país com aprendizado duríssimo de enfrentamento a emergências nacionais. Desde que se recuperou dos estragos monumentais da II Guerra, mantém protocolos nacionais de resposta a situações emergenciais. A resposta da Alemanha ensina que todos os países devem estar prontos para emergências de grande escala. A resposta da Suécia ensina a ver como uma resposta bem-sucedida pode depender – e muito – da cultura local, dos costumes e da forma como governo e sociedade dialogam e tentam evitar, a todo o custo, restrições a liberdades individuais.

Uma das coisas aprendidas na análise desses três casos é que todos eles assumem

2 Ver End Coronavirus. Disponível em: <https://www.endcoronavirus.org/countries>. Acesso em: 30 jul. 2020.

3 Ver End Coronavirus. Disponível em: <https://www.endcoronavirus.org/countries>. Acesso em: 30 jul. 2020.

que um país não pode negligenciar investimentos em políticas públicas e instituições aptas a ajudar os governos e a sociedade em situações emergenciais; não podem hesitar nos investimentos contínuos em ciência, tecnologia e conhecimento, nem as orientações da ciência, e também que devem colaborar com a OMS – Organização Mundial da Saúde em momentos de crise global.

O caso da resposta brasileira também ensina muito. Na primeira parte deste trabalho, apresento e discuto as estratégias da Coreia do Sul, da Alemanha e da Suécia. Depois, analiso os atos normativos editados pela União Federal, na forma de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias e Decretos em busca de compreensão quanto às principais linhas de ação adotadas pelo Brasil.

O problema principal da pesquisa que deu origem a este trabalho pode ser formulado com a seguinte pergunta: afinal, qual é a estratégia brasileira de enfrentamento à pandemia da COVID19? Não se trata, portanto, de um estudo da eficácia da estratégia. Antes é um esforço para entender se existe alguma estratégia por detrás das ações efetivamente tomadas pelo Ministério da Saúde do Brasil durante o primeiro semestre de 2020.

Toda a pesquisa deste trabalho baseia-se na coleta de dados e informações primárias disponíveis na internet. Trata-se do resultado parcial de um amplo estudo de mapeamento e comparação de estratégias de enfrentamento da pandemia. A explicação da estratégia brasileira decorre da análise direta das informações diárias disponibilizadas pela página oficial do Ministério da Saúde, particularmente notícias e discursos oficiais dos Ministros da Saúde. O estudo se apoia também em informações disponibilizadas por *sites* especializados na observação nacional e internacional da pandemia, em análise de normas jurídicas editadas pelo Estado brasileiro e em relatórios técnicos. A interpretação dos dados e informações é inédita e não coincide, necessariamente, com a versão oficial do Estado brasileiro.

2 RESPOSTA À PANDEMIA: MODELO DA COREIA DO SUL

A OMS anunciou que havia epidemia na China, que era algo sério e o governo Coreano iniciou a tomada de decisões preventivas. Ativaram, imediatamente, a emergência para controle de entrada de turistas e cidadãos vindos da China. Além disso, ativaram o sistema público de saúde para o nível de emergência. A Coreia do Sul conta com um estruturado sistema nacional de saúde para ações preventivas e hospitais para acolher doentes de pandemias. Depois, incrementaram investimentos e cuidados com testes em larga escala, liberaram autorização e kit de testes coletivos assumindo que não adianta testar individualmente quem chega no hospital. A preocupação com esse tipo de testagens era entender, o mais rápido possível, o movimento das pessoas e a progressão das infecções. Até criaram um padrão próprio para testes e evitaram a dependência de dispositivos ou insumos importados.

Um outro aspecto destacado do modelo coreano de enfrentamento da pandemia diz respeito às liberdades individuais. Diminuíram as liberdades individuais, porém, sem *lockdown*. A política pública foi baseada em intensa orientação para manter distanciamento social, com apoio na tecnologia de informação produzida por empresas nacionais. Criaram e usaram *APPS* que foram baixados para aparelhos celulares e com isso conseguiram mapear, meticulosamente, a mobilidade humana. A política de distanciamento gerou conflitos, obviamente. Um deles foi com líderes de igrejas (especialmente da *River of Grace Community Church*) que insistiu em fazer cultos com aglomerações. Não houve proibição a cultos, mas as igrejas tiveram de informar quem os frequentava para que o rastreamento pudesse ser realizado como previsto. Depois o governo divulgou o número de infectados vinculados a essa igreja.

Assumiram também que uma epidemia precisa de informações precisas e bem difundidas, em larga escala. Para isso, cuidaram, muito, da liberdade de imprensa e da boa relação entre governo e imprensa.

Outro pilar da estratégia coreana foi estimular a solidariedade: pediram doações de máscaras para apoiar o trabalho dos profissionais da saúde e a sociedade respondeu. Um lema difundido na Coreia do Sul é que a saúde de todos vem em primeiro lugar.

Algumas particularidades da Coreia do Sul favorecem essa estratégia. A tolerância com o mapeamento meticuloso de dados pessoais e uma população dotada de habilidades e recursos para lidar com novas tecnologias. Além disso, um sistema de saúde dotado de poderosa capacidade de armazenar e analisar dados que orientam a tomada de decisões, em especial as decisões preventivas, mas também suficiente para orientar a reabertura e a retomada da normalidade, sem riscos graves de novas ondas de contaminação.

O número diário de óbitos por COVID19 nunca chegou a 15 num só dia. O máximo de óbitos diários registrados na Coreia do Sul foi de 13, no meio de dezembro. Nunca foi maior do que 11, de 01 de março a 13 de dezembro.

A Coreia do Sul venceu a epidemia da MERS e estão vencendo a da COVID19. Reconhecem, porém, que a luta contra epidemias não acabou. Estão se preparando para outras.⁴

3 RESPOSTA À PANDEMIA: MODELO DA ALEMANHA

O caso da Alemanha também é importante de ser analisado, sobretudo porque é um país que, como Brasil, adota a forma federativa de Estado, com 16 unidades subnacionais autônomas e aproximadamente 400 unidades locais de governo.

A Alemanha não tomou medidas extraordinárias para lidar com a pandemia da COVID19. Durante o primeiro semestre, revelou-se um país preparado para situações de emergências, com protocolos nacionais claros, com sistema hospitalar eficiente e com recursos financeiros, humanos e tecnológicos adequados. Apenas aplicou seu protocolo padrão, o Plano Nacional de enfrentamento a pandemias para lidar com emergências desse tipo. A estratégia de resposta foi baseada em alto nível de testagens⁵, o maior da Europa, com atenção especial a pessoas idosas – o que explica a baixa letalidade nesse público – e uso eficiente do sistema hospitalar. A gestão centralizada de dados e informações, a partir do *Robert Koch Institute*⁶ (RKI) e uma rede de instituições parceiras, favoreceu o processo de tomada de decisões, como, por exemplo, a mobilização de laboratórios públicos e privados para elevar o nível de testagens, particularmente a testagem do tipo PCR – que foi a mais importante na estratégia da Alemanha. Foi muito importante a comunicação eficiente com o público, seja dos diagnósticos, seja das medidas adotadas, que foram muito diferentes nas diferentes regiões do país.

Em abril a Alemanha viveu o pico de contaminação com mais de 100 óbitos por dia, chegando a 248 óbitos no dia 21 de abril. A partir maio os números foram reduzidos e 18 de maio de 2020 começou a registrar menos de 50 óbitos por dia, e a partir de 08 de junho,

4 Mais detalhes sobre a estratégia coreana, ver, Emerging COVID-19 success story: South Korea learned the lessons of MERS, *Our World in Data*, University of Oxford. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-south-koreaver>. Acesso em: 15 jul. 2020. Ver também, Korea's national response to COVID-19 outbreak. Disponível em: <http://www.korea.net/Government/Current-Affairs/National-Affairs?affairId=2034>. Acesso em: 15 jul. 2020.

5 Ver ECKNER, C. How Germany has managed to perform so many Covid-19 tests. *The Spectator*. April 6, 2020. Disponível em: <https://www.spectator.co.uk/article/how-germany-has-managed-to-perform-so-many-covid-19-tests>. Acesso em: June 1, 2020.

6 Ver Robert Koch Institute. *Contribution to the COVID-19 response*. Disponível em: https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID_ZIG_en/COVID_ZIG_node_en.html. Acesso em: 6 jun. 2020.

menos de 20 óbitos por dia. Até 15 de outubro não houve mudanças. O quadro começou a piorar a partir 04 de novembro, quando os óbitos diários voltaram a superar a casa de 100, indicando a chegada de uma preocupante segunda onda. Esse quadro permitiu à Alemanha retornar à normalidade a partir de maio. O plano de volta foi estruturado em monitoramento de dados e informações epidemiológicas a partir do *RKI*, entidade frequentemente citada pela Chanceler Angela Merkl, a fim de controlar os riscos de segunda onda de contaminações. Muito embora a segunda onda tenha impactado mais gravemente do que o esperado, ainda assim o caso da Alemanha é exemplar⁷, dada a dimensão populacional (aproximadamente 80 milhões de habitantes) e a complexidade do sistema político (democracia parlamentar e um estado federativo).

4 RESPOSTA À PANDEMIA: MODELO DA SUÉCIA

Na Suécia os números⁸ de infecções e óbitos cresceram mais do que o esperado até fins de abril, começando a cair, lentamente, a partir de maio e junho. Os mais atingidos foram idosos. Para responder à evolução da pandemia, restrições importantes de mobilidade humana foram estabelecidas, como no caso de viagens de estrangeiros para a Suécia, com algumas exceções para países selecionados, junto com a proibição de visitas sociais a locais onde vivem pessoas em situação especial de risco, como lares de idosos e enfermarias. Foram proibidas aglomerações com mais de 500 pessoas e, em seguida, com mais de 50 pessoas⁹. Sempre com a lembrança de que “é crime espalhar doença”. O governo também intensificou advertências a idosos com mais de 70 anos, para que ficassem em casa e evitassem contatos sociais.

O caso das escolas é um dos mais controversos e interessantes. A Suécia considerou uma parte muito importante de sua estratégia a decisão de não interromper atividades de escolas infantis e de educação primária. Quanto ao ensino médio, determinou restrições de distanciamento nas escolas e fechamento parcial de universidades. No caso das escolas infantis e de educação primária, a razão para não impedir o funcionamento é o seguinte.

Muito cedo descobrimos que crianças na faixa etária de frequentar jardim da infância e ensino primário não são os agentes transmissores desta pandemia. Elas não ameaçam a saúde de seus pais ou de adultos que as cercam porque não expõem vírus como ocorre, por exemplo, no caso da influenza. É por isso que decidimos orientar a educação infantil e a educação primária para permanecerem abertas¹⁰.

Empresas permaneceram em funcionamento com os cuidados sanitários e – se possível – com trabalho remoto, particularmente nas áreas de maior nível de incidência do vírus. Todo o setor de alimentos e bebidas foi autorizado a operar, mas sem aglomerações, sob pena de serem fechados. Quanto aos cidadãos em geral, a recomendação foi para que permanecessem

7 Emerging COVID-19 success story: Germany's strong enabling environment. *Our World in Data*, University of Oxford, Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-germany>. Acesso em: 25 jul. 2020.

8 Ver, University of Oxford. *Our World in Data*. Emerging COVID-19 success story: Sweden: Coronavirus Pandemic Country Profile. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/sweden?country=~SWE>. Acesso em: 28 jul. 2020.

9 Polimap Covid19. Interventions to reduce virus transmissions (Flatten the curve): Sweden. Disponível em: <https://polimap.org/sweden/>. Acesso em: 27 jul. 2020

10 Esta afirmação consta do vídeo *The Swedish strategy against Covid-19*, apresentado por Johan Carlson, Diretor Geral da Agência de Saúde Pública da Suécia, exibido em 12 de junho de 2020, durante a explicação da estratégia sueca de resposta à pandemia. O comunicado de Johan Carlson pode ser visto a partir do minuto 2:06, logo após a apresentação da Ministra da Saúde e assuntos sociais, Lena Hallengren. Disponível em: <https://www.krisinformation.se/en/hazards-and-risks/disasters-and-incidents/2020/official-information-on-the-new-coronavirus>. Pode ser visto no YouTube também, em: <https://www.youtube.com/watch?v=svlHD2mpk9k>. Acesso em: 01 ago. 2020.

em casa, realizando os cuidados de higiene pessoal, mesmo no caso de sintomas leves.

Em avaliação mais recente, reconheceram que estavam falhando em relação às casas de asilo, mas não em relação à estratégia de reação lenta, flexível, de monitoramento preciso e de corresponsabilidade. A Suécia buscou, a todo custo, medidas que evitassem o *lockdown*. A legislação proíbe *lockdown* e aprovar leis que mudem isso, por lá, é mais difícil do que mudar a Constituição no Brasil.

De 02 de abril a 23 de maio, a Suécia registrou mais de 50 óbitos diários, chegando a 98 no dia 15 de abril. De 24 de maio até 29 de julho, os óbitos diários caíram progressivamente da casa dos 50 para 3. E até 10 de novembro não houve retrocessos. Só no início de dezembro, durante a segunda onda, os óbitos diários voltaram a subir, mas não chegaram a 70.

A Suécia tem uma tradição de responsabilidade individual, confiança nas agências de Estado e abundância de hospitais. Além disso, as autoridades sanitárias emitem comunicados diários sobre o comportamento social e os dados da pandemia.

5 O CASO DO BRASIL: UMA TEIA DE FATOS QUE INDICAM UMA PROVÁVEL ESTRATÉGIA

A análise que ofereço a seguir é a primeira versão de um esforço interpretativo progressivo de atos normativos e comunicados oficiais publicados pela União Federal em resposta à pandemia do coronavírus. Ainda não é uma análise detalhada de todos os aspectos jurídicos desses atos ou das informações disponíveis. O que foi possível apresentar aqui são os resultados parciais da pesquisa em andamento sobre Segurança Social e o direito na pandemia que desenvolvo no PPG da Unesco e também no PPG da Universidade Positivo. Minha análise é baseada nos atos e decisões oficiais adotadas a partir de fevereiro de 2020 até 30 de julho de 2020.

04.01

OMS RECONHECE O NOVO CORONAVÍRUS

Primeiro Comunicado¹¹ da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre o novo coronavírus.

10.01

ACIONADO O COMITÊ DE MONITORAMENTO

O Ministério da Saúde do Brasil acionou o Comitê de Monitoramento do novo coronavírus. Nessa mesma data a China divulga¹² o código genético do novo Coronavírus.

27.01

PRIMEIRO CASO SUSPEITO

Primeiro caso suspeito¹³ no Brasil é detectado no estado de Minas Gerais

30.01

OMS DECLARA EMERGENCIA INTERNACIONAL

A Organização Mundial da Saúde declarou¹⁴ situação de Emergência Internacional

11 Ver WHO. #China relatou à OMS um grupo de #pneumonia casos —sem mortes— em Wuhan, província de Hubei Bandeira da China. As investigações estão em andamento para identificar a causa desta doença, 04.01.2020. Disponível em: <https://twitter.com/WHO/status/1213523866703814656?s=20>. Acesso em: 06 jul. 2020.

12 Ver, Center for Infectious Disease Research and Policy. China releases genetic data on new coronavirus, now deadly. University of Minnesota. Disponível em: <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2020/01/china-releases-genetic-data-new-coronavirus-now-deadly>. Acesso em: 26 jul. 2020.

13 Ver *Revista Veja*. Ministério da Saúde investiga caso suspeito de coronavírus em Minas, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/ministerio-saude-investigacao-coronavirus/> Acesso em: 23 jul. 2020.

14 Ver https://www.who.int/diagnostics_laboratory/EUL/en/. Acesso em: 25 jul. 2020.

03.02

BRASIL DECLARA EMERGÊNCIA

Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020¹⁵ do Ministério da Saúde declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)

05.02

COMEÇAM REUNIÕES ENTRE MS, CONASS E CONASEMS

Ministério da Saúde se reúne com secretários estaduais de saúde para analisar primeiras ações sobre o novo coronavírus.

06.02

LEI GERAL DA PANDEMIA

Lei nº 13.979¹⁶, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre medidas que podem ser adotadas pela União, Estados e Municípios para enfrentamento da emergência de saúde pública

13.02

PLANO DE CONTINGÊNCIA

Ministério da Saúde publica o Plano¹⁷ de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID

25.02

PRIMEIRO CASO EM SÃO PAULO

Identificado o primeiro¹⁸ caso de coronavírus, em São Paulo, no Hospital Albert Einstein.

27.02

VACINAÇÃO INFLUENZA

Ministério da Saúde decide antecipar a Campanha Nacional de Vacinação contra a Influenza

28.02

COMEÇA A CAMPANHA PREVENTIVA COVID19

Inicia campanha publicitária de prevenção ao coronavírus

29.03

FLUXOGRAMA ESPECIAL NA REDE SUS

Foi criado um novo fluxo¹⁹ de dados sobre COVID, partindo de Municípios para Estados e Ministério da Saúde

15 Ver, União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 25 jul. 2020.

16 Ver, União Federal. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 28 jul. 2020.

17 Ver, União Federal. Ministério da Saúde. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. fev. 2020. Disponível em: <https://portalquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

18 União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 25 jul. 2020.

19 União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46459-ministerio-da-saude-adota-novo-fluxo-de-consolidacao-de-casos-de-coronavirus>. Acesso em: 25 jul. 2020.

02.03

COMEÇA A TESTAGEM

SUS anuncia distribuição de 30 mil kits para teste de COVID19.

10.03

REDE SUS CAPACIDA UNIDADES DE SAÚDE

SUS anuncia²⁰ 42 mil postos de saúde capacitados para atender COVID19, dentre as quais, 6.700 seriam unidades com atendimento 24h.

11.03

OMS ANUNCIA A PANDEMIA

A OMS declarou²¹ que o surto de coronavírus era, a partir desta data, considerada uma pandemia. Havia registro de 118.000 casos em 114 países e 4.291 mortes.

5.000 MÉDICOS NO BRASIL

Ministério da Saúde anuncia²² que vai convocar 5.000 médicos para a atenção primária (preventiva) em saúde pública.

17.03

PRIMEIRO ÓBITO NO BRASIL

Nesta data foi registrado o 1º (primeiro) óbito²³ de Covid19 no Brasil, no município de São Paulo, SP. É o 22º dia desde a notícia do primeiro contágio. Para simplificar a análise progressiva de casos e óbitos, elaborei a Tabela 1, a seguir, que informa datas em que se verificaram dobragens de casos e óbitos, com algumas anotações sobre a crise sucessória de Ministros da Saúde.

TABELA 1. BRASIL. CASOS E ÓBITOS, mar./jul. 2020

DATA	CASOS	ÓBITOS	
17.03		1	
21.03	1.000		
24.03	2.000		
28.03		98	Começa a atualização de dados em plataforma on line do Ministério da Saúde
29.03	4.000	125	
02.04		250	
03.04	8.000		

20 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46522-90-dos-casos-de-coronavirus-podem-ser-atendidos-nos-postos-de-saude>. Acesso em: 25 jul. 2020.

21 Ver, WHO. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 25 jul. 2020.

22 Ver, <https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-da-saude-vai-convocar-5-mil-medicos-para-atencao-basica-1-24298892>. Acesso em: 25 jul. 2020.

23 Ver *Jornal "O GLOBO"*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/sao-paulo-registra-primeira-morte-por-covid-19>. Acesso em: 15 jul. 2020.

06.04		500	Imprensa divulga ameaça de exoneração do Min. da Saúde, Luiz Henrique Mandetta
09.04	16.000		
10.04		1.000	
16.04			Exoneração de Luiz Henrique Mandetta do cargo de Ministro da Saúde
17.04	32.000	2.000	Nelson Teich toma posse como o Ministro da Saúde
25.04		4.000	
27.04	64.000		
06.05		8.000	
07.05	128.000		
09.05		10.000	
15.05			Nelson Teich pede exoneração do cargo de Ministro da Saúde
16.05			General Eduardo Pazuello assume, interinamente, as funções de Ministro da Saúde
18.05	256.000		
21.05		20.000	
31.05	512.000		
11.06		40.000	
19.06	1.024.000		
18.07	2.048.000		
20.07		80.000	
30.07	2.610.583	91.310	General Eduardo Pazuello permanece, interinamente, nas funções de Ministro da Saúde

Fonte: <https://www.dadostransparentes.com.br/index.php>. Acesso em: 30 jul. 2020. Elaborado pelo autor.

18.03

EXAMES RT-PCR EM 26 LACEN

Ministério da Saúde anuncia²⁴ que todos os laboratórios centrais (LACEN) do país estão aptos realizar exame para COVID19.

18.03

SITUAÇÃO DE CALAMIDADE E LIMITES PARA GASTOS PÚBLICOS (I)

Mensagem²⁵ n.93 do Presidente da República ao Congresso Nacional pede reconhecimento da situação de Calamidade para fins de flexibilizar as regras fiscais que limitam as despesas correntes e de capital previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LCp 101, 04 maio 2000).

20.03

TRANSMISSÃO COMUNITÁRIA

Portaria n. 454 do Ministério da Saúde declarou²⁶ o estado de transmissão comunitária nacional.

24 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46555-todos-os-laboratorios-publicos-do-pais-podem-realizar-exame-para-coronavirus>. Acesso em: 24 jul. 2020.

25 Ver, União Federal. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2239602>. Acesso em: 22 jul. 2020.

26 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Portaria 454, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

SITUAÇÃO DE CALAMIDADE E LIMITES PARA GASTOS PÚBLICOS (II)

O Congresso Nacional reconheceu, nessa mesma data, a situação de calamidade para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal e foi publicado o Decreto Legislativo n.6.²⁷

COMPRAS PÚBLICAS EMERGENCIAIS

Nessa data, o Presidente da República também editou a MP n. 926, que alterou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos especiais de compras públicas de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

ATIVIDADES ESSENCIAIS

Editou também o Decreto Presidencial n.10.282²⁸, para definir serviços públicos e atividades essenciais.

23.03

INFLUENZA. INÍCIO DA VACINAÇÃO MASSIVA DE IDOSOS

Nesse dia foi publicada a Medida Provisória n. 928, que alterou a Lei de Transparência²⁹. Autorizou autoridades públicas a priorizar respostas a informações sobre COVID19, suspendeu prazos para respostas de outros temas e gerou grande polêmica.

26.03

PROTOCOLO DE VELÓRIOS E ENTERROS

Ministério da Saúde publicou o protocolo³⁰ de velórios e enterros em caso de COVID19.

27.03

FIOCRUZ

Fiocruz recebeu R\$144 milhões para ampliar Centro Hospitalar com 200 leitos especializados para COVID19.

28.03

BASES DE DADOS

Começa a atualização de dados em plataforma on line, mantida pelo Ministério da Saúde. Número de óbitos: 98 confirmados.

30.03

INFLUENZA

Ministério da saúde divulga que 8,7 milhões de idosos foram vacinados.

02.04

MÁSCARAS

Ministério da Saúde recomenda fazer máscaras³¹ em casa e sair de máscara.

27 Ver União Federal. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n.6. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

28 Ver União Federal. Presidência da República. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

29 Ver União Federal. Presidência da República. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

30 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus, Brasília/DF Versão 1. Publicada em 25/03/2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

31 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46645-mascaras-caseiras-podem-ajudar-na-prevencao-contr-o-coronavirus>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MAIS DE 5.000.000 DE PROFISSIONAIS DA SAUDE

Ministério da Saúde anuncia que 5 milhões³² de profissionais de saúde, de 14 áreas de atuação, seriam cadastrados e capacitados para enfrentar a pandemia. O Ministério da Saúde também publicou a Portaria nº 639³³, de 31 de março de 2020, que dispôs sobre a Ação Estratégica “O Brasil Conta Comigo - Profissionais da Saúde”, voltada à capacitação e ao cadastramento de profissionais da área de saúde, para o enfrentamento à pandemia do coronavírus (COVID-19).

Em 30 de julho de 2020, o número de profissionais da saúde oficialmente registrados na base “Covid19 – Profissionais da Saúde”, do SUS/MS indicava a existência de 996.989 profissionais da saúde atuantes. Indicava também que foram efetuadas 476 contratações de profissionais pelos meios criados pela Portaria 639/2020. Constava do site também que existiam 366.834 profissionais da saúde à disposição. O site informava também que existiam 16.038 profissionais da saúde integrados ao programa “Mais Médicos” e 4.815 vinculados ao “Mais Médicos Covid19”.

TABELA 2 – Brasil. Profissionais da saúde, 30 jul. 2020

PROFISSIONAIS DA SAÚDE - SUS	STATUS	SUL	SUDESTE	NORDESTE	CENTRO-OESTE	NORTE	TOTAL
Covid19 – Profissionais da Saúde		185.660	493.950	183.651	82.502	51.226	996.989
BR Conta Comigo	Contratados		-	-	-	476	476
BR Conta Comigo	à disposição	62.983	165.690	76.326	35.952	25.883	366.834
Mais Médicos – Profissionais da saúde		2.234	4.383	6.049	1.255	2.117	16.038
Mais Médicos – Profissionais da saúde	COVID19	756	1.485	1.722	450	402	4.815

Fonte: https://viz.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Insumos_RH/DEMAS_C19Insumos_RH.html.
Elaborado pelo autor.

AUXÍLIO EMERGENCIAL

Nessa data foi publicada a Lei 13.982³⁴, que criou o Auxílio emergencial de R\$ 600,00 e alterou a política pública nacional da Assistência Social, prevista na Lei n. 8.742/1993.

AUXÍLIO FEDERATIVO

Começa a ajuda financeira a Estados e Municípios: Presidente da República edita MP 939³⁵ para liberar crédito extraordinário de R\$16 bi ao Fundo de Participação dos Municípios e ao Fundo de Participação dos Estados.

03.04

EMPREGOS

Publicada a Medida Provisória n. 944³⁶, criando o Programa Emergencial de suporte a empregos, com crédito a empresas a fim de manter a capacidade de pagar a folha de salários. Total de R\$34 bi foram liberados ao BNDES para repassar a bancos com projetos.

32 Ver *Jornal O Estado de São Paulo*. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-busca-cinco-milhoes-de-profissionais-de-saude-de-outras-areas-para-combate-ao-coronavirus,70003258614>. Acesso em: 28 jul. 2020.

33 União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 639, de 31 de março de 2020. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/04/2020&jornal=515&pagina=76&totalArquivos=167>. Acesso em: 28 jul. 2020.

34 Ver União Federal. Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13982.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

35 Ver União Federal. Medida Provisória nº 939, de 2 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv939.htm. Acesso em 30 jun. 2020.

36 Ver União Federal. Medida Provisória nº 944, de 3 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

09.04

TESTAGEM

Até essa data, 1 milhão de testes rápidos foram distribuídos a Estados e Municípios, sendo que 451,4 mil eram testes RT-PCR.

11.04

POVOS INDÍGENAS

Publicado o Plano³⁷ de Contingência Nacional para Povos Indígenas.

15.04

TELEMEDICINA

Entra em vigor a Lei 13.989³⁸, sobre o uso da telemedicina durante a crise.

16.04

CAI O MINISTRO DA SAÚDE

Exoneração³⁹ do Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta.

17.04

NOVO MINISTRO

Nelson Teich toma posse como o novo Ministro da Saúde.⁴⁰

23.04

FLEXIBILIZA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Publicada a MP 927⁴¹, autorizando flexibilização do direito do trabalho, autorizando negociações individuais entre empregadores e empregados, prorrogação do prazo para recolhimento do FGTS dos meses de março a maio, o teletrabalho e a prorrogação temporária de acordos coletivos e antecipação de férias. Gerou muita polêmica e recebeu 1.082 emendas na Câmara dos Deputados.

27.04

AUXÍLIO EMERGENCIAL⁴²

Primeiro dia de saques de R\$ 600,00.

07.05

EMENDA CONSTITUCIONAL DO REGIME FISCAL DE GUERRA

Entra em vigor a Emenda à Constituição n. 106⁴³, de iniciativa da Câmara de Deputados, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

37 Ver, Plano de Contingência Nacional para Povos Indígenas. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1ti4y0weLDsJYdLR3r2FuxDf8XWDn20>. Acesso em: 30 jun. 2020.

38 Ver, Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

39 *Portal UOL*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/16/exoneracao-de-mandetta-e-publicada-no-diario-oficial-e-teich-e-anunciado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.

40 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46747-nelson-teich-toma-posse-como-ministro-da-saude>. Acesso em: 27 jul. 2020.

41 Ver, União Federal, Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

42 Ver, *Portal UOL*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-brasil/2020/04/27/saque-de-auxilio-emergencial-comeca-a-ser-liberado-hoje.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.

43 Ver, União Federal. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

15.05

CAI O SEGUNDO MINISTRO

O Ministro da Saúde, Nelson Teich, pede exoneração.

16.05

MINISTRO INTERINO – CARGO PROVISÓRIO

General Eduardo Pazuello assume, interinamente, as funções de Ministro da Saúde.

29.05

COVID NAS FAVELAS

Ação em aglomerados subnormais (favelas). Portaria nº 1.444/GM/MS⁴⁴, institui os Centros Comunitários de Referência para enfrentamento da Covid-19, no âmbito da Atenção Primária à Saúde (APS), e estabelece incentivo para custeio dos Centros Comunitário de Referência para enfrentamento à covid-19 e incentivo financeiro federal adicional per capita, em caráter excepcional e temporário, considerando o cenário emergencial de saúde pública de importância internacional.

02.06

ORÇAMENTO ESPECIAL E COMITÊ DE SUPERVISÃO

Publicada a Lei nº 14.008⁴⁵, de 2 de junho de 2020, por meio da qual o Congresso Nacional autoriza gastos de R\$343,6 bi para enfrentamento da COVID19, a ser utilizado pelo governo federal e transferido a Estados, Distrito Federal e Municípios.

Resolução nº 6. Comitê de crise para supervisão e monitoramento dos impactos da covid-19: Institui Grupo de Trabalho⁴⁶ para a Consolidação das Estratégias de Governança e Gestão de Riscos do Governo federal em resposta aos impactos relacionados ao coronavírus, no âmbito do Comitê de Crise da covid-19.

06.06

MUDANÇAS NO SITE COM DADOS DIÁRIOS DE CASOS E ÓBITOS

Ministério da Saúde retirou do site o número acumulado de óbitos e todos os demais gráficos de acompanhamento.

08.06

MINISTÉRIO DA SAÚDE CORRIGE DADOS PUBLICADOS

Ministério da Saúde corrige⁴⁷ boletim sobre COVID-19.

09.06

OMISSÃO DE DADOS

O ministro interino da Saúde, Eduardo Pazuello, afirmou durante videoconferência com a Comissão Externa da Câmara dos Deputados, que “nunca houve, não há e nunca haverá omissão de dados”.

44 Ver, União Federal, Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.742-de-13-de-julho-de-2020-266574834>. Acesso em: 25 jul. 2020.

45 Ver União Federal. Lei nº 14.008, de 2 de junho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14008.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

46 Ver União Federal. Resolução nº 6, de 2 de junho de 2020. Comitê de crise para supervisão e monitoramento dos impactos da covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/RES/res-6-20-pr.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

47 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47026-ministerio-da-saude-corrige-boletim-sobre-covid-19>. Acesso em: 27 jul. 2020.

12.06

NOVA PLATAFORMA DE DADOS

O Ministério da Saúde anuncia nova plataforma para divulgar o cenário de casos e óbitos relacionados à Covid-19. O novo modelo permite acompanhar a análise de casos e mortes de forma regionalizada e por municípios, entre outras informações. O objetivo é ter uma ferramenta mais precisa sobre o cenário atual da doença e permitir ao Poder Público adequar ações e agir com mais efetividade na proteção e assistência à população.

17.06

NOVAS ORIENTAÇÕES PARA PROFISSIONAIS DE SAÚDE DA REDE DO SUS

O novo protocolo⁴⁸ é para orientar no atendimento de pacientes com suspeita ou confirmação de COVID-19 nos diversos pontos da Rede de Atenção à Saúde. O documento traz informações básicas sobre diagnósticos (tipos), sobre sintomas típicos, fatores de risco, exames laboratoriais, fluxograma para atender pacientes de casos leves, moderados e sérios, atenção a crianças, gestantes, indígenas, prevenção e controle, classificação de imagens de pneumonia.

NOVAS ORIENTAÇÕES SOBRE CLOROQUINA NO TRATAMENTO PRECOCE

O Ministério da Saúde divulgou novas orientações⁴⁹ para uso de medicamentos, mantendo o uso da cloroquina ou da hidroxicloroquina, no tratamento precoce de pacientes com Covid-19, no Sistema Único de Saúde (SUS). A partir de agora, foi ampliado o uso desses medicamentos, inclusive para gestantes e crianças e adolescentes, que passaram a fazer parte dos grupos de risco. Transcrevo as partes das Considerações introdutórias, para que entendam os pressupostos que embasam a nova decisão do governo federal de recomendar, precocemente, um medicamento que a Sociedade Brasileira de Infectologia⁵⁰ orientou que fosse proibido para casos leves e tratamentos precoces.

Considerando que alguns estados, municípios e hospitais da rede privada já estabeleceram protocolos próprios de uso da cloroquina e da hidroxicloroquina para tratamento da COVID-19;

Considerando a necessidade de uniformização da informação para os profissionais da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);

Considerando a existência de diversos estudos sobre o uso da cloroquina e

48 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/17/Covid19-OrientaesManejoPacientes.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

49 Ver União Federal, Ministério da Saúde, Orientações do Ministério da Saúde para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da covid-19. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19-pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

50 A SBI publicou o seguinte:

Diante dessas novas evidências científicas, É URGENTE E NECESSÁRIO que:

a) a hidroxicloroquina seja abandonada no tratamento de qualquer fase da COVID-19;

b) os agentes públicos, incluindo municípios, estados e Ministério da Saúde reavaliem suas orientações de tratamento, não gastando dinheiro público em tratamentos que são comprovadamente ineficazes e que podem causar efeitos colaterais;

c) que o recurso público seja usado em medicamentos que comprovadamente são eficazes e seguros para pacientes com COVID-19 e que estão em falta, tais como anestésicos para intubação orotraqueal de pacientes que precisam ser submetidos à ventilação mecânica, bloqueadores neuromusculares para pacientes que estão em ventilação mecânica; em aparelhos que podem permitir o diagnóstico precoce de COVID grave, como oxímetros para o diagnóstico de hipóxia silenciosa; em testes diagnósticos de RT-PCR da nasofaringe para pacientes sintomáticos; leitos de Unidade de Terapia Intensiva, bem como seus recursos humanos (profissionais de saúde) e respiradores.

A Sociedade Brasileira de Infectologia é uma sociedade médica científica, sem fins lucrativos, que congrega médicos infectologistas de todo o país. Para mais informações, ver em: https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/principal/2020/07/SBI_Informe_16_HCQ_precoce.pdf. Acesso em: 28 jul. 2020.

hidroxicloroquina no tratamento da COVID-19;
Considerando a larga experiência do uso da cloroquina e da hidroxicloroquina no tratamento de outras doenças infecciosas e de doenças crônicas no âmbito do SUS e a inexistência, até o momento, de outro tratamento eficaz disponível para a COVID-19;
Considerando a necessidade de orientar o uso de fármacos no tratamento precoce da COVID-19, incluindo a cloroquina ou a hidroxicloroquina, no âmbito do SUS pelos médicos;
Considerando que doses baixas de cloroquina são usadas para profilaxia da malária na gravidez;
Considerando que diversas instituições, tanto internacionais quanto nacionais, preconizam o uso da cloroquina ou da hidroxicloroquina em pacientes com diagnóstico de COVID-19;
Considerando que o artigo científico publicado pela Escola de Saúde Pública de Yale (New Haven, Connecticut, EUA), que avaliou cerca de 300.000 doentes infectados, através de 5 estudos, incluindo 2 ensaios clínicos controlados, demonstrou uma eficácia significativa no tratamento ambulatorial com uso de hidroxicloroquina e concluiu que a hidroxicloroquina deve estar amplamente disponível e distribuída imediatamente para prescrição médica;
Considerando que a hidroxicloroquina não apresenta contraindicações absolutas durante a gestação;
Considerando que o Conselho Federal de Medicina recentemente propôs a consideração da prescrição de cloroquina e hidroxicloroquina pelos médicos, em condições excepcionais, mediante o livre consentimento esclarecido do paciente, para o tratamento da COVID-19 (Processo-Consulta CFM nº 8/2020 – Parecer CFM nº 4/2020);

18.06

NOVO MODELO DE BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO⁵¹

19.06

RETORNO SEGURO À NORMALIDADE

O Ministério da Saúde, publicou a Portaria nº 1.565, que estabelece orientações gerais à prevenção, o controle e à mitigação da transmissão da Covid-19. As orientações também são voltadas à promoção da saúde física e mental da população. O objetivo é apoiar as estratégias locais para retomada segura das atividades e do convívio social, respeitando as especificidades e características de cada setor ou ramo de atividade. Caberá às autoridades locais e aos órgãos de saúde locais decidir, após avaliação do cenário epidemiológico e capacidade de resposta da rede de atenção à saúde, quanto a retomadas das atividades. A Portaria traz um anexo. Destaco, a seguir, um fragmento que é bastante indicativo de sua finalidade.

Retomar as atividades e o convívio social são também fatores de promoção da saúde mental das pessoas, uma vez que o confinamento, o medo do adoecimento e da perda de pessoas próximas, a incerteza sobre o futuro, o desemprego e a diminuição da renda, são efeitos colaterais da pandemia pelo SARS-COV-2 e têm produzido adoecimento mental em todo o mundo. Porém, a retomada das atividades deve ocorrer de forma segura, gradativa, planejada, regionalizada, monitorada e dinâmica, considerando as especificidades de cada setor e dos territórios, de forma a preservar a saúde e a vida das pessoas. Para isso, é essencial a observação e a avaliação periódica, no âmbito loco-regional, do cenário epidemiológico da COVID-19, da capacidade de resposta da rede de atenção à saúde, dos

51 Ver em: <https://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/18/Boletim-epidemiologico-COVID-2.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

aspectos socioeconômicos e culturais dos territórios e, principalmente, das orientações emitidas pelas autoridades locais e órgãos de saúde. É importante que os setores de atividades elaborem e divulguem protocolos específicos de acordo com os riscos avaliados para o setor, considerando os ambientes e processos produtivos, os trabalhadores, os consumidores e usuários e a população em geral.

23.06

MAIS RECURSOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA

Ministério da Saúde anunciou que 105 milhões de brasileiros são atendidos pelos serviços das equipes de Saúde da Família, compostas por médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e agentes comunitários de saúde, que atendem a população nos postos de saúde. O Governo federal disponibilizou para esta ação do programa saúde da família, que foi denominado de Previne Brasil, mais de R\$ 400 milhões a todos os municípios brasileiros. São R\$ 8,9 mil para cada uma das cerca de 45 mil equipes de Saúde da Família e equipes de Atenção Primária. Anuncia que a busca por melhores resultados dos indicadores de saúde será feita a partir da avaliação das equipes de Saúde da Família e equipes de Atenção Primária, progressivamente, com base em 21 indicadores. Para este ano, são sete indicadores no âmbito da saúde da mulher, saúde da criança, doenças crônicas e gestantes. São avaliados, por exemplo, número de consultas de pré-natal e vacinação. A cada quatro meses, as equipes são avaliadas para definição dos valores de repasse aos municípios. Já o incentivo às ações e estratégias do Ministério da Saúde incluem os seguintes programas: Saúde na Hora; Informatização; Formação e residência médica e multiprofissional; Saúde Bucal; Centro de Especialidades Odontológicas (CEO); Laboratório de Prótese Dentária; Unidade Odontológica Móvel; Saúde na Escola; Academia de saúde; Consultório na Rua; Equipes Ribeirinhas; UBS Fluviais; Microscopistas; Equipes prisional e Saúde do Adolescente.

24.06

TESTAR 25% DA POPULAÇÃO, INCLUINDO CASOS LEVES - PCR

Cerca de um quarto (22%) da população brasileira será testada para a doença. Com a ampliação da doença para o interior do país, o Ministério da Saúde anunciou⁵² que começará a investir mais na Atenção Primária para a coleta e diagnóstico dos casos leves da doença. As unidades sentinelas, que apoiam a vigilância no país, passarão a realizar o teste RT-PCR (molecular) em 100% dos casos de Síndrome Gripal (SG). Antes, eram coletadas cinco amostras respiratórias por semana nessas unidades de monitoramento, além da rotina de coleta dos hospitais e outras unidades de saúde. Todos os Centros credenciados de Atendimento à Covid-19 também poderão coletar amostras de todos os casos leves.

26.06

FORÇA TAREFA PARA ORGANIZAR COMPRAS E DISTRIBUIÇÃO

A Portaria nº 1.587, do Ministério da Saúde instituiu a Força Tarefa de Fundamentação que passa a coordenar todos os processos de aquisição e distribuição de equipamentos, insumos e medicamentos. A equipe deve organizar e administrar a infraestrutura e capacidade logística para recebimento de ventiladores pulmonares para pacientes graves da doença. O

⁵² Ver em Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47113-saude-passa-a-testar-100-dos-casos-leves-de-covid-19>. Acesso em: 29 jul. 2020.

órgão também vai monitorar frequentemente a equipe profissional multidisciplinar habilitada para a operação em leitos.

27.06

VACINA – PARCERIA COM EMPRESA BRITÂNICA. R\$ 500 milhões

O governo federal anunciou⁵³ que enviou resposta à embaixada Britânica e ao presidente do laboratório AstraZeneca aceitando a proposta de acordo de cooperação no desenvolvimento tecnológico e acesso do Brasil à vacina para Covid-19. O anúncio informa que o “acordo prevê a compra de lotes da vacina e da transferência de tecnologia. Se demonstrada eficácia, serão 100 milhões de doses à disposição da população brasileira. O acordo, quando celebrado, prevê a transferência de tecnologia de formulação, o envase e o controle de qualidade. Será utilizada a previsão legal de encomenda tecnológica prevista na lei nº 10.973, de 2004, e amparada na lei de licitações, a 8.666, de 1.993”. Segundo o que foi noticiado, o acordo começa com uma encomenda em que o Brasil assume também os riscos da pesquisa. Efetua investimento na pesquisa, mesmo que não haja resultado efetivo. Caso a vacina se mostre eficaz e segura, será comprada. Na fase inicial, de risco, serão investidos U\$ 127 milhões, incluídos os custos de transferência da tecnologia e do processo produtivo da Fiocruz, estimados em U\$ 30 milhões.

04.07

COVID AFETA PROFISSIONAIS DA SAÚDE

Até o dia 4 de julho de 2020, 173.440 casos de Síndrome Gripal (SG) foram confirmados para a Covid-19 em profissionais da área da saúde de todo o país. Casos graves da doença de Covid-19, que necessitaram de internação hospitalar, foram 697 casos.

Técnicos ou auxiliares de enfermagem: 248 casos.

Médicos: 150 casos.

Enfermeiros: 130 casos.

Óbitos: 138 entre os profissionais de saúde.

PESSOAS RECUPERADAS E CURADAS

MINISTÉRIO DA SAÚDE ANUNCIA PELA ÚLTIMA VEZ O NÚMERO DE PESSOAS RECUPERADAS.⁵⁴ A partir desta data, a comunicação institucional vai usar o termo “*peessoas curadas*”, muito embora não haja, até 30 de julho de 2020, cura para a COVID19.

06.07

TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO PARA A POLÍTICA DE SAÚDE

O Ministério da Saúde determinou a realização, até o dia 15 de julho, de Pregão Eletrônico 18/2020⁵⁵ para contratação de fábrica de software, para desenvolvimento de sistemas para o Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo é assegurar o desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação que possibilitem a disseminação de dados, informações e conhecimento.

53 Ver em Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47132-brasil-entra-em-parceria-para-producao-de-vacina-contra-covid-19>. Acesso em: 01 ago. 2020.

54 Ver em Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47167-coronavirus-876-359-pessoas-estao-recuperadas-no-brasil>. Acesso em: 30 jul. 2020.

55 Ver em: <http://www.comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/edital-250110-5-00018-2020>. Acesso em: 30 jul. 2020.

02.07

RESULTADOS DE PESQUISA NACIONAL SOBRE COVID19

Nessa data foi anunciado o resultado do estudo sobre a Covid-19 no Brasil, “Evolução da Prevalência de Infecção por Covid-19 no Brasil: Estudo de Base Populacional”, financiado pelo Ministério da Saúde. O estudo foi coordenado pelo Centro de Epidemiologia da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). A coleta de dados foi feita por profissionais do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope) nos domicílios de 133 do Brasil. Houve três fases de coleta de dados (entrevistas e testes) entre maio e junho de 2020: a primeira com 25.025 (75,2%); a segunda com 31.165 (93,7%); e a terceira com 33.207 (99,9%).

07.07

PRESIDENTE DOENTE

Presidente Jair Bolsonaro declara ter COVID19

PESQUISA CIENTÍFICA SOBRE SUS E PANDEMIA

Anúncio de 90 projetos de pesquisa⁵⁶ selecionados, no valor total de R\$ 45,5 milhões, entre 2.219 propostas enviadas para avaliação por meio de parceria entre o Ministério da Saúde, o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Na avaliação das propostas, analisou-se como as ideias poderiam ser aplicadas ao SUS. O conjunto temático mostra, igualmente, as fragilidades de conhecimentos da política pública de Saúde no Brasil. Chama a atenção que 50% dos temas não tem relação direta com a pandemia: são eles, a avaliação de modelos de vigilância em saúde, efetividade de intervenções farmacológicas, cumprimento de medidas de prevenção e controle, uso de EPI, avaliação da atenção em saúde e Comunicação e prevenção de notícias falsas. Os 12 temas de interesse prioritário da chamada de projetos foram os seguintes:

1. Alternativas terapêuticas
2. Desenvolvimento de vacinas preventivas e/ou terapêuticas
3. Novos testes diagnósticos
4. Acurácia de testes diagnósticos
5. Avaliação da patogênese e história natural da doença
6. Avaliação da carga de doença
7. Avaliação da atenção à saúde nos três níveis de complexidade
8. Uso de EPI
9. Cumprimento de medidas de prevenção e controle
10. Comunicação e prevenção de notícias falsas
11. Avaliação dos modelos de vigilância em saúde
12. Efetividade de intervenções não farmacológicas

POVOS INDIGENAS

Publicado o Plano⁵⁷ Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas.

56 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/July/07/Chamada-COVID-19-coletiva-resultado-final-07julho2020.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

57 Ver União Federal. Presidência da República. *Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas*. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/julho/governo-federal-cria-plano-emergencial-para-enfrentamento-a-covid-19-nos-territorios-indigenas-1>. Acesso em: 28 jul. 2020.

10.07

VACINAÇÃO CONTRA INFLUENZA

O Ministério da Saúde informou que a Campanha Nacional de Vacinação contra a Gripe alcançou 90,2% do público-alvo, ultrapassando a meta de 90%. Entre os grupos prioritários, os idosos foram os que tiveram melhor desempenho, com cobertura de 119,72%. Os estados e municípios receberam um total de 79,9 milhões de doses da vacina. Desse total, 81,18% foram aplicadas.

16.07

AÇÃO EM FAVELAS ⁵⁸

O Ministério da Saúde credenciou 57 Centros Comunitários de Referência (CCR) para Enfrentamento da Covid-19 em 746 favelas (aglomerados urbanos subnormais, na classificação do IBGE) em 19 Municípios de 15 Estados. Os CCR reforçarão a assistência do Sistema Único de Saúde (SUS) durante a pandemia, com a identificação e tratamento precoce de casos leves da doença. A ação receberá R\$ 18 milhões de apoio financeiro.

A Tabela abaixo apresenta a distribuição das favelas de acordo com os Estados e Regiões. É notável, como se pode ver, a concentração de ações na região sudeste, particularmente no estado do Rio de Janeiro, que recebeu 2/3 de todas as ações. Quando somadas as ações nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, nota-se que 85% das ações estão concentradas ali.

Chama a atenção que a região nordeste tenha recebido ações para, apenas, 5 dos 13 Estados. Além disso, com exceção de Pernambuco e Alagoas, todos os demais (Bahia, Ceará e Paraíba), receberão apoio especial em apenas 1 (um) desses aglomerados urbanos subnormais, popularmente conhecidos como favelas. Assim, vê-se que o Estado de Santa Catarina receberá mais ações em favelas do que a soma das ações destinadas aos Estados da Bahia, Ceará e Paraíba.

A Portaria 1.742 não explicita os critérios adotados para realizar a distribuição com essas importantes diferenças regionais.

TABELA 3 - BRASIL. FAVELAS COM POLÍTICA DE ATENÇÃO ESPECIAL EM SAÚDE - COVID19				
RS	1	0,13%	SUL	7
SC	6	0,80%		
				0,94%
SP	29	3,89%	SUDESTE	683
RJ	461	61,80%		
MG	181	24,26%		
ES	12	1,61%		
				91,55%
BA	1	0,13%	NORDESTE	24
CE	1	0,13%		
PE	11	1,47%		
PB	1	0,13%		
AL	10	1,34%		

58 Ver União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Credencia temporariamente municípios a receberem incentivo financeiro referente aos Centros Comunitários de Referência para Enfrentamento da Covid-19 e incentivo financeiro federal adicional per capita, em caráter excepcional e temporário, considerando o cenário emergencial de saúde pública de importância nacional e internacional decorrente do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.742-de-13-de-julho-de-2020-266574834>. Acesso em: 18 jul. 2020.

PA	12	1,61%		
AM	4	0,54%		
AP	14	1,88%	NORTE	32
AC	2	0,27%		
				4,29%
	746	100%		

Fonte: Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Tabela elaborada pelo autor (02 ago. 2020)

21.07 **TESTAGEM**

O Ministério da Saúde publicou a Portaria Nº 1.792, que torna obrigatória a notificação à pasta de todos os resultados de testes diagnóstico para detecção da Covid-19. A partir dessa data, deverão ser notificados ao Ministério da Saúde todos os resultados de testes diagnóstico realizados, sejam positivos, negativos, inconclusivos e correlatos, em qualquer que seja a metodologia de testagem utilizada. Os resultados de exames laboratoriais feitos pelos laboratórios públicos já adotavam essa prática. A mudança ocorre no caso dos laboratórios privados, que tem até 04 de agosto de 2020 para se adequar para disponibilizar resultados aos gestores locais do Sistema Único de Saúde (SUS).

24.07 **POVOS INDÍGENAS**

O Ministério da Saúde apresentou as ações realizadas de enfrentamento à Covid-19 em comunidades indígenas. O plano emergencial foi publicado em 07 de julho de 2020 e as ações foram as seguintes:

- a) Reforço médico em todos os 34 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI);
- b) Investimento de R\$ 1,1 milhão em pesquisas com foco no enfrentamento da Covid-19 na população indígena;
- c) Distribuição de medicamentos e insumos médicos;

O governo do Brasil informa a existência de 755.898 indígenas em 5.852 aldeias. São 305 povos indígenas, que falam 274 línguas. A política especial para povos indígenas os divide em 34 Distritos Sanitários especiais, com 367 Polos Bases, 67 Casas de Saúde Indígena (CASAI) e 1.199 Unidades Básicas de Saúde Indígena (UBSI).

De acordo com os dados oficiais, há 14.200 profissionais integrando 800 Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena, em um território de 950.122 km²

O boletim epidemiológico atualizado até 30.07 informa a existência de 15.800 indígenas doentes (2,09%), 285 óbitos (1,8%) e 10.500 recuperações (66,4%).

30.07 **TESTES**

Ministério da saúde informa que o Brasil alcançou a marca de 17.871 testes realizados por dia para detectar a Covid-19. Em março eram efetuados 1.148 testes diários. De 5 de março até 25 de julho de 2020 foram distribuídas 5.015.252 de reações de RT-PCR para os 27 Laboratórios Centrais de Saúde Pública (Lacen) em todo o país.

5 A ESTRATÉGIA BRASILEIRA DE RESPOSTA À COVID19

Observados os fatos acima, bem como a produção normativa selecionada, pode-se afirmar que o Ministério da Saúde adotou, sim, uma linha estratégica de ação. As certezas do

atual ministro da Saúde interino, Eduardo Pazuello, são poucas. Ele tem declarado isso em muitas ocasiões. As linhas de ação, abaixo, foram reunidas a partir das decisões efetivamente adotadas e registradas na cronologia apresentada anteriormente. Tendo isso em conta, proponho a interpretação de que, até 30 de julho de 2020, as linhas estratégicas de ação do Ministério da Saúde podem ser assim organizadas.

5.1 A cura na linguagem formal da estratégia

A primeira medida que chama a atenção é a linguagem da cura. Muito embora não exista (até 30 de julho de 2020) cura para a doença COVID19 causada pelo novo coronavírus, o Ministério da Saúde afirma, constantemente em seus informativos diários, que os brasileiros estão sendo CURADOS⁵⁹ da referida doença. Ao proceder assim, deixa a impressão de que o Brasil tem a CURA para essa doença. Contudo, ao analisar os boletins epidemiológicos e o conjunto de outras informações divulgadas pelo Ministério da Saúde, nota-se que o próprio governo federal faz uso indevido desse termo, pois compara números de “curados” do Brasil com os de “recuperados” de outros países.

No informativo de 23 de julho de 2020, o Ministério da Saúde moderou a linguagem para explicar como calcula os índices de recuperação e evitou a palavra *curados*. O número de casos recuperados é estimado por um cálculo que considera os registros de casos e óbitos com confirmação de Covid-19, informados pelas Secretarias Estaduais de Saúde, e o número de pacientes hospitalizados registrados no Sistema de Vigilância Epidemiológica da Gripe (SIVEPGripe).

O verbo CURAR tem sido usado de modo exagerado⁶⁰ nos informativos do Ministério da Saúde. Nos painéis informativos de dados, porém, o verbo *curar* não é usado, exceto nos dados dos povos indígenas, onde aparece um indicador de quantidade de *cura clínica*⁶¹. Afora isso, a expressão corrente é *recuperados* ou... *em recuperação*. Nos últimos 60 dias, nas notícias publicadas no site do MS, predominam o verbo *curar* e o adjetivo *curados*. São os termos preferidos da comunicação oficial e, de longe, mais frequentes do que o adjetivo *recuperados*,

5.2 Conduta precoce dos cidadãos aos centros de atendimento do SUS

A conduta precoce é o modo como o Ministério da Saúde chama a orientação formal para que “qualquer brasileiro que apresente sintomas procure a unidade básica de saúde”. A *conduta precoce*, diz ele, “é a melhor solução que podemos ter e a solução definitiva virá somente com a *vacina*”. O Ministério da Saúde informa que o SUS-Sistema Único de Saúde faz acompanhamento de todos os casos de Covid-19, sendo leves, moderados ou graves e recomenda que todas as pessoas com sintomas (até de gripe) procurem os serviços de saúde para diagnóstico e tratamento precoce⁶². No informativo de 21 de julho de 2020 (atualizado em 22 de julho de 2020), o Ministro afirmou o seguinte: “Nós avaliamos o que deu certo e o que não deu certo, mudamos várias orientações, alteramos protocolos e hoje podemos resumir da seguinte forma: o tratamento ideal é o

59 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47275-covid-19-brasil-registra-1-787-419-casos-de-pessoas-curadas>. Acesso em: 30 jul. 2020.

60 Ver, por exemplo: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47237-covid-19-brasil-ultrapassa-1-5-milhao-de-curados>. Acesso em: 30 jul. 2020.

61 Ver União Federal, Ministério da Saúde, Secretaria Especial de Saúde Indígena. Disponível em: <https://saudeindigena.saude.gov.br/corona>. Acesso em: 29 jul. 2020.

62 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47277-conduta-precoce-nos-casos-de-covid-19-evita-agravamento-e-mortes>. Acesso em: 29 jul. 2020.

tratamento precoce dos pacientes com Covid-19.”⁶³

Segundo Pazuello, o diagnóstico precoce pode salvar vidas. “É o médico que dará o diagnóstico para a Covid-19. Mesmo que o diagnóstico clínico possa ser aprofundado por exames laboratoriais ele será efetivado pelo médico. Essa notificação é a base estatística que será usada. Essa é a orientação do Ministério da Saúde”

5.3 Relação seletiva com os Conselhos de Saúde

O SUS-Sistema Único de Saúde é uma complexa estrutura de órgãos, fundos e conselhos que envolvem sociedade e Estado na tomada de decisões.

Nesse semestre, e particularmente depois da exoneração de Nelson Teich, o Ministério da Saúde parece ter recorrido aos órgãos colegiados para tomar decisões. Adotou medidas que envolveram diálogos com secretários de saúde (de Estados e Municípios), sobretudo por via do CONASS e do CONASEMS, que são Conselhos de Secretários de Saúde (de Estados e de Municípios). Na estrutura orgânica do Ministério da Saúde existe também o Conselho Nacional de Saúde, órgão misto, formado por representantes de organizações da sociedade civil, não necessariamente vinculados às profissões da saúde. Esse Conselho, praticamente, tem sido deixado de lado na tomada de decisões pelo Ministério da Saúde. Ao contrário dos outros, o CNS não foi citado em nenhum dos informativos diários do Ministério da Saúde.

5.4 Intransparência de dados

A falta de transparência tem sido uma das mais importantes críticas da sociedade ao modo como a política de resposta à pandemia vem se realizando. Recentemente (julho) as informações básicas relacionadas à ajuda do Ministério da Saúde aos estados e municípios, bem como o cenário de transmissão da doença no país, passaram a ser disponibilizadas pelo site <https://localizasus.saude.gov.br/>.

Consta do site do Ministério da Saúde que a Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS), plataforma nacional de integração de dados em saúde é um projeto estruturante do Conecte SUS, programa do Governo Federal para a transformação digital da saúde no Brasil. Ela foi criada com base nas diretrizes da Estratégia da Saúde Digital, construída a partir da Política Nacional de Informática e Informações em Saúde (PNIIS) e no documento Estratégia e-Saúde para o Brasil.⁶⁴

5.5 Apoio a Estados e Municípios

Dada a autonomia de Estados e Municípios para decidir como agir em razão das circunstâncias locais, conforme decisão do STF, o Ministério da Saúde posicionou-se para atuar como centro de apoio das decisões de Estados e Municípios. Para isso, vem mobilizando a estrutura orgânica do SUS e alguns dos programas da política pública em saúde, tais como o Fundo Nacional de Saúde e a transferência fundo a fundo de recursos, diálogo regular com CONASS e CONASEMS.

O estudo das decisões tomadas pelo Ministério da Saúde e pelo Governo Federal

63 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47235-em-visita-a-porto-alegre-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoes-contr-a-covid-19-no-estado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

64 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47230-portaria-torna-obrigatoria-notificacao-de-resultados-de-testes-da-covid-19>. Acesso em: 29 jul. 2020.

mostram que as ações de apoio se concentram no seguinte:

- a) logística: atendendo demandas de movimentação de bens e pessoas, conforme os pedidos gerados pelas secretarias estaduais e municipais de saúde;
- b) recursos financeiros: transferência de recursos via Fundo Nacional de Saúde (SUS) ou diretamente às Secretarias de Fazenda Estadual;
- c) bases normativas: neste item, nota-se uma clara atuação diferenciada de parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Ambos tem produzido normas jurídicas importantes para a atuação da União Federal, todavia, a Presidência da República tem agido, prioritariamente, por meio de Medidas Provisórias e Decretos, enquanto as iniciativas de Emendas à Constituição e Leis têm sido predominantes entre a Câmara de Deputados e o Senado Federal;
- d) compras centralizadas e fornecimento de insumos: atendendo demandas geradas pelas secretarias estaduais e municipais de saúde, o MS passou a realizar, excepcionalmente, a aquisição centralizada de alguns itens e insumos para adequação da distribuição, de acordo com a evolução da doença. Assim, envia medicamentos, ventiladores pulmonares, Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), testes de diagnóstico e outros insumos que são utilizados pelos profissionais de saúde nos hospitais, Unidade de Pronto-Atendimento (UPA) e Unidades Básicas de Saúde (UBS);

As Superintendências⁶⁵ Estaduais do Ministério da Saúde (SEMS) têm exercido papel de acompanhamento e controle. São elas que acompanham o cenário local e apoiam as ações e entregas do Governo Federal em auxílio aos estados e municípios.

5.6 Ações observadas de apoio a estados e municípios

As iniciativas e ações estratégicas são desenhadas conforme a realidade e necessidade de cada região, junto com estados e municípios⁶⁶. De acordo com o Ministro da Saúde interino, a decisão sobre as ações a serem adotadas no combate à doença cabe aos estados e municípios, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

5.6.1 Testagem

12,5 milhões de testes de diagnóstico para Covid-19.

5.6.2 Compra centralizada de medicamentos em falta

O Ministério da Saúde informou na notícia de 23.07, que a compra de medicamentos é feita pelos estados e municípios. A União Federal passou a realizar compras centralizadas quando os governos subnacionais começaram a apontar a falta de medicamentos. O Ministério da Saúde passou a coordenar as ações com produtores, CONASS (Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde) e CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde) para prover estoque de emergência. A compra centralizada, com participação direta dos produtores e de estados e municípios pode garantir estabilidade de preços.

65 Ver União Federal, Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47200-superintendencias-estaduais-de-saude-reforcam-combate-a-covid-19>. Acesso em: 27 jul. 2020.

66 Ver o relato das visitas aos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47238-em-visita-a-santa-catarina-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-aco-es-contra-a-covid-19-no-estado>. Acesso em: 28 jul. 2020; e <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47244-em-visita-ao-parana-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-aco-es-contra-o-coronavirus>. Acesso em: 28 jul. 2020; e <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47235-em-visita-a-porto-alegre-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-aco-es-contra-a-covid-19-no-estado>. Acesso em: 28 jul. 2020.

De acordo com o Ministério da Saúde, para a aquisição dos medicamentos em falta, o Ministério da Saúde implementou três ações simultâneas. A requisição imediata do estoque excedente da indústria farmacêutica, iniciada em 22 de junho. Iniciar o processo de licitação feito via Sistema de Registro de Preços (SRP). E a cotação para realizar compra internacional por meio da Organização Pan-americana de Saúde (OPAS/OMS). Realizou também a aquisição bilateral Brasil-Uruguai com intermédio da embaixada brasileira, em Montevideu⁶⁷.

Até 30 de julho de 2020, foram comprados 15,9 milhões de unidades de medicamentos e 79,9 milhões de doses da vacina contra a gripe

5.6.3 UTI

Até 30 de julho de 2020, 11.084 leitos de UTI habilitados para casos graves e gravíssimos, 8.449 ventiladores pulmonares e 208,5 milhões de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs).

5.6.4 Centros de atendimento

Até 30 de julho de 2020, 2.422 Centros de Atendimento em 2.069 municípios, em todos os estados. Os Centros de Atendimento são estruturas complementares, que servem para identificação precoce dos casos, com atendimento adequado das pessoas com síndrome gripal e Covid-19 com sintomas leves, e que recebem financiamento federal.

5.6.5 Transferência de dinheiro

O repasse de recursos financeiros a estados e municípios para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, está indicado nas tabelas 4 e 5 abaixo. Algumas coisas chamam a atenção na execução orçamentária, como se pode ver. Em primeiro lugar, nota-se que o volume mais importante de pagamentos está concentrado na política de assistência social (Tab. 4), especificamente, nas ações de pagamento do auxílio emergencial de R\$600,00 (Tab. 5).

A transferência direta de recursos a Estados e Municípios não parece ter sido bem conduzida até 30 de julho de 2020. Das 6 ações previstas, há 4 com dotação orçamentária aprovada e ainda nada transferido. Só duas parecem ter tido execução orçamentária adequada ao momento. Todavia, faltam relatórios analíticos que expliquem as causas da realização parcial para 2 ações e da realização nula para 4.

Uma situação grave como da pandemia do coronavírus, com 91.000 óbitos até o final, deveria ser marcada pela resposta eficiente do Estado, notadamente quando tem recursos disponíveis e quanto tem os canais institucionais apropriados para transferi-los com segurança. A eficiência, nesse caso, tem dois lados: o do gasto eficiente (no tempo certo e para ações certas) e a comunicação eficiente, quando recursos aprovados pelo Congresso Nacional sequer são movimentados.

TABELA 4. 2020. Prioridades Orçamentárias da União Federal, por ação e dotação. Até 31 jul. 2020.

	Dotação Atual	Empenhado	Pago	%
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19	254.240.000.000,00	197.895.029.947,00	167.415.345.728,00	65,8%

67 Ver <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47217-brasil-compra-medicamentos-para-intubacao-do-uruguai>. Acesso em: 25 jul. 2020.

Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19	60.189.488.452,00	60.189.488.453,00	30.074.457.129,00	50,0%
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda	51.641.629.500,00	51.546.521.578,00	18.236.207.413,00	35,3%
Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus	44.785.793.107,00	32.567.198.623,00	21.652.187.367,00	48,3%
Concessão de Financiamentos para o Pagamento da Folha Salarial, devido à Pandemia do COVID-19	34.000.000.000,00	17.000.000.000,00	3.910.003.151,00	11,5%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação	16.000.000.000,00	16.000.000.000,00	9.864.311.702,00	61,7%
Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito	20.000.000.000,00	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00	25,0%
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe)	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	100,0%
Financiamento da Infraestrutura Turística Nacional	5.000.000.000,00	787.434.059,00	388.467.676,00	7,8%
Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 2004)	3.037.598.000,00	3.037.598.000,00	369.285.445,00	12,2%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Apoio Emergencial do Setor Cultural devido à Pandemia da Covid-19	3.000.000.000,00	-	-	0,0%
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)	900.000.000,00	900.000.000,00	900.000.000,00	100,0%
Ativos Cíveis da União	320.112.746,00	320.112.746,00	4.739.149,00	1,5%
Auxílio Emergencial às Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPIs, Devido à Pandemia da COVID-19	160.000.000,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Atenção Básica em Saúde para Cumprimento de Metas	43.059.135,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Assistência Hospitalar e Ambulatorial para Cumprimento de Metas	23.049.729,00	-	-	0,0%
Benefícios Obrigatórios aos Servidores Cíveis, Empregados, Militares e seus Dependentes	18.147.908,00	18.147.908,00	-	0,0%

Manutenção de Contrato de Gestão com Organizações Sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)	20.000.000,00	20.000.000,00	-	0,0%
	255.038.878.577,00	203.286.501.367,00	106.299.659.032,00	41,7%

Considerando o lado das dotações orçamentárias (Tab. 4), nota-se que o orçamento da resposta à pandemia segue a seguinte ordem de prioridades:

- a) em primeiro lugar, é uma política de segurança de renda das famílias (R\$257,4 bi);
- b) depois, orienta-se para a segurança econômica das empresas (R\$127,4 bi);
- c) em terceiro lugar, orienta-se para o financiamento de ações em saúde (R\$124 bi), seja pelo apoio financeiro a Estados e Municípios (R\$ 79,1 bi), seja por gastos diretos em bens e serviços de saúde (R\$44,8 bi);

Considerando agora os valores efetivamente pagos (Tab. 5), isto é, aqueles para os quais o governo foi mais eficiente em liberar recursos, temos que a ordem de prioridades é a seguinte:

- a) Segurança de renda de empresas;
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe);
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002);
- b) Segurança de renda de pessoas em situação de vulnerabilidade social;
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19;
- c) Sistema de Saúde;
- d) Apoio financeiro a Estados e Municípios;
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação;
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19;
- e) Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional decorrente do Coronavírus;
- f) Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda;
- g) Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito;

TABELA 4. 2020. Prioridades Orçamentárias da União Federal, por ação e pagamento. Até 31 jul. 2020.

	Dotação Atual	Empenhado	Pago	%
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19	254.240.000.000,00	197.895.029.947,00	167.415.345.728,00	65,8%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19	60.189.488.452,00	60.189.488.453,00	30.074.457.129,00	50,0%

Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus	44.785.793.107,00	32.567.198.623,00	21.652.187.367,00	48,3%
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda	51.641.629.500,00	51.546.521.578,00	18.236.207.413,00	35,3%
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe)	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	100,0%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação	16.000.000.000,00	16.000.000.000,00	9.864.311.702,00	61,7%
Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito	20.000.000.000,00	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00	25,0%
Concessão de Financiamentos para o Pagamento da Folha Salarial, devido à Pandemia do COVID-19	34.000.000.000,00	17.000.000.000,00	3.910.003.151,00	11,5%
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)	900.000.000,00	900.000.000,00	900.000.000,00	100,0%
Financiamento da Infraestrutura Turística Nacional	5.000.000.000,00	787.434.059,00	388.467.676,00	7,8%
Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 2004)	3.037.598.000,00	3.037.598.000,00	369.285.445,00	12,2%
Ativos Cíveis da União	320.112.746,00	320.112.746,00	4.739.149,00	1,5%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Apoio Emergencial do Setor Cultural devido à Pandemia da Covid-19	3.000.000.000,00	-	-	0,0%
Auxílio Emergencial às Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPIs, Devido à Pandemia da COVID-19	160.000.000,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Atenção Básica em Saúde para Cumprimento de Metas	43.059.135,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Assistência Hospitalar e Ambulatorial para Cumprimento de Metas	23.049.729,00	-	-	0,0%
Benefícios Obrigatórios aos Servidores Cíveis, Empregados, Militares e seus Dependentes	18.147.908,00	18.147.908,00	-	0,0%

Manutenção de Contrato de Gestão com Organizações Sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)	20.000.000,00	20.000.000,00	-	0,0%
	537.700.846.095,00	422.164.824.027,00	291.277.497.030,00	54,2%

Fonte: Senado Federal. IFI Brasil. Disponível em: <https://datastudio.google.com/reporting/12071674-bd8c-4949-af82-504ce236bd5d/page/HxxQB>, acesso em 02.8.2020. Não há destaques no original. Elaborada pelo autor.

6 CONCLUSÕES

O Art. 194⁶⁸ da Constituição do Brasil estabelece a obrigação do Estado de atuar de modo integrado nos temas de saúde, de seguro de renda e de assistência social. Durante os debates na Assembleia Nacional Constituinte emergiu um consenso quanto à necessidade de o Brasil mudar seu modelo anterior de direitos e políticas de segurança de renda e de cuidados médicos. O modelo anterior era de alcance restrito a trabalhadores formais urbanos. Tanto o seguro de renda (pensões e aposentadorias) quanto os serviços médicos prestados em unidades públicas de saúde. Por isso, a Constituição vigente ampliou as formas de proteção social da renda. A segurança *social* é modalidade de segurança dos meios de vida que se realiza com esforços de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e para benefício de cada um (por meio do seguro social de renda ou da assistência social de renda). Além disso, a Constituição universalizou os serviços de atenção médica preventiva e curativa. De 1988 em diante, todos os trabalhadores rurais e urbanos, de algum modo, passaram a ser cobertos por esse novo e complexo sistema *social* de segurança de renda e de saúde.

A segurança *social* da renda assumiu duas modalidades nesse novo sistema: contributiva e não contributiva. O regime geral de previdência foi a solução encontrada para ampliar o *seguro social* da renda de trabalhadores urbanos e rurais. Dado que é um tipo de seguro, então cobre todas as pessoas físicas que contribuem de algum modo, muito embora o dever de contribuir não se restrinja aos beneficiários (pessoas jurídicas privadas e Estado também contribuem para sustentar o sistema). E a política de assistência social (não confundir com *assistencialismo populista*) foi instituída para, por um lado, assegurar renda básica de um salário mínimo a alguns grupos em situação de extrema vulnerabilidade social (caso de idosos e de pessoas com deficiência em situação de insuficiência de meios econômicos para prover a subsistência) e por outro, para prestar serviços, como os de acolhimento de pessoas em situação de exclusão social e de sua integração ao mercado de trabalho, de cuidados especiais de crianças e adolescentes em situação de pobreza econômica, de habilitação e reabilitação de pessoas com deficiência.

Os serviços de saúde foram universalizados e tornaram-se gratuitos. O claro propósito do Art. 194 foi introduzir no Brasil os padrões mínimos do direito a segurança social, reconhecidos pelo direito internacional desde 1952 (OIT, Convenção 102): cuidados médicos, segurança de renda em caso de doença, de desemprego, de idade avançada, de acidente de trabalho, de família e filhos, de maternidade, de invalidez, de morte, e de serviços assistenciais. O tripé saúde, assistência e previdência social correspondem, portanto, aos direitos que compõem o âmbito de proteção do direito humano a segurança social.

Em 05 de abril de 2020, o Brasil registrou o primeiro dia com 50 óbitos por COVID19. Em 27 de abril de 2020, foram 300 óbitos. Em 11 de maio de 2020, foram 600 óbitos. Em 04 de junho de 2020, batemos a marca de 1.000 óbitos. Só em 28 de agosto de 2020, os óbitos

68 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

diários começaram a cair para menos de 900 óbitos. Em 11 de outubro de 2020, caíram para menos de 600 óbitos. Em 05 de novembro de 2020, chegaram novamente a 300 óbitos. A partir daí não reduziu mais. As mortes diárias voltaram a subir. Mais de 600 óbitos, de novo, a partir de 07 de dezembro de 2020.

Os dados e fatos analisados neste estudo mostram que o governo federal do Brasil adotou uma estratégia de resposta à pandemia já no primeiro semestre de 2020. As linhas gerais de ação analisadas anteriormente mostram que se trata de uma estratégia bem diferente das adotadas pela Coreia do Sul, pela Alemanha ou pela Suécia. A estratégia brasileira de resposta à pandemia priorizou a segurança de renda e o apoio logístico a estados e municípios. Serviços preventivos de difusão da doença não foram a prioridade na estratégia de ação do Ministério da Saúde.

Tudo indica, até aqui, que a estratégia brasileira de priorizar a segurança de renda poderia ter boas justificativas no contexto do modelo brasileiro de segurança social, particularmente em face dos efeitos desproporcionais que a recessão econômica provoca numa sociedade marcada pela desigualdade estrutural de renda. Todavia, toda escolha gera uma renúncia. E renunciar a prioridade de conter o avanço da epidemia em nome da segurança de renda é algo que deveria ser muito bem justificado do ponto de vista constitucional. É adequado dizer “deveria”, porque nenhuma justificativa jurídico-política foi encontrada nos pronunciamentos institucionais que pudesse respaldar a estratégia efetivamente implementada e seus gravíssimos resultados em mortes.

REFERÊNCIAS

Center for Infectious Disease Research and Policy. China releases genetic data on new coronavirus, now deadly. *University of Minnesota*. Disponível em: <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2020/01/china-releases-genetic-data-new-coronavirus-now-deadly>. Acesso em: 26 jul. 2020.

HOW, Eckner C. Germany has managed to perform so many Covid-19 tests. *The Spectator*. April 6, 2020. Disponível em: <https://www.spectator.co.uk/article/how-germany-has-managed-to-perform-so-many-covid-19-tests>. Acesso em: 06 jun. 2020.

KOREA.NET. Korea's national response to COVID-19 outbreak. Disponível em: <http://www.korea.net/Government/Current-Affairs/National-Affairs?affairId=2034>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Polimap Covid19. *Interventions to reduce virus transmissions (Flatten the curve)*: Sweden. Disponível em: <https://polimap.org/sweden/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Revista Veja. Ministério da Saúde investiga caso suspeito de coronavírus em Minas, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/ministerio-saude-investigacao-coronavirus/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

Robert Koch Institute. *Contribution to the COVID-19 response*. Disponível em: https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID_ZIG_en/COVID_ZIG_node_en.html. Acesso em: 06 jun. 2020.

União Federal. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 28 jul. 2020.

União Federal. Ministério da Saúde. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. fev. 2020. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 25 jul. 2020.

University of Oxford. Our World in Data. *Emerging COVID-19 success story: South Korea learned the lessons of MERS*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-south-koreaver>. Acesso em: 01 jun. 2020.

University of Oxford. Our World in Data. *Emerging COVID-19 success story: Germany's strong enabling environment*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-germany>, Acesso em: 25 jul. 2020.

University of Oxford. Our World in Data. *Emerging COVID-19 success story: Sweden: Coronavirus Pandemic Country Profile*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/sweden?country=~SWE>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WHO. *Regulation and Prequalification*. Disponível em: <https://www.who.int/teams/regulation-prequalification/eul>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PANDEMIA E FEDERAÇÃO: A NOVA DIRETRIZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A INTERPRETAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNS E ALGUNS DESAFIOS PARA SUA UNIVERSALIZAÇÃO¹

Ana Paula de Barcellos

Pós-Doutora pela Universidade de Harvard. Mestre e Doutora pela UERJ. Professora Titular de Direito Constitucional da UERJ. Membro do Comissão de Estudos Constitucionais da OAB. Advogada e parecerista.

Sumário: 1 Introdução. Pandemia e federação: o cenário normativo; 2 Desenvolvimento; 2.1 As ADI's - MC 6341 e 6343; 2.2 A nova diretriz fixada pelo STF: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns. Cenários possíveis de aplicação e questões a considerar; a) Competência político-administrativa comum sem competência legislativa correspondente e omissão legislativa do ente competente; b) Os Municípios; c) E a lei complementar?; 3 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.166-181, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO - PANDEMIA E FEDERAÇÃO: O CENÁRIO NORMATIVO

Um dos temas mais discutidos na jurisprudência constitucional do STF nas últimas três décadas é a distribuição de competências entre os entes federados tal como organizada pela Constituição de 1988². A verdade, porém, é que muitas das decisões tomadas pelo STF na matéria repercutem diretamente apenas sobre setores específicos no âmbito de Estados e Municípios, sem atrair maior atenção da sociedade e da comunidade jurídica como um todo. A pandemia global de covid-19, além da tragédia humana e do complexo de transformações impostas ao Brasil e ao mundo, acabou por trazer a discussão federativa para o centro do debate político e jurídico nacional.

Com efeito, diversas ações constitucionais foram ajuizadas diretamente perante o STF questionando medidas de enfrentamento da pandemia e discutindo o tema federativo³. Órgãos jurisdicionais pelo país afora têm igualmente se ocupado de avaliar a validade, sentido e alcance de atos praticados pelo Poder Público no contexto da pandemia, sendo certo que um dos argumentos frequentemente invocados, tanto por quem se opõe às medidas quanto por quem as defende, diz respeito à distribuição de competências na federação.

A súbita relevância da federação no contexto da pandemia não é surpreendente. A gravidade da crise sanitária levou União, Estados, Distrito Federal e Municípios a adotarem medidas também da maior gravidade para o seu enfrentamento, com repercussões dramáticas na vida das pessoas. Tais medidas envolvem a quarentena de pessoas, bairros e cidades – em alguns casos com o confinamento compulsório –, a paralisação de atividades de forma geral, a restrição de circulação de pessoas e bens, dentre outras iniciativas com o objetivo de conter o contágio.

Do ponto de vista jurídico, não é difícil perceber que tais medidas, embora digam respeito à saúde pública, afetam vários outros temas em torno dos quais a Constituição construiu a distribuição de competências, como direitos individuais e liberdades públicas, direito do consumidor, direito civil, direito empresarial, dentre outros. Ademais, diferentes visões sobre como enfrentar a pandemia e variados alinhamentos políticos entre os agentes públicos conduziram a conflitos entre as políticas adotadas nos diferentes níveis federativos.

Para além dos debates políticos, tais conflitos envolvem diversas questões jurídicas reais, sendo uma delas a interpretação das chamadas competências político-administrativas comuns e legislativas concorrentes. Como se sabe, a Constituição de 1988 organizou uma federação e utilizou, na distribuição de competências entre os entes federativos, diversos tipos de critérios, incluindo alguns que integram a lógica do chamado federalismo cooperativo.

No modelo federativo original norte-americano as competências foram concebidas como se tivessem sido distribuídas a partir de um critério dual: a União tem suas competências listadas de forma expressa e o restante cabe aos Estados. Embora não deixe de haver conflitos e debates na definição do que compete a cada ente, não se cogita propriamente de que a União e os Estados compartilhem a mesma competência constitucional: ou bem a

2 V. FALCÃO, Joaquim e outros. *II Supremo em Números – O STF e a Federação*. In: FGV DIREITO RIO – Série Novas Ideias em Direito, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11056>. Acesso em: 10 set. 2020; LABANCA, Marcelo. *Jurisdição constitucional e federação*, São Paulo: Elsevier, 2009.

3 O site do STF criou uma área específica sobre o tema chamada de “Painel de ações Covid-19” com algumas informações genéricas sobre a quantidade de demandas relacionadas com a pandemia e sua natureza (Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 10 set. 2020).

competência será de um ou de outro⁴. O federalismo cooperativo, de forma diversa, prevê textualmente o compartilhamento de competências entre diferentes entes federativos. A Constituição de 1988 utiliza, ao mesmo tempo, o critério dual, da tradição norte-americana, e também critérios inspirados no federalismo cooperativo, tanto no que diz respeito à distribuição de competências legislativas, quanto no que toca a competências político-administrativas.

Duas questões acompanham de forma intuitiva essa forma de distribuição de competências compartilhada: Quem pode ou deve fazer o que? E que relação existe, ou deve existir, entre as múltiplas atuações dos entes federados nesse contexto?

Note-se desde logo que a questão nem sempre se resolve com recurso a um desejo ou a uma exortação – que podem ser sinceros e bem-intencionados – no sentido de que os entes devem cooperar para promover o melhor interesse público. É possível que traços culturais próprios de outros povos facilitem a cooperação e é igualmente possível que determinada conjuntura política ou mesmo outros aspectos das relações institucionais no âmbito da federação (como por exemplo a dependência econômica ou financeira de um ente em relação a outro) induzam essa cooperação. Parece inviável, porém, assumir como premissa que a cooperação ocorrerá espontaneamente e como regra geral e isso por ao menos três razões principais⁵.

Em primeiro lugar, o pluralismo político e a diversidade própria das sociedades contemporâneas, nas quais se garanta a liberdade de expressão, sugere que pessoas e grupos – e, muito possivelmente, também os diferentes entes federados – terão visões diversas acerca do que é o melhor interesse público e de como ele pode e deve ser promovido. A realidade e o respeito ao pluralismo impedem que um determinado grupo político possa pretender uma exclusividade na definição do que seja o “interesse público”, desautorizando visões diversas como se elas fossem contra o “interesse público”.

Em segundo lugar, as realidades locais são diversas e essa circunstância, em conjunto com o pluralismo, poderá levar a que cada região desenvolva percepções diferentes sobre esses mesmos elementos: o interesse público e como realizá-lo. No contexto da pandemia, por exemplo, o peso das particularidades locais nas opções políticas adotadas em cada parte do país restaram evidentes, como não poderia deixar de ser. Afinal, a circunstância de um município ser mais ou menos populoso, ter mais ou menos concentrações urbanas, ter maior ou menor contato com residentes de outras localidades, ter maior ou menor infraestrutura de prestação de serviços de saúde, bem como o perfil das atividades econômicas da região, dentre outros fatores, eram e são relevantes na avaliação do que seria o melhor interesse da população local nos esforços de controle da doença.

4 Apesar disso, observa-se uma *concorrência de fato* entre competências estaduais e federais. Isso ocorre quando uma mesma questão pode ser abordada pelas duas esferas, com fundamentos constitucionais diferentes. Assim, *e.g.*, lá os Estados legislam tradicionalmente sobre direito privado, mas a regulação econômica federal – que é indispensável em um mercado único nacional – se faz sentir de forma bastante intensa, impondo restrições aos particulares e à própria capacidade dos Estados de moldarem sua legislação sobre o tema. O que se tem aqui é a invocação de regras diversas de competência para tratar do mesmo assunto. Nos países da *Commonwealth*, o mesmo fenômeno foi observado e – diferentemente do que se passou nos EUA – tratado de forma explícita pela jurisprudência: trata-se do reconhecimento de que, tendo uma matéria ou medida mais de um aspecto relevante, cada um deles associado a uma competência diversa, é possível que ela seja regulada por normas de entes diferentes. Isto é: a mesma questão poderia ter sido (ou efetivamente é) disciplinada com base em mais de uma regra de competência e, em princípio, não há de se cogitar de invalidade ou usurpação. Examinando o tema no Brasil, v. MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 126 e ss..

5 Essas três razões se reconduzem à importância do *pluralismo* na própria estrutura da federação: em vez de exigir uma uniformização política em âmbito nacional, a opção pelo federalismo traz consigo – inevitavelmente, ainda que em maior ou menor medida, a aceitação de que grupos diferentes podem viver sob leis diversas e, nem por isso, a unidade do Estado estará em risco. O pacto federativo incorpora e promove a diversidade ao pluralizar os centros de poder político. Sobre o tema, v. ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 180 e ss..

Em terceiro lugar, um dos propósitos institucionais da Federação, como se sabe, é o controle do poder político: a existência de centros autônomos de poder no território permite, ao menos em tese, que haja uma espécie de controle entre eles, cada um estabelecendo limites a eventuais pretensões hegemônicas dos demais por meio do exercício de suas competências constitucionais. Se é assim, não parece lógico depositar apenas na esperança de uma eventual cooperação voluntária entre os entes federados a solução para conflitos no exercício das competências comuns e concorrentes previstas pelo texto constitucional. Cabe à interpretação constitucional definir parâmetros no particular.

De forma objetiva, o art. 24 da Constituição de 1988 prevê que compete simultaneamente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre os temas ali listados: trata-se da chamada competência legislativa concorrente. Os parágrafos do dispositivo pretendem regular o espaço que a União deve ocupar – normas gerais – e o espaço que cabe aos Estados e ao Distrito Federal, bem como a solução para hipóteses nas quais não haja normas gerais nacionais. Embora os Municípios não sejam mencionados no art. 24, o art. 30, I e II, prevê que compete a eles legislar sobre matérias de interesse local e complementar a legislação federal e estadual no que couber. A combinação desses dispositivos – a saber: arts. 24 e 30, I e II – acaba por criar uma grande competência legislativa concorrente para todos os entes da federação em relação aos temas do art. 24.

O potencial de conflito entre as iniciativas legislativas dos vários entes é evidente, mas a organização interna do exercício dessas competências legislativas foi organizada desde logo pela Constituição, ainda que por meio do uso de expressões cuja conceituação tem sido alvo de amplas discussões ao longo do tempo. Em primeiro lugar, a noção de normas gerais referida acima, que define o espaço de competência da União; e, em segundo lugar, a ideia de interesse local, que demarca o campo reservado aos Municípios⁶. A competência legislativa concorrente dos Estados e do DF está, a rigor, limitada por esses dois conceitos.

Já no que diz respeito às competências político-administrativas, o art. 23 da Constituição atribui a todos os entes da federação – União, Estados, DF e Municípios – competências para praticar atos e prestar serviços relacionados com os objetivos ali descritos: as chamadas competências comuns. Não há, entretanto, parâmetros organizando essa atuação conjunta, e o parágrafo único prevê apenas que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre os entes.

Note-se que “proteção e defesa da saúde” é um dos temas que constam do inciso XII do art. 24 e boa parte da atuação legislativa dos entes federados no contexto da pandemia foi levada a cabo com fundamento genérico nesse dispositivo. Também o inciso II do art. 23 prevê que é competência comum de todos os entes “cuidar da saúde e assistência pública”, mas não há lei complementar específica sobre a matéria. Foi sobretudo com fundamento nesse dispositivo que todos os entes praticaram os atos mais variados no esforço de enfrentamento da pandemia.

O exame dos arts. 23, 24 e 30 não esgota o tema das competências comuns e concorrentes já que outras previsões constitucionais podem vir a atribuir competências compartilhadas aos entes. É o que acontece exatamente com o tema da saúde. Ao tratar da

6 V. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, p. 245-251, 1995; TAVARES, André Ramos. Normas gerais e competência legislativa concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 73/74, jan./dez. 2011; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e o futuro: prospectiva sobre aspectos da instituição estatal. In: *A reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-40; MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O Município e o federalismo: participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ordem social, a Constituição dispõe sobre o serviço único de saúde registrando que “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único” (art. 198, *caput*), ao mesmo tempo em que uma de suas diretrizes é a “descentralização, com direção única em cada esfera de governo;” (art. 198, I). Os parágrafos do art. 198 disciplinam, dentre outros assuntos, os investimentos mínimos que todos os entes da federação devem fazer nos serviços de saúde a serem prestados.

Ademais, as competências comuns e concorrentes nem sempre atuam isoladamente. É possível, e provável, que elas entrem em contato e em tensão entre si e/ou com competências privativas ou exclusivas, isto é: aquelas atribuídas apenas a um dos entes. Assim, por exemplo, normas editadas no contexto da pandemia que dispunham sobre limites ao transporte coletivo rodoviário interestadual, embora relacionadas com a proteção da saúde, também interferiam com o serviço público em questão, de competência da União, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição; e normas editadas por entes locais dispoendo sobre relações de trabalho no âmbito da pandemia repercutiam sobre a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22, I.

Descrito de forma sumária o cenário normativo constitucional básico subjacente às ADIs 6341 e 6343, cujas cautelares foram decididas pelo Plenário do STF no primeiro semestre de 2020, cabe agora examinar brevemente o que foi decidido pela Corte e, a partir de uma metodologia indutiva do sistema constitucional e da jurisprudência do próprio STF, identificar desafios que se apresentarão para a universalização da diretriz fixada nesses dois julgamentos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 AS ADI'S - MC 6341 E 6343

A ADI 6341 foi ajuizada pelo PDT contra vários incisos e parágrafos do art. 3º da Lei nº 13.979/20 na redação que lhe deu a MP 926/20 – a lei ordinária nacional que trata do enfrentamento da pandemia do COVID-19 –, por entender, dentre outras razões, que as normas concentrariam na União a prática de atos de enfrentamento da pandemia violando a competência constitucional concorrente de Estados, DF e Municípios⁷. De forma específica, por exemplo, o inciso IV do art. 3º, impugnado, prevê que medidas de restrição à locomoção interestadual e intermunicipal dependeriam de recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Os parágrafos 8º e 9º, também questionados, dispõem que as medidas adotadas não podem prejudicar atividades essenciais e serviços públicos, a serem definidos em decreto pelo Presidente da República.

O Ministro Marco Aurélio, Relator, deferiu em parte a liminar, para fins pedagógicos, como registrou, com o objetivo de esclarecer que a interpretação da referida lei deveria

7 Esses os dispositivos da Lei no 13.979/20 (com a redação da MP 926/20) impugnadas na ADI 6341: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I – isolamento; II – quarentena; (...) VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; (...) § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. § 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. § 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador. § 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.”

considerar a competência constitucional concorrente, observando que o próprio *caput* do art. 3º da lei registra que as medidas serão adotadas pelas “autoridades, no âmbito de suas competências”. Em 15.04.2020 o Plenário referendou a liminar acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Ficou decidido na ocasião que o Ministro Edson Fachin redigiria o acórdão, que ainda não está disponível. Nada obstante, o Ministro Edson Fachin divulgou seu voto para a imprensa⁸ e é possível confirmar ali, como já se podia observar dos debates durante o julgamento, que uma diretriz nova – ao menos não anteriormente explicitada nesses termos pela Corte – foi firmada em relação à interpretação do art. 23 da Constituição, a saber: os entes locais não precisam de autorização da União, ou de ação prévia do ente central, para agir no contexto de competências comuns do art. 23. Confira-se alguns trechos do voto do Ministro Edson Fachin:

O presente caso revela muito bem a necessidade de definir urgentemente os contornos das competências dos entes da federação no âmbito do federalismo cooperativo da Constituição Federal. É intuitivo que medidas como o isolamento e a quarentena, que são recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, possam ser tomadas por todas as pessoas que tenham competência material para cuidar da saúde, nos termos do art. 23, II, da CRFB e, mais especificamente ainda, do art. 198, I, da CRFB.

No entanto, o parâmetro que tradicionalmente tem sido utilizado para regular as competências dos entes da federação é de primeiro identificar a matéria preponderante de que cuida a legislação, para só então identificar qual é o ente responsável. A solução dada pela identificação da primazia do interesse da regulação em determinado tema acaba por, não raro, premiar a inação do ente que o Tribunal entende ser competente.

O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

A posição do Supremo Tribunal Federal deve ser, assim, a de exigir o cumprimento integral das obrigações do Estado: obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos fundamentais. Deve também, desde que não haja violação material à Constituição, abster-se de declarar a nulidade de leis estaduais e locais apenas por ofensa à competência dos demais entes.

A União exerce sua prerrogativa de afastar a competência dos demais entes sempre que, de forma nítida, veicule, quer por lei geral (art. 24, § 1º, da CRFB), quer por lei complementar (art. 23, par. único, da CRFB), norma que organiza a cooperação federativa. Dito de outro modo, na organização das competências federativas, a União exerce a preempção em relação às atribuições dos demais entes e, no silêncio da legislação federal, têm Estados e Municípios a presunção contra essa preempção, a denominada “*presumption against preemption*” do direito norte-americano.

Essa forma de entender o papel do Supremo Tribunal Federal promove uma deferência com as escolhas políticas do Poder Legislativo. O Congresso

8 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-edson-fachin-aco-es-competencia.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública.

No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais. É evidente que essa proposição incentiva a produção normativa dos demais entes da federação, não como forma de descentralização que facilita a cooptação do poder pelas elites locais, mas como verdadeiro experimentos democráticos, isto é, o federalismo como um “laboratório social da democracia”, na feliz expressão do Justice Louis Brandeis.

A ADI 6343, por seu turno, foi ajuizada pela Rede Sustentabilidade questionando dispositivos do mesmo art. 3º da Lei nº 13.979/20, agora já alterados pelas MPs 926/20 e 927/20, também sob o argumento de violação da autonomia de Estados, DF e Municípios⁹. A ADI questiona, por exemplo, a exigência prevista no parágrafo 1º do art. 3º, no sentido de que “*As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde*”, solicitando interpretação conforme do dispositivo para afastar a exigência no caso de medidas adotadas por Estados e Municípios no exercício de suas competências constitucionais. Igualmente a ADI pede a interpretação conforme de dispositivos que exigem autorização de órgãos federais para a adoção de determinadas medidas, de modo a que tais exigências sejam afastadas no caso de medidas adotadas pelos demais entes federados no âmbito de suas competências constitucionais.

Em 06.05.2020 – cerca de 20 dias depois do julgamento da ADI 6341 referido acima –, o Tribunal, por maioria,

[...] concedeu parcialmente a cautelar para i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão.

O acórdão ainda não foi disponibilizado mas resta claro do resultado do julgamento que a mesma diretriz fixada no julgamento da ADI 6341 foi aqui confirmada pela Corte, daí

9 Esses os pedidos principais formulados na referida ADI: “c) Julgamento pela procedência desta ADI, para declarar: i. a inconstitucionalidade do trecho “e intermunicipal” do artigo 3º, inciso VI, alínea “b”, da Lei n 13.979, de 2020, conforme a redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020. ii. a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: i. do trecho “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde” do §1º do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais; ii. do §6º do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais; e iii. do trecho “desde que autorizados pelo Ministério da Saúde” do §7º, inciso II, do art. 3º da Lei n 13.979, de 2020, caso se trate de medidas adotadas por estados e municípios dentro de suas competências constitucionais.” Essa a redação dos dispositivos legais questionados na ADI 6341: “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (...)VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (...) b) locomoção interestadual e intermunicipal; (...) § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. (...) § 6º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput. § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: (...) II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo.”

por que se consideraram inválidos os dispositivos da lei - art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, - que pretendiam submeter iniciativas de Estados, DF e Municípios no enfrentamento da pandemia a manifestações prévias de órgãos ou entidades federais. Além disso, nessa mesma linha, se observou que todos os entes precisam justificar suas iniciativas no âmbito de suas competências comuns, inclusive com a apresentação de justificativas técnicas prévias, mas os entes locais não precisam se submeter a decisões dos órgãos técnicos da União, podendo valer-se de outras fontes para esse fim.

Essa mesma diretriz já havia sido aplicada em decisão liminar pelo Ministro Alexandre de Moraes em 08 de abril de 2020, no âmbito da ADPF 672:

Por outro lado, em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão à requerente no tocante ao pedido de concessão de medida liminar, “para que seja determinado o respeito às determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração”. A adoção constitucional do Estado Federal gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas, que pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a conseqüente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de “maneira explícita”, como bem ressaltado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, ao conceder medida acauteladora na ADI 6341, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”. Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID19 mortality and healthcare demand, vários autores).

Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, concedo parcialmente a medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário

desta Suprema Corte, com base no art. 21, V, do RISTF, para determinar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da união para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.¹⁰

Parece razoável concluir desses dois julgamentos levados a cabo pelo Plenário do STF, no âmbito das ADIs 6341 e 6343, que a Corte de fato entende que tal diretriz deve orientar a interpretação das competências comuns do art. 23, e talvez também das competências concorrentes do art. 24, como se verá. Parece razoável assumir também que essa nova diretriz será universalizada pela jurisprudência do STF, isto é: ela corresponde ao entendimento do STF na matéria e deve ser aplicada na interpretação das competências comuns como um todo. Parece útil, assim, examinar desde logo algumas questões que surgirão da sua aplicação uma vez que se considere outros cenários envolvendo competências comuns do art. 23 no contexto do próprio sistema constitucional.

2.2 A nova diretriz fixada pelo STF: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns. Cenários possíveis de aplicação e questões a considerar

As decisões do STF referidas acima examinaram de forma específica o tema da saúde pública em relação ao qual a Constituição prevê, como descrito inicialmente, tanto competência político-administrativa comum, para a prática de atos e prestação de serviços (art. 23, II), quanto competência legislativa concorrente na matéria (art. 24, XII). As manifestações dos Ministros nem sempre distinguem claramente os diferentes tipos de competência envolvidos na discussão – se político-administrativas ou legislativas – já que, na hipótese, a distinção não era necessária.

Ocorre, porém, que essa coincidência entre competências político-administrativas e legislativas não se verifica em relação a todos os incisos do art. 23 ou do art. 24. Em relação a alguns deles, embora haja competência comum político-administrativa, a competência legislativa é reservada a outro ente, em geral à União. Assim, embora o art. 23 atribua aos entes ali previstos competência para cuidar da assistência pública (inciso II), compete privativamente à União legislar sobre seguridade social (art. 22, XXIII): se eventuais iniciativas dos entes federados sobre o tema da assistência pública envolverem o sistema de seguridade social talvez já se ingresse na esfera da União.

Assim, para além da hipótese examinada pelo STF – na qual o mesmo tema é previsto como competência comum (político-administrativa) e concorrente (legislativa) – é possível

¹⁰ O voto do Ministro Alexandre de Moraes está disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

cogitar de um outro cenário diverso no qual a competência político-administrativa comum não é acompanhada de correspondente competência legislativa concorrente e há omissão legislativa do ente com competência legislativa. Um outro cenário relevante envolve a posição dos Municípios que, embora partilhando das competências político-administrativas do art. 23, não foram expressamente incluídos na partilha legislativa do art. 24, cabendo-lhes suplementar a legislação dos demais entes (art. 30, II) e legislar sobre interesse local (art. 30, I). Como eles poderão desenvolver suas competências do art. 23 no caso de inexistir norma com fundamento na qual as políticas possam ser desenvolvidas, por omissão dos entes com competência legislativa? Por fim, qual o impacto da nova diretriz do STF sobre a competência da União para editar leis complementares de que trata o art. 23, parágrafo único? Examine-se cada um dessas questões.

a) Competência político-administrativa comum sem competência legislativa correspondente e omissão legislativa do ente competente

Como já referido, algumas das competências político-administrativas comuns de que trata o art. 23 da Constituição não têm uma previsão correspondente no art. 24 relativamente à competência legislativa, ou seu exercício pode repercutir sobre competência legislativa privativa de outro ente, em geral da União, que recebeu da Constituição, como é corrente, o maior número de competências legislativas dessa natureza. Ou seja: os entes federados podem praticar atos e prestar serviços relacionados ao assunto, por conta do art. 23, mas não estão autorizados a legislar sobre a matéria subjacente. Com que fundamento normativo então tais atos e serviços serão levados a cabo?

O ponto é relevante por conta do princípio da legalidade e vale fazer uma breve observação sobre ele antes de prosseguir. A atividade político-administrativa dos entes federados dará execução àquilo que tenha sido previsto – ou no mínimo delineado ou autorizado – pelo Legislativo mediante discussão e deliberação dos parlamentares. Em momentos de emergência pública, como é o caso da pandemia, é natural que o Poder Executivo seja o protagonista de boa parte das políticas a serem implementadas, inclusive da iniciativa legislativa acerca das políticas propostas.

Esse protagonismo, porém, não afasta as exigências constitucionais acerca da legalidade – tanto como garantia individual (art. 5º, II) quanto como princípio da Administração Pública (art. 37, *caput*) – e nem transforma o Legislativo em mero expectador passivo das ações do Executivo. Não custa lembrar que a garantia da legalidade não veicula apenas uma formalidade; é por meio dela que elementos essenciais do sistema constitucional são protegidos e promovidos, como democracia, isonomia e segurança jurídica. Além disso, é justamente em momentos sensíveis e de emergência que as utilidades do sistema de separação de poderes e dos mecanismos de controles recíprocos se mostram mais evidentes e relevantes. Feito esse registro, retorne-se ao ponto.

A competência político-administrativa comum levará a cabo ações e iniciativas que visam a dar execução a decisões políticas que foram tomadas previamente no âmbito de algum instrumento normativo pelo Legislativo do ente competente para tanto. Mas se o ente federado com competência político-administrativa não recebeu da Constituição competência legislativa para tratar do assunto, como esse problema pode ser resolvido?

Tradicionalmente se responde a essa pergunta remetendo a atividade político-administrativa de um ente federado às normas eventualmente editadas por outro ente, a saber: aquele que tem a competência legislativa na matéria. Assim, os entes com competência

político-administrativa comum utilizam como fundamento normativo para suas atividades as normas editadas por ente diverso, que detêm a competência legislativa. Essa é certamente uma possibilidade que não enseja maior dificuldade e ocorre rotineiramente. A dúvida que se coloca é como aplicar a nova diretriz do STF nesse ambiente se não houver sido editada norma na matéria pelo ente competente. Explica-se melhor.

Nas decisões mencionadas acima, o STF entendeu que a competência político-administrativa dos entes de que trata o art. 23 poderá ser exercida independentemente de iniciativa prévia ou autorização da União, de tal modo que a omissão do ente central não se torne óbice ao desempenho dos poderes-deveres ali previstos. Naturalmente que a aplicação dessa diretriz não terá o condão de afastar a exigência da legalidade para o exercício das competências do art. 23. Como lidar, portanto, com a omissão do ente que detêm a competência para legislar sobre o assunto?

Se a hipótese envolver alguma das competências legislativas concorrentes do art. 24, a eventual omissão legislativa da União sobre o tema poderá ser superada pelos Estados e DF nos termos já regulados pelos parágrafos do dispositivo. Bastará a eles editar normas sobre o tema e, na sequência, implementar os atos e políticas que considerarem próprios com fundamento nessas normas.

Assim, por exemplo, caso a União não houvesse editado norma geral para o enfrentamento da pandemia, os Estados e o DF poderiam editar normas sobre o assunto nos termos do que prevê o art. 24, § 3º: *“Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”* E, com fundamento em tais normas, praticar os atos necessários. Os Municípios poderiam igualmente praticar atos com fundamento nas normas de seus Estados ou editar sua própria legislação com fundamento em eventual interesse local ou suplementando a norma estadual, para, na sequência, praticar os atos pertinentes.

Entretanto, se o tema se insere, do ponto de vista legislativo, no âmbito das competências privativas da União, a possibilidade de os entes desenvolverem políticas nos termos do art. 23 sem qualquer legislação anterior editada pela União revela-se mais problemática. Os demais entes não teriam competência legislativa para disciplinar o assunto e não poderiam praticar atos sem previsão legal, como já observado. Quais seriam os encaminhamentos possíveis? Já se pode cogitar de alguns que merecem desde logo reflexão por parte da doutrina de modo a contribuir para eventual debate e decisão que venha a ser tomada pela Corte.

O STF, claro, pode decidir restringir a aplicação da diretriz referida acima apenas às hipóteses nas quais os entes tenham, simultaneamente, competência legislativa concorrente e político-administrativa comum. Ou, de forma ainda mais restrita, apenas ao tema da proteção da saúde. Caso essa seja a solução adotada, a omissão do ente com competência legislativa teria afinal o condão de efetivamente impedir o exercício das demais competências político-administrativas dos entes – salvo no caso da saúde ou quanto haja coincidência entre competências político-administrativas e legislativas –, o que parece ser exatamente o que o STF gostaria de evitar. Talvez, porém, o entendimento da Corte se dirigisse apenas ao tema da saúde no contexto da pandemia: apenas o tempo poderá confirmar qual a extensão da compreensão do STF acerca da matéria.

Um segundo encaminhamento possível seria a aplicação analógica, nesse contexto, dos parágrafos do art. 24 da Constituição para a superação da omissão legislativa do ente com competência para tanto, frequentemente a União. Ou seja: os Estados e o DF poderiam editar normas sobre tema de competência legislativa privativa da União enquanto não existente norma nacional. O voto do Ministro Edson Fachin parece sugerir uma solução nesse sentido na medida em que S. Exa. afirma que a omissão da União não poderia impedir o desenvolvimento

das competências comuns, podendo o ente central, caso deseje, vir a editar norma geral, nos termos do art. 24, ou lei complementar, nos termos do art. 23, para regular a matéria.

Uma terceira possibilidade de encaminhamento envolve uma ampliação da compreensão acerca das competências normativas que tradicionalmente se reconhece estarem implícitas no exercício das competências político-administrativas. Esse encaminhamento pode ser capaz de solucionar situações sobretudo nas quais não haja uma omissão absoluta do ente com competência legislativa na matéria, mas normas excessivamente genéricas ou omissões parciais.

Com efeito, independentemente de quem seja o ente competente para legislar sobre determinada matéria, o exercício em si de competências político-administrativas demanda muitas vezes a edição de leis e não apenas a prática de atos por parte da Administração Pública. Assim, por exemplo, a criação de uma carreira pública para prestar determinado serviço, a previsão de vagas a serem preenchidas por concurso, a criação de uma paraestatal para desenvolver uma atividade, dentre outras tantas possibilidades, são providências que, antes dos atos concretos, dependem de previsão em lei formal¹¹.

Em geral essa competência normativa implícita é descrita como aquela que seja necessária à organização dos serviços e das políticas que serão desenvolvidos pelo ente no âmbito de sua auto-organização e autoadministração, não avançando, porém, para disciplinar a matéria de fundo. Cogita-se, portanto, de duas espécies de competências normativas. Em primeiro lugar, a competência legislativa original – a cargo do ente federado que recebeu a competência legislativa da Constituição – para definir como o assunto será regulado e, eventualmente, que tipo de intervenção o Poder Público desenvolverá nesse contexto. E, em segundo lugar, uma competência normativa secundária, derivada ou subordinada que será desenvolvida pelos entes federados com competência político-administrativa no particular, por meio da qual a atividade do Poder Público será afinal organizada para executar aquilo que a norma original tenha definido¹².

A verdade, porém, é que esse limite não é preciso e a distinção, de um lado, entre a legislação secundária, derivada ou subordinada, necessária para permitir o desenvolvimento da política, e, de outro, a legislação original a cargo do outro ente sobre o tema ao qual a política se relaciona pode envolver fronteiras com alguma permeabilidade. A aplicação da diretriz fixada pelo STF acerca das competências comuns pode eventualmente exigir, diante da omissão legislativa do ente que seja competente para disciplinar a matéria, que essa competência normativa implícita seja reinterpreta e ampliada enquanto a omissão legislativa perdurar.

b) Os Municípios

Um segundo cenário no qual a aplicação da diretriz fixada pelo STF poderá ensejar alguma perplexidade envolve a posição dos Municípios em relação a suas competências legislativas: a competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, de que trata o art. 30, II, e para legislar sobre interesse local, do inciso I do mesmo artigo. Considerando-se o mesmo cenário acima – a saber: o Município tem competência político-

11 Em um precedente antigo – *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. (17 U.S.) 316 (1819) –, a Suprema Corte dos EUA destacou a ideia elementar que sustenta a existência de competências implícitas, e que pode ser sintetizada da seguinte forma: quem dá os fins dá os meios. Se a Constituição confere uma incumbência a um ente, presume-se que ele possa se valer de todos os meios que, razoáveis e não proibidos, lhe permitam se desincumbir da sua tarefa.

12 V. MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, n. 14, pp. 97-113, out./dez. 2006, p.108, para quem “toda competência material acompanha algum grau de competência legislativa, por exemplo, para determinar os órgãos ou pessoas responsáveis pela sua execução e fixar tarifas, metas e procedimentos ligados à atividade”.

administrativa comum na matéria nos termos do art. 23, mas a competência legislativa privativa é da União (ou do Estado, embora essa hipótese seja menos provável), que não edita norma na matéria – como aplicar a diretriz que o STF sugere no sentido de que os entes locais não precisam de manifestação prévia da União para agir no contexto de suas competências comuns?

Caso se venha a entender pela aplicação analógica do art. 24 a tal hipótese, como se cogitou acima, o Estado poderia legislar sobre matérias de competência privativa da União enquanto a omissão legislativa deste perdurar. Se o Estado ao qual o Município pertence edita norma na matéria, o Município poderá valer-se dessa legislação para levar a cabo sua política pública ou mesmo editar norma própria, suplementando a norma estadual, com fundamento na qual seus atos poderão ser praticados. O problema restará resolvido. Também se aplica aos Municípios a possibilidade de que se cogitou acima acerca de uma eventual compreensão mais ampla das competências normativas implícitas necessárias à realização das próprias competências político-administrativas.

Suponha-se, porém, que a União realmente não legisla nem o Estado: há uma omissão legislativa. Os Municípios, como referido acima, não foram incluídos na competência legislativa concorrente do art. 24. Poderiam eles, ausentes normas da União e do Estado, com fundamento na competência legislativa suplementar do art. 30, II, e no seu interesse local de desenvolver as atividades de sua competência previstas no art. 23, editar normas sobre o assunto? Ou seja: até que sejam editadas normas pela União e/ou pelo Estado, poderia o Município sanar tal omissão legislativa de modo a poder validamente prestar os serviços e praticar os atos necessários à realização das competências comuns de que trata o art. 23? Quais seriam os impactos dessa possibilidade de encaminhamento da questão?

Ao fixar a Tese de Repercussão geral 145, em decisão proferida em 09.03.2015, o STF subordina o exercício da competência do art. 30, II, a uma harmonia com as normas dos demais entes, embora não se tenha cogitado da hipótese de inexistirem normas dos demais entes. Essa a redação da tese firmada pela Corte, que trata de matéria ambiental:

O município é competente para legislar sobre meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal).

No caso de ausência de legislação nacional ou estadual, porém, eventual legislação municipal não promoveria, a rigor, qualquer “desarmonia” com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados pela razão, singela, de que inexistente tal disciplina.

Independente da competência legislativa suplementar do art. 30, II, é certo que aos municípios resta sempre a competência para legislar sobre assuntos de interesse local de que cuida o art. 30, I, e, com fundamento em tal legislação, poderá eventualmente praticar os atos necessários à realização da competência comum de que trata o art. 23. Assim, a universalização da diretriz fixada pelo STF no contexto que se acaba de descrever demanda o exame da seguinte questão: a ausência de normas dos demais entes – aos quais a Constituição atribuiu a competência legislativa para disciplinar determinada matéria – autoriza os Municípios, com fundamento em suas competências legislativas próprias (art. 30, I e II), e particularmente por conta do interesse local, a editarem normas que viabilizem o exercício de suas competências político-administrativas do art. 23, enquanto perdurar a omissão legislativa do ente competente? A conferir.

c) E a lei complementar?

Uma última questão a considerar acerca da diretriz fixada pelo STF envolve sua relação e possível impacto sobre a competência legislativa da União de que trata o parágrafo único do art. 23 para regular a cooperação dos entes no desempenho das competências ali previstas, tendo em vista “o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”. Poderia a União, em lei complementar regulando a cooperação sobre determinado tema do art. 23, subordinar ou condicionar a atuação dos demais entes a alguma decisão ou iniciativa federal? Ou a manifestação técnica de órgão ou entidade da União? A pergunta é: a diretriz fixada pelo STF nos julgamentos descritos acima limita o legislar complementar no exercício da competência do art. 23, parágrafo único?

Há poucas manifestações da Corte sobre o parágrafo único do art. 23 da Constituição, mas no segundo semestre de 2019 o STF declarou a invalidade de norma estadual que pretendia impor aos Municípios uma espécie de adesão compulsória aos planos do Estado em matéria de saúde, educação e transporte destacando que

5. A redução da esfera volitiva do administrador local à mera chancela das decisões estaduais foge a toda lógica constitucional e viola o princípio federativo. Igualmente, é incompatível com a moldura normativa da Constituição a ideia de convênios com os Municípios como meio único e inescapável para o exercício das competências estaduais em saúde, educação e transporte.

A Corte rejeitou o argumento de inconstitucionalidade formal da norma estadual por usurpação da competência da União prevista no art. 23, parágrafo único, por entender que a competência em questão não impede que os entes, voluntariamente, estabeleçam fórmulas de cooperação:

1. O artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal reservou à lei complementar a disciplina da cooperação interfederativa, mas não veda que União, Estados, Municípios e Distrito Federal recorram à utilização de instrumentos negociais para a salutar racionalização e coordenação das suas atividades, em conformidade com a perspectiva consensual e pragmática da Administração Pública contemporânea em sua vertente gerencial.¹³

A Corte estabeleceu algumas distinções nesse julgamento: (i) os entes podem voluntariamente organizar modelos de cooperação; (ii) o Estado não pode impor modelos de cooperação compulsória aos Municípios; (iii) a competência para disciplinar a cooperação interfederativa é da União, nos termos do art. 23, parágrafo único. Não foi discutido na ocasião, porém, quais seriam os eventuais limites dessa competência legislativa da União.

Parece natural que a norma editada com fundamento no art. 23, parágrafo único, terá de veicular algum grau de compulsoriedade sob pena de ser inútil, já que os entes podem voluntariamente se organizar para fins de cooperação: não haveria, a rigor, necessidade de uma lei complementar nacional para esse fim. A questão que em algum momento haverá de ser examinada é quais são os limites dessa possível compulsoriedade e se a diretriz firmada

¹³ Trata-se da ADI 3.499, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05.12.2019, que tem a seguinte ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Artigo 280 da constituição do estado do espírito santo. Obrigação de celebração de convênio entre estado e municípios para a execução de obras públicas relacionadas a educação, saúde e transporte. Alegação de usurpação da competência privativa da união para editar lei complementar fixando normas para cooperação entre entes federativos. Inexistência. Violação do princípio federativo, pela supressão da prerrogativa de autoadministração. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgado procedente o pedido.”

pelo STF nas decisões descritas acima representa um desses limites a ser observado pelo legislador complementar nacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No julgamento das cautelares no âmbito das ADIs 6341 e 6343 o STF fixou uma nova diretriz para a compreensão do federalismo cooperativo brasileiro que pode ser assim enunciada: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns do art. 23. Tais decisões foram proferidas quando do exame da validade de dispositivos da Lei nº 13.979/20, que regula o enfrentamento da pandemia de covid-19. Por natural, as discussões travadas pela Corte giraram sobretudo em torno da competência comum de que trata o art. 23, II – cuidar da saúde – em relação à qual há igualmente competência legislativa concorrente (art. 24, XII).

Nem todas as competências do art. 23, porém, são acompanhadas de competências legislativas concorrentes. Dois cenários nos quais a universalização da diretriz referida demandará outras reflexões, sobretudo para compatibilizá-la com a garantia do princípio da legalidade, são as seguintes: (i) a hipótese em que o ente tem competência político-administrativa comum, mas não recebeu a competência legislativa concorrente e há omissão do ente competente para legislar sobre a matéria – com fundamento em que norma a competência comum poderá ser exercida?; e (ii) a situação do Município, titular das competências comuns do art. 23, diante da eventual omissão legislativa da União e do Estado – também aqui, com fundamento em que norma o Município poderá desempenhar suas competências do art. 23?

Por fim, uma questão que a diretriz fixada pelo STF também enseja diz respeito a sua relação com a competência da União prevista no parágrafo único do art. 23, para estabelecer normas para a cooperação entre os entes. Poderia a União editar lei complementar subordinando ou condicionando a atuação dos demais entes no âmbito de alguma competência do art. 23 a decisões suas? Ou a diretriz referida veicularia um limite ao legislador complementar nacional?

Considerando o papel central do STF de uniformizar a interpretação da Constituição, cada vez com caráter mais impositivo e mesmo vinculante, é natural esperar que essa nova diretriz – a saber: os entes locais não precisam de autorização da União ou de iniciativa prévia do ente central para agir no contexto de competências comuns – venha a ser universalizada. Assim, é da maior relevância que a doutrina examine desde logo as questões que inevitavelmente terão de ser enfrentadas no contexto da universalização desse entendimento firmado pela Corte.

REFERÊNCIAS

FALCÃO, Joaquim e outros. *Il Supremo em Números – O STF e a Federação*, In: FGV DIREITO RIO – Série Novas Ideias em Direito, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11056>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, p. 245-251, 1995.

LABANCA, Marcelo. *Jurisdição constitucional e federação*, São Paulo: Elsevier, 2009.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, n. 14, pp. 97-113, out./dez. 2006.

MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O Município e o federalismo: participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado e o futuro: prospectiva sobre aspectos da instituição estatal. In: *A reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-40.

TAVARES, André Ramos. Normas gerais e competência legislativa concorrente: uma análise a partir das decisões do STF. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.73/74, jan./dez. 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PATRIARCALISMO, CAPITALISMO E GÊNERO: VULNERABILIDADES FEMININAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Fábio Rezende Braga

Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Melina Girardi Fachin

Pós-doutora pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Sistema Patriarcal: uma breve introdução; 3 Patriarcalismo e capitalismo: uma relação simbiótica; 4 Economia dos cuidados e Vulnerabilidade em tempos de Pandemônio feminino; 5 Considerações finais; 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A COVID-19 trouxe múltiplos impactos, em especial aos direitos humanos. De acordo com Lílana Lyra Jubilut *et al* no relatório Direitos Humanos e Covid-19 – Impactos em Direitos e para Grupos Vulneráveis¹, tanto os efeitos diretos da pandemia, como as medidas tomadas para conter seu avanço tem consequências significativas para direitos ou grupos vulneráveis. É necessário, como primeiro passo, que haja um diagnóstico a partir de lentes adequadas a fim de evitar violações de direitos humanos “propositais ou involuntárias”.

O diálogo permanente a partir do enfoque dos direitos humanos é fundamental para que soluções apresentadas não sejam destoantes ou potencializadoras de impactos negativos. De acordo com o relatório, os direitos humanos, são tanto valores internacionais compartilhados e diretrizes de legitimidade de ações (estatais, internacionais e individuais), como também devem ser instrumentalizados na luta contra a COVID-19, “para evitar que vulnerabilidades sejam aprofundadas ou, mesmo, estabelecidas.”²

Durante a grave crise sanitária, as condições de resistência e de resposta às instabilidades provocadas também têm se mostrado diversas e destoantes. Medidas e mecanismos criados como respostas para minimizar ou reduzir as violações de direitos não têm chegado às pessoas chamadas *hipervulneráveis*. Estas aqui são referidas como aquelas pessoas que, por diferentes razões, têm chances baixíssimas de acesso a instituições ou ferramentas para resguardar seus direitos básicos; e tampouco conseguem enfrentar as eventuais violações a estes direitos. O maior ou menor grau de vulnerabilidade das pessoas depende de diferentes fatores físicos, econômicos, culturais, sociais e políticos.

As circunstâncias dessa crise, que não é só sanitária, destacam a vulnerabilidade presente em diversos níveis de nossas relações - de trabalho, sociais, afetivas, econômicas, políticas. Muitas delas são tão veladas que sequer havia percepção clara de que existiam. Neste contexto, a lente de gênero para observar como as mulheres foram especialmente afetadas é imprescindível. De acordo com Graciela Rodriguez e Tatiana Oliveira “a opressão contra as mulheres é laboratório para a opressão contra a sociedade em geral”³. Eis o que se propõe a presente reflexão a partir da estrutura que segue:

Na primeira parte do artigo são apresentadas tanto as bases de sustentação do patriarcado, sejam elas, a dominação de gênero, as relações de classe e trabalho, o controle da reprodução feminina, a violência sexual do homem para com a mulher e a repressão sexual feminina, como também as linhas de pensamento acerca de como o patriarcado, como sistema com múltiplas formas de opressão ou como um enquadramento na visão tradicional de um sujeito masculino líder e dominante, contribui essencialmente na opressão da mulher nas sociedades.

Na segunda parte, a partir da compreensão da história conjunta entre sistema capitalista e patriarcado é possível entender como a separação entre espaço público e privado a partir da naturalização da ideia do homem-provedor nas relações sociais, a dominação masculina,

1 Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi6zJLqla_sAhWkd7kGHehA2EQF-jADegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fpublication%2F342452446_Direitos_Humanos_e_COVID19_Impactos_em_Direitos_e_para_Grupos_Vulneraveis&usq=AOvVaw25GjOMMRxBdWd216k1_C. Acesso em: out. 2020.

2 JUBILUT, Lílana Lyra *et al*. *Direitos Humanos e COVID-19 – Impactos em Direitos e para Grupos Vulneráveis*. Santos: Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades” da Universidade Católica de Santos, 2020, p.69.

3 RODRIGUEZ, Graciela; OLIVEIRA, Tatiana. Para superar a Pandemia, uma economia do cuidado. *Outras Palavras*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://outraspalavras.net/pos-capitalismo/para-superar-a-pandemia-uma-economia-do-cuidado/>. Acesso em: 12 out. 2020.

o resguardo da mulher nas atividades domiciliares a fim de proporcionar a manutenção das relações socioeconômicas, a descriminalização dos espaços protagonizados por mulheres, foram essenciais para a promoção do sistema capitalista e das consequências, em especial para mulheres diante do isolamento social, advindas dessa simbiose.

Na terceira parte, será analisada a relação entre cuidado e economia e as implicações na conjuntura social e política feminina. A economia do cuidado envolve atividades meio ou fim que tem como protagonistas às mulheres, mas que, no entanto, continuam a ter menor valor ou são consideradas meramente atividades de manutenção/amparo da estrutura social como um todo. Os trabalhos de cuidado envolvem muitas horas e tempo dedicado ao cuidado com a casa e com pessoas. De um modo geral, o trabalho exercido pela mulher tanto não é contabilizado, como muitas vezes é propositalmente invisibilizado pelo próprio sistema.

No que tange aos desafios impostos pela pandemia, de acordo com uma pesquisa realizada pela organização de mídia Gênero e Número, em parceria com a SOF Sempre Viva Organização Feminista⁴, as condições de trabalho feminino por exemplo se transformaram radicalmente durante a pandemia de Covid-19, sobrecarregando, principalmente, as mulheres. É possível deduzir que essa rotina de trabalho deve ficar ainda mais intensa com as restrições impostas pela pandemia. Nesse sentido, será possível entender o porquê de colocar a mulher no centro do debate e procurar estabelecer mecanismos de empoderamento e articulação coletiva femininos é pressuposto básico para a promoção do combate a desigualdade de gênero, especialmente no que tange ao enfrentamento das consequências do isolamento social.

Diante de todo o exposto, resta patente que é necessário adotarmos um olhar de gênero para as respostas à pandemia da COVID-19, não apenas individual, mas também institucional.

As ações desdobram-se no plano do agora para que possamos, de modo imediato levantar dados com este recorte que nos permitam conhecer a realidade das mulheres nos contextos de risco para, no plano futuro, de modo mediato, mister pensar no legado que fica, refletindo estratégias específicas de desenvolvimento e recuperação econômica das mulheres, considerando programas de transferência monetária; além da retomada integral das políticas públicas para mulheres.

2 O SISTEMA PATRIARCAL: UMA BREVE INCURSÃO

Para haver uma contextualização adequada acerca do que antecede a proposição ideológica do conceito de patriarcado é necessário partir de uma pergunta básica: como os seres humanos são classificados como homens e mulheres?

A categoria gênero é trabalhada pelas teóricas feministas sob a perspectiva de “compreender e responder, dentro de parâmetros científicos, a situação de desigualdade entre os sexos e como esta situação opera na realidade e interfere no conjunto das relações sociais”⁵. A partir da conceituação de gênero será possível entender de que forma essa classificação está umbilicalmente conectada com as bases de sustentação do patriarcado, sejam elas a dominação de gênero, as relações de classe e trabalho, o controle da reprodução

4 Disponível em: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=organiza%C3%A7%C3%A3o+de+m%C3%ADdia+G%C3%AAnero+e+N%C3%BAmero,+em+parceria+com+a+SOF+Sempreviva+Organiza%C3%A7%C3%A3o+Feminista&ie=UTF-8&oe=UTF-8>. Acesso em: out. 2020.

5 CARLOTO, Cássia Maria. *O conceito de Gênero e sua importância para a análise das relações sociais*. Universidade de Londrina (UEL). Londrina. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

feminina, a violência sexual do homem para com a mulher e a repressão sexual feminina.

A subjetividade e a ideologia de gênero é um conceito historicamente construído que direciona a maneira como os sentimentos, percepções e concepções sobre os indivíduos são moldados na sociedade⁶. Para Judith Butler, “é o aparato pelo qual a produção e a normalização do masculino e do feminino se manifestam junto com as formas intersticiais, hormonais, cromossômicas, físicas e performativas que o gênero assume”⁷. Já Roberto P. Castro e Mario P. Bronfman, citando Harding, definem o gênero como sendo “uma construção social sistemática do masculino e do feminino que está pouco (ou nada) determinado pela biologia (pelo sexo), presente em todas as sociedades, e que permeia todas as dimensões da vida social e privada”⁸.

Assim, o conceito de gênero é um conjunto extremamente complexo fruto da construção social sistemática que nada tem a ver com elementos biologizantes, enquanto o conceito de sexo seria constituído a partir de características naturais (órgãos de reprodução masculino e feminino, características cromossômicas, hormonais e físicas)⁹. No dizer de Simone de Beauvoir

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino.¹⁰

A sutileza da regulação de gênero por meio de uma avaliação binária (homem e mulher), para Judith Butler, está na medida em que só há *existência social* enquanto sujeito *enquadrado*, ou seja, só se adquire direitos quando há aceitação das regras, a sua estrutura e sua regulação. Na visão da autora o enquadramento, como o próprio conceito de gênero, é entendido como algo socialmente construído ao longo do tempo, ou seja, a definição do que é ser mulher e do que é ser homem, e suas consequências enquanto sujeitos sociais, é fruto de uma concepção anterior baseada em uma orquestra de princípios biológicos, históricos, sociais, culturais, religiosos e econômicos proveniente de uma lógica síncrona de vários elementos que se unem na máquina patriarcal.

A regulação de gênero é somente uma das engrenagens da máquina da dominação patriarcal¹¹. Sobre esse controle, a autora entende que “um sentido importante da regulação de gênero é que as pessoas são reguladas pelo gênero e que esse tipo de regulação opera como uma condição de inteligibilidade cultural para qualquer pessoa.”¹², assim “esta valoração desigual de homens e mulheres constitui as relações de gênero em todos os espaços da vida social”¹³.

6 CASTRO, Roberto P.; BRONFMAN, Mario P. *Teoría Feminista y Sociología Médica: Bases para una Discusión. Caderno Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v.9, n. 3, jul./set. 1993, p.378.

7 BUTLER, Judith. Regulações de Gênero. *Cadernos Pagu*, v.42, jan./jun. 2014, p.253.

8 CASTRO, Roberto P.; BRONFMAN, Mario P. *Teoría Feminista y Sociología Médica: Bases para una Discusión. Caderno Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v.9, n.3, jul./set. 1993, p.378.

9 BUTLER, Judith. Regulações de Gênero. *Cadernos Pagu*, v.42, jan./jun. 2014, p.253.

10 BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo, volume 2*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, 2. ed., p.9-10.

11 BUTLER, Judith. Regulações de Gênero. *Cadernos Pagu*, v.42, jan./jun. 2014, p.252.

12 BUTLER, Judith. Regulações de Gênero. *Cadernos Pagu*, v.42, jan./jun. 2014, p.267.

13 “Esta valoración desigual de hombres y mujeres constituye las relaciones de género en todos los espacios de la vida social”. Tradução nossa. LOBO, Montserrat Blanco. ¿Y las relaciones de género? *Inter.c.a.mbio*. Universidad de Costa Rica, ano 3, n. 4, 2006, p.165.

Uma das características que se apresentam frutíferas na construção de um discurso pautado em relações de gênero é a da facilidade de se trabalhar com outras culturas e cosmologias. Isso se deve ao fato do conceito de gênero não está atrelado a uma base fixa a-histórica, adjetiva, tradicional, e, sim, a como se dá as relações humanas a partir das relações de gênero em cada sociedade, tribo, comunidade ou movimento.¹⁴ Para Lia Zanotta Machado, é fato que em todas as sociedades irão haver relações pautadas na classificação entre homens e mulheres, no entanto é necessário entender como particularmente essas relações são construídas. A mesma autora afirma que em razão da flexibilidade de abordagem “o suposto deste conceito é que todas as sociedade e culturas constroem suas concepções e relações de gênero. [...] ou seja, de que nada há de universal na configuração das relações de gênero, a não ser que são sempre construídas.”¹⁵

A questão de gênero envolve inúmeros elementos que precisam de uma visão complexa, ampla e flexível a fim de permitir um entendimento adequado. O tema denota elasticidade, o que proporciona o entendimento acerca dos fundamentos do enquadramento de gênero e como isso está intimamente conectado com o modelo patriarcal segmentador. É importante compreender que não basta melhorar as condições de vida das mulheres sem entender as sinergias com a dominação e a exploração impostas por meio da visão patriarcal¹⁶. Para Montserrat B. Lobo é indiscutível que corrigir as desigualdades de gênero que organizam a vida em sociedade “requer uma importante inversão social a nível político, técnico, econômico e simbólico”¹⁷, o que por sua vez denota entender como o patriarcado interfere na vida como um todo, especialmente das mulheres.¹⁸ Neste sentido, a partir da legitimação da existência como sujeito a partir do condicionamento de gênero é possível refletir acerca das consequências da subordinação da mulher ao homem dentro da estrutura patriarcal, seja enquanto um sistema com múltiplas formas de opressão ou como um enquadramento na visão tradicional de um sujeito masculino líder e dominante.

O termo *patriarcado* é constantemente referenciado nos estudos feministas com a finalidade de explicar a condição feminina e as bases da dominação masculina.¹⁹ São várias as linhas de pensamento e reflexão, inclusive com discordâncias acerca da utilização do termo, no entanto duas vertentes se destacam: são elas o patriarcado de Max Weber e o patriarcado contemporâneo. A explicação pela escolha das duas concepções no trabalho se dá pelo fato da primeira vertente condensar uma linha tradicional adjetiva, a-histórica e universalista da utilização do termo para explicar as relações de homens e mulheres, enquanto que a segunda, substantiva, traz a perspectiva de dominação e exploração sistemática das mulheres em vários níveis levando em consideração os diferentes contextos em que elas estejam.

14 MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo. 52ª Reunião Brasileiro para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000, p.6. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf.

15 MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo. 52ª Reunião Brasileiro para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000, p.6. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf.

16 LOBO, Montserrat Blanco. ¿Y las relaciones de género? *Inter.c.a.mbio*. Universidad de Costa Rica. ano 3, n.4, 2006, p.162.

17 “requiere una importante inversión social a nivel político, técnico, económico y simbólico” Tradução nossa. LOBO, Montserrat Blanco. ¿Y las relaciones de género? *Inter.c.a.mbio*. Universidad de Costa Rica. ano 3, n. 4, 2006, p.163.

18 . LOBO, Montserrat Blanco. ¿Y las relaciones de género? *Inter.c.a.mbio*. Universidad de Costa Rica. ano 3, n.4, 2006, p.163.

19 MORGANTE, Mirela Marín; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio – saberes e práticas científicas*. Rio de Janeiro. 2014. p.1. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Acesso em: 22 jan. 2017.

É necessário tanto estabelecer o campo de estudo, quanto se apropriar do termo e das linhas de pesquisa no trabalho para que se possa observar quais são os obstáculos dessa lógica patriarcal ao reconhecimento do papel das mulheres nos diversos contextos em que atuam. Para Weber, o patriarcalismo é “a situação na qual, dentro de uma associação, na maioria das vezes fundamentalmente econômica e familiar, a dominação é exercida (normalmente) por uma só pessoa, de acordo com determinadas regras hereditárias fixas”²⁰. É um conceito estabelecido de forma a criar um perfil ideal, a-histórico e que possa ser adaptado a qualquer contexto em que haja as características definidas²¹. Ou seja, legítima a assimetria de poder entre homens e mulheres em diversos contextos por meio de um enquadramento proposto pela forma de pensamento. Além disso, tem um valor adjetivo²² e é considerado base necessária, e inequívoca, da constituição de toda a sociedade.

Nas palavras de Carole Pateman “o poder natural dos homens como indivíduos (sobre as mulheres) abarca todos os aspectos da vida civil. A sociedade civil com um todo é patriarcal.”²³ É naturalizado, na medida em que é tratado como fundamento para as próprias relações humanas. O patriarcado ou patriarcalismo é condição natural pela qual o homem é tratado como o senhor, protetor, direcionador e monarca de toda instituição familiar. “A referência clássica ao *patriarcado*, evidencia-o como uma estrutura mental natural de constituição da sociedade como um todo.”²⁴

Por sua vez, a mulher e os filhos e filhas, em especial estas últimas, têm funções desvalorizadas na hierarquia familiar. São destinadas as mulheres somente as tarefas que envolvam a conservação e a manutenção do lar.²⁵ Os filhos homens devem espelhar-se nas atitudes do pai, enquanto as filhas mulheres devem aprender tudo relativo às obrigações de cunho doméstico. A autoridade familiar e doméstica é que estrutura o patriarcado e tem como consequência uma determinada divisão sexual que Weber denominava ‘normal’.²⁶

Carole Pateman aponta que “a gênese da família (patriarcal) é frequentemente entendida como sinônimo da origem da vida social propriamente dita, e tanto a origem do patriarcado quanto a da sociedade são tratadas como sendo o mesmo processo”²⁷. Ou seja, a estrutura familiar pautada em princípios patriarcais não estabelece qualquer espaço ao diálogo feminino muito menos a representação política que tem efeitos práticos no tipo de

20 WEBER, MAX. *Economia y Sociedad - Esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría; Juan Roura Farella, Eugénio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p.184. Disponível em: <https://zoopolitikonmx.files.wordpress.com/2014/08/max-weber-economia-y-sociedad.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2017.

21 MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio – saberes e práticas científicas*. Rio de Janeiro. 2014, p.6. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Acesso em: 22 jan. 2017.

22 O valor adjetivo se explica na medida em que o termo é qualidade para o substantivo família (família patriarcal) ou ideologia (ideologia proletária e patriarcal).

23 PATEMAN, Caroline. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.167.

24 MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio – saberes e práticas científicas*. Rio de Janeiro. 2014, p.5. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Acesso em: 22 jan. 2017.

25 ÁVILA, Maria Betânia; FERREIRA, Verônica. Trabalho produtivo e reprodutivo no cotidiano das mulheres brasileira. In: ÁVILA, Maria Betânia; FERREIRA, Verônica. (orgs). *Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres*. SOS CORPO Instituto Feminista para a Democracia. Instituto Patrícia Galvão. Recife: SOS CORPO, 2014, p.26.

26 WEBER, MAX. *Economia y Sociedad - Esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría; Juan Roura Farella, Eugénio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica. 1964. p. 753. Disponível em: <https://zoopolitikonmx.files.wordpress.com/2014/08/max-weber-economia-y-sociedad.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

27 PATEMAN, Caroline. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.43.

planejamento familiar disposto, e, além disso, naturaliza a exploração do homem sobre a mulher, já que estabelece que a própria estruturação social, a partir da família, tem que ser pautada por um modelo exploratório e dominador da mulher pelo homem. Geraldo Romanelli, resumidamente, define o modelo nuclear de família como

uma estrutura hierarquizada, no interior da qual o marido/pai exerce autoridade e poder sobre a esposa e filhos; a divisão sexual do trabalho bastante rígida, que separa tarefas e atribuições masculinas e femininas; o tipo de vínculo afetivo existente entre os cônjuges e entre esses e a prole, sendo que neste último caso há maior proximidade entre mãe e filhos; o controle da sexualidade e a dupla moral sexual.²⁸

A tradição e a religião são duas outras fontes da sustentação e propagação do ideal patriarcal. De fato, o poder patriarcal é caracterizado por Max Weber como sendo um sistema de normas baseado na tradição²⁹. Deste modo as decisões do patriarca são sempre tomadas de um mesmo modo, o que impossibilita qualquer tipo de questionamento, quicá da própria justiça³⁰. Há uma legitimação da dominação do *pater* em razão dos costumes e modos historicamente constituídos. Por sua vez, os sistemas religiosos estabelecem uma relação íntima entre sociedade, sexualidade e erotismo, estabelecendo um controle da sexualidade e da reprodução. O sagrado conserva para o universo masculino privilégio e lhe garante a supremacia sobre o feminino.³¹ Além disso, para Weber para que haja um controle social, os sistemas religiosos traçam sempre um perfil da mulher a partir de noções caóticas alicerçadas na emoção, no desejo sexual, descontrole e em características biológicas (ciclos menstruais, amamentação, reprodução e etc).³²

Já o patriarcalismo contemporâneo é caracterizado por uma análise mais ampla do seu significado. Mirela Marin Morgante e Maria Beatriz Nader entendem que parte da relação entre homens e mulheres se baseia na exploração e dominação masculina de forma sistemática nos mais diversos contextos não exclusivamente ligados à estrutura familiar. Para as autoras, a linha argumentativa é estabelecida no uso do patriarcado enquanto um sistema de dominação de homens sobre mulheres nas mais diversas esferas sociais sejam elas laborais, midiáticas ou políticas.³³ Ou seja, pode-se falar em patriarcado sem remeter ao conceito Weberiano, em uma construção mais ampla e mais adaptada à complexidade das relações e instituições na contemporaneidade. Já Lia Zanotta Machado admite que diante das inúmeras modificações nas relações de gênero, das contradições e das transformações sociais que as sociedades ocidentais modernas vêm passando é possível se falar apenas em um patriarcalismo contemporâneo.³⁴

28 ROMANELLI, Geraldo. Autoridade e poder na família. In: Carvalho, M. C. B. (Org). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Educ, Cortez, 1995, p.75.

29 WEBER, Max. The theory of social and economic organization. Organizada por T. Parsons. Glencoe-III: *The Free Press e The Falcon Wing Press*, 1947.

30 AGUIAR, Neuma. Patriarcado, sociedade e patrimonialismo. *Revista Sociedade e Estado*. Brasília: Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, v.15, n.2, 2000, p.314. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269922000000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jan. 2017.

31 ERICKSON, Victoria Lee. *Onde o silêncio fala*. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Paulinas, 1996, p.53.

32 WEBER, Max. *Sociology of religion*. Boston: Beacon Press, 1964, p.238.

33 MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio – saberes e práticas científicas*. Rio de Janeiro. 2014. p. 3. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Acesso em: 22 jan. 2017.

34 MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo. 52ª Reunião Brasileiro para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000, p.3. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf.

Maria Mies e Vandana Shiva entendem que o enquadramento, mencionado anteriormente, não é só externo por meio do direcionamento político, econômico e cultural exercido pela sociedade patriarcal: também é emanado pelas próprias vítimas – as mulheres. Muitas vezes elas mesmas não conseguem enxergar a realidade opressora patriarcal e quando conseguem não há condições mínimas para uma luta contrária.³⁵ Isto se deve ao fato do patriarcado contemporâneo se basear numa cosmologia e numa antropologia que separa estruturalmente a realidade e opõe hierarquicamente, frente a frente, as duas partes: uma, sempre considerada superior, sempre próspera e progredindo à custa da outra.³⁶

Segundo Leonardo J. C. Pinheiro é impossível que haja a construção de um *contra-universo* na medida em que o mundo que as mulheres tentam construir tem como intermediador o homem³⁷. É necessário que haja abertura de espaços as vozes femininas na construção, desenho e implementação de políticas que visem ao seu próprio empoderamento. Para Braidotti *et al* não basta que as mulheres ocupem posições anteriormente ocupadas por homens dentro das estruturas de poder, o que importa, de fato, é que “às mulheres, como recentemente chegadas a estes lugares, lhes seja permitido redefinir as estruturas de forma a torná-las menos discriminatórias, não só para as mulheres, mas em última análise, para todas as pessoas”³⁸.

A própria estrutura familiar baseada na polarização entre espaço público e espaço privado (esfera familiar) contribui na perpetuação desse sistema patriarcal repressivo e dominante.³⁹ Para Martha C. Nussbaum, “a família deve ser tratada como uma esfera preciosa, mas não privada.”⁴⁰ A família entendida como espaço privado em que somente os sujeitos envolvidos podem argumentar é um impeditivo a desconstrução dos princípios patriarcais, na medida em que por vezes chega a legitimar atitudes opressoras baseadas no gênero com base na cultura, religião e costumes⁴¹. A concepção deve sempre ser pautada pela proteção da capacidade e liberdade das pessoas de exercerem seus direitos. É necessário encontrar uma abordagem que tanto respeite a liberdade de associação das pessoas como a integridade dos direitos individuais de cada uma delas independente da esfera familiar. Para Martha C. Nussbaum, a comunidade internacional tem demorado a promover cuidados diferenciados para meninas e meninos, “exatamente porque tanto as tradições ocidentais quanto as não ocidentais construíram o lar como um domínio inviolável da prerrogativa pessoal.”⁴²

35 PINHEIRO, Leonardo J. Cavalcanti. O Patriarcado presente na Contemporaneidade: Contextos de Violência. *Revista Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder*. Florianópolis: UFSC, 2008, p.4. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST66/Leonardo_Jose_Cavalcanti_Pinheiro_66.pdf.

36 MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p.14.

37 PINHEIRO, Leonardo J. Cavalcanti. O Patriarcado presente na Contemporaneidade: Contextos de Violência. *Revista Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder*. Florianópolis: UFSC, 2008, p.4. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST66/Leonardo_Jose_Cavalcanti_Pinheiro_66.pdf.

38 BRAIDOTTI, Rosi *et al*. *Mulher, ambiente e desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Instituto Piaget, 1994, p.81.

39 MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p.14.

40 NUSSBAUM, Martha C.. *Fronteiras da Justiça – Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p.395.

41 Para contextualizar, Martha C. Nussbaum entende que em diversos países “os milhões de meninas que morrem por negligência, falta de alimentação essencial e cuidado não estão morrendo porque o Estado as perseguiu, estão morrendo porque seus pais não querem alimentar outra boca feminina (e pagar outro dote), e porque o Estado não fez o suficiente para proteger suas vidas.”. (NUSSBAUM, Martha C.. *Fronteiras da Justiça – Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p.395-396).

42 NUSSBAUM, Martha C.. *Fronteiras da Justiça – Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p.396.

A violência sexual é outro elemento estruturante do patriarcado, enquanto instrumento de opressão às mulheres, e está intimamente conectado com a separação entre espaço público e privado. Anna P. G. Oliveira e Vanessa R. S. Cavalcanti entendem que a própria construção social que leva a mulher a se calar diante das práticas violentas dentro do espaço familiar e a zelar pela manutenção da família, ao invés de denunciar os agressores, é determinada por mecanismos ideológicos, tais quais, o gênero, o patriarcado, a dominação masculina, que conjuntamente estabelecem condicionantes para as mulheres, que passam a ter uma realidade de opressão e de violência, aceita e naturalizada pela sociedade. As autoras acreditam que “o patriarcado e o consentimento feminino quanto à violência contra a mulher estão intimamente ligados e correlacionados, alimentando um ao outro e conseqüentemente se fortalecendo”⁴³. Violentar é a forma pela qual o homem se utiliza para garantir um controle no contexto em que a mulher tenta reagir contra sua dominação. Na perspectiva delas a relação entre o homem e mulher é paradoxal, na medida em que, apesar do homem ter dentro do sistema patriarcal a *garantia do poder*, ainda assim, não é suficiente para subjugação da mulher, ou seja, é necessário a força física para que “o poder como posição privilegiada de mando” seja compreendido “como exercício, possuindo um caráter relacional e disseminado por toda estrutura social”.⁴⁴ Em geral essa opressão é legitimada socialmente e como um sistema, tem atuações múltiplas que englobam atos que ameace, coajam ou forcem as mulheres impondo-as, seja esfera pública ou privada, sofrimentos físicos, sexuais ou psicológicos com finalidade de intimidá-las, puni-las, humilhá-las, atingi-las, seja nos seus corpos ou subjetivos.⁴⁵

O patriarcalismo é em si motivador das violências investidas contra as mulheres⁴⁶, mesmo em sociedades com processos de construção diferenciados, como verificado em tribos indígenas e comunidades tradicionais. Este processo é influenciado por razão de diferentes etnias e classes sociais⁴⁷. A autora Iara B. H. Saffioti entende que “o sujeito se constitui socialmente, ou seja, é forjada nas e através das relações sociais [...] Não apenas o sujeito coletivo, mas também o sujeito individual não é senão a história de suas relações sociais”⁴⁸. Deste modo, apesar de termos no patriarcalismo a resposta para uma segregação de gênero na sociedade hegemônica, não é possível desenvolver o mesmo pensamento acerca das conseqüências do sistema patriarcal para mulheres que vivem em contextos diferenciados.

Há muitas críticas na utilização do termo patriarcado ou patriarcalismo para contextualizar a exploração e dominação das mulheres nas famílias contemporâneas. Apesar da contextualização histórica e de certa abertura na interpretação das condições heterogêneas e constantemente mutáveis em que as mulheres se encontram, a projeção ideal defendida por Weber na construção do conceito patriarcado ainda é presente nas discussões feministas. Relações de gênero, dominação masculina, contrato social e contrato sexual, várias são as formas pelas quais se procura construir um discurso de combate a lógica de opressão e

43 OLIVEIRA, Anna P. G.; CAVALCANTI, Vanessa R. S.. Violência Doméstica na Perspectiva de gênero e Políticas Públicas. *Revista Bras Crescimento e Desenvolvimento Humano*, 2007, p.49. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v17n1/04.pdf>.

44 OLIVEIRA, Anna P. G.; CAVALCANTI, Vanessa R. S.. Violência Doméstica na Perspectiva de gênero e Políticas Públicas. *Revista Bras Crescimento e Desenvolvimento Humano*, 2007, p.39. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v17n1/04.pdf>.

45 ALEMANY, Carme. Violências. In: HIRATA, H. et al. (Orgs). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009, p.271.

46 NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. *Psicol. Soc.* Porto Alegre, v.18, n.1, 2006, p.51. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822006000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jan. 2017.

47 SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação & Realidade*. Porto Alegre, v.20, n.2, jul./dez., 1995, p.88.

48 SAFFIOTI, Iara Bongiovani Heleith. Diferença ou indiferença: gênero, raça/etnia, classe social. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia da. (org.). *Políticas públicas e igualdade de gênero*. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004, p.35.

exploração do homem sobre a mulher. Existem, inclusive, discordâncias quanto à luta pela *superação* (num sentido de reconhecimento das causas e consequências para a formulação de soluções para combatê-lo) da conjuntura sistemática imposta pelo patriarcado ou a desnaturalização/desconstrução daquilo que o estrutura⁴⁹.

Conforme Flávia Biroli e Luis Felipe Miguel, “a teoria política feminista é uma corrente profundamente plural e diversificada, que investiga a organização social tendo como ponto de partida as desigualdades de gênero”⁵⁰. Sobre a preocupação quanto a não-utilização do termo patriarcado para se referir a opressão do homem sobre a mulher Carole Pateman cita Heleieth Saffioti

[...] único conceito que se refere especificamente à sujeição da mulher, e que singulariza a forma de direito político que todos os homens exercem pelo fato de serem homens. Se o problema não for nomeado, o patriarcado poderá muito bem ser habilmente jogado na obscuridade, por debaixo das categorias convencionais da análise política. [...] Grande parte da confusão surge porque “patriarcado” ainda está por ser desvencilhado das interpretações patriarcais sobre patriarcado. Abandonar o conceito significaria a perda de uma história política que ainda está para ser mapeada.⁵¹

Uma das principais críticas acerca do uso do termo patriarcado para explicar os diversos níveis e tipos de opressão as quais as mulheres sofrem, está na determinação estrutural que o conceito impõe. Para as defensoras do conceito de gênero, como preliminarmente foi abordado, o termo patriarcado não possibilita a criação de espaços para pensar novas relações provenientes da subordinação, dominação e exploração sistemática as quais mulheres sofrem⁵². Para Elisabeth Lobo, “a formulação do patriarcado, mesmo relativizada pelas diferenciações históricas, permanece no quadro de referências a uma estrutura determinante, fundada nas bases materiais.”⁵³ No entanto, fica claro que o conceito naturalizante de patriarcado foi essencial para que os movimentos feministas surgissem e questionassem a divisão sexual e a partir disso propusessem uma reflexão acerca de como esse termo necessitava de novas nuances e perspectivas como símbolo de luta feminina.⁵⁴

Nesse contexto, o patriarcado tem influência inequívoca na construção das relações sociais como um todo. As múltiplas linhas de abordagem do tema levam a reflexões acerca

49 MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: Sociedade Brasileira de Sociologia (Ed.). *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo. 52ª Reunião Brasileiro para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000, p.4. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf.

50 MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2015, p.7. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=G0xCwAAQBAJ&pg=PT6&lpg=PT6&dq=A+teoria+pol%C3%ADtica+feminista+%C3%A9+uma+corrente+profundamente+plural+e+diversificada,+que+investiga+a+organiza%C3%A7%C3%A3o+social+tendo+como+ponto+de+partida+as+desigualdades+de+g%C3%AAnero&source=bl&ots=ttHFoTrxNN&sig=hdF1xehE4oQbSsbRI6rt1r09d4&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwjdpvUnvDRAhUBhJAKHasyAp4Q6AEIHDAAN#v=onepage&q=A%20teoria%20pol%C3%ADtica%20feminista%20%C3%A9%20uma%20corrente%20profundamente%20plural%20e%20diversificada%20que%20investiga%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20social%20tendo%20como%20ponto%20de%20partida%20as%20desigualdades%20de%20g%C3%AAnero&f=false>.

51 PATERMAN, Carole. O contrato sexual. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.55.

52 LOBO, Elisabeth. O trabalho como linguagem: o Gênero do Trabalho. In: COSTA, Albertina; BRUSCHINI, Cristina (Orgs). *Uma questão de gênero*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas e Editora Rosa dos Tempos, 1992, p.259.

53 LOBO, Elisabeth. O trabalho como linguagem: o Gênero do Trabalho. In: COSTA, Albertina; BRUSCHINI, Cristina (Orgs). *Uma questão de gênero*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas e Editora Rosa dos Tempos, 1992, p.259.

54 MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo. 52ª Reunião Brasileiro para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000, p.10. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf.

da relação entre homens e mulheres e sobre como o sistema capitalista alavanca o processo de exploração e dominação, especialmente das mulheres. Seja o patriarcado tradicional representado na ideia do provedor e dominador familiar ou o patriarcado contemporâneo em que os ideais patriarcais estão umbilicalmente conectados em todos os aspectos da vida em sociedade, ambas formas de pensamento proporcionaram a criação de uma relação simbiótica entre patriarcado e capitalismo⁵⁵ que tem consequências centrais no modo pelo qual as mulheres tem lidado com as questões associadas ao isolamento social diante da COVID-19.

3 PATRIARCALISMO E CAPITALISMO: UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA

A relação entre o patriarcado e o sistema capitalista é fruto de uma série de elementos que conjuntamente atuam na opressão da mulher. É necessário compreender a história do sistema capitalista para entender como “a condição feminina é constituída histórica e socialmente”⁵⁶. A separação entre espaço público e privado a partir da naturalização da ideia do homem-provedor nas relações sociais, a dominação masculina, o resguardo da mulher nas atividades domiciliares a fim de proporcionar a manutenção das relações sociais, o afastamento da mulher dos saberes provenientes do entendimento acerca dos recursos naturais, descredibilização dos espaços protagonizados por mulheres, todos esses elementos foram essenciais para a construção ideológica capitalista.

Por sua vez, as diversas mudanças na organização social, que surgem, num contexto de crescente urbanização e industrialização, de avanços tecnológicos, pela lógica de mercado de culto ao consumo, pela entrada da mulher no mercado de trabalho provocaram uma mudança substancial na forma de se perceber como indivíduo e de como o efêmero passa a ser o referencial⁵⁷. Para Leonardo J. Pinheiro “deste individualismo surgirá a procura por igualdade pelos indivíduos”⁵⁸ e é aí o ponto central para o questionamento das formas pelas quais se dá a opressão da mulher pelo homem.

É essencial entender que a dominação do homem sobre a mulher não é apenas social, *natural* (biológica), religiosa ou familiar. É também, uma construção baseada num domínio histórico, cultural, laboral e econômico,⁵⁹ o que por sua vez denota um pensamento crítico acerca de como o sistema capitalista está intimamente conectado com a potencialização da estrutura patriarcal como um todo, principalmente no que tange a divisão sexual do trabalho e a exploração do trabalho feminino.

O estudo deste tópico em específico será desenvolvido a partir de dois aspectos centrais: o primeiro trata-se de entender como o instrumental ideológico patriarcal permitiu o início, e conseqüente expansão, da estrutura econômica capitalista ao longo da história. Segundo, é preciso entender como a opressão feminina se dá, mas não exclusivamente, por intermédio das estruturas criadas pelo sistema capitalista. Será possível visualizar como elementos econômicos e laborais, que sejam a divisão sexual do trabalho e do controle da reprodução, colaboram diretamente na dominação e exploração impostas por meio do

55 SOUZA, Terezinha Martins dos Santos. Patriarcado e capitalismo: uma relação simbiótica. *Temporalis*, [S.l.]. v.15, n.30, p.475-494, jan. 2016. ISSN 2238-1856. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/10969/8406>. Acesso em: 11 fev. 2017.

56 PINSKY, Carla Bassanezi. Estudos de Gênero e História Social. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v.17, n.1, jan./abr., 2009, p.160.

57 PINHEIRO, Leonardo J. Cavalcanti. O Patriarcado presente na Contemporaneidade: Contextos de Violência. *Revista Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder*. Florianópolis: UFSC, 2008, p.2. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST66/Leonardo_Jose_Cavalcanti_Pinheiro_66.pdf

58 PINHEIRO, Leonardo J. Cavalcanti. O Patriarcado presente na Contemporaneidade: Contextos de Violência. *Revista Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder*. Florianópolis: UFSC, 2008, p.2. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST66/Leonardo_Jose_Cavalcanti_Pinheiro_66.pdf.

59 XAVIER, Laécio Noronha; IRINEU, Roxane de Alencar. Diferenças de gênero e Igualdade de direitos: poder nas relações produtivas, divisão sexual do trabalho e reconstrução de identidades sociais. *Anais do XXIV CONPEDI/UFMG/FUMEC/DomHelder Câmara*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p.210. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/11208znb/A8I3xUxFTDBueDXh.pdf>.

entrelace entre o patriarcado e o sistema capitalista.

Apesar de o patriarcado ter sido anterior a instauração do sistema capitalista, a articulação desses dois sistemas na modernidade conduziu a ampliação dos princípios formadores de ambos, que sejam formas de “produzir e reproduzir a vida a partir de relações de dominação e expropriação, em especial dos corpos e da autonomia da mulher”⁶⁰. Existe uma corrente teórica feminista denominada feminismo marxista ou socialista em que as teóricas que defendem essa linha argumentativa justificam a opressão feminina a partir da divisão sexual do trabalho procurando estabelecer uma ligação entre a opressão e o controle da reprodução que se justifica na necessidade que o sistema capitalista tem de prezar pela manutenção de um exército de reserva⁶¹.

Para Cássia B. Carloto, o sistema capitalista promoveu o reconhecimento de atividades, a partir do gênero, adequadas a sua reprodução, onde o tipo, o espaço e quem (homem ou mulher) executava o trabalho deveria ser conhecido e valorizado. O que seria destinado ao sujeito masculino era a execução de um trabalho racional (e aqui, racional é interpretado como inteligente), urbanizado (desvalorização de trabalhos ligados ao trato da terra e/ou a natureza) e no espaço público, enquanto que para as mulheres, um trabalho repetitivo, rural e domiciliar (espaço privado)⁶². Essa é a lógica da dominação a partir do gênero, onde homens e mulheres, a partir da divisão sexual do trabalho, não só desempenham atividades diferentes, como também são tratados hierarquicamente de maneira diferente.⁶³

A separação entre público e privado e suas implicações na relação entre homens e mulheres já foi no primeiro tópico trabalhada, aqui, no entanto, o resgate será no sentido de entender como a manutenção das relações sociais se dá a partir do trabalho domiciliar exercido por mulheres dentro da estrutura familiar e como isso influenciou na estruturação do sistema capitalista. Para compreender a lógica de continuidade e reprodução do sistema capitalista, é essencial compreender o trabalho e o tempo realizado no domicílio gratuitamente pelas mulheres⁶⁴. Esse trabalho realizado pela mulher não é contabilizado pelo sistema capitalista, na medida em que é tratado como mero regulador social a fim de permitir amplo florescimento das capacidades do homem. Todas as funções destinadas a mulher são de cuidado, manutenção e reprodução, invariavelmente conectadas a estrutura privada familiar. O trabalho exercido pela mulher é invisibilizado e desvalorizado – em especial o trabalho doméstico – o que demanda um enfrentamento social e a denúncia dessa problemática⁶⁵.

O modo como o trabalho na sociedade capitalista é estruturado, reforçando as desigualdades entre homens e mulheres, permite a atribuição de diferente valoração das funções desenvolvidas. Neste processo, em relação ao trabalho doméstico, as mulheres

60 NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v.18, n.1, 2006, p.50. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822006000100007&lng=en&nrm=i so. Acesso em: 12 out. 2017.

61 PINSKY, Carla Bassanezi. Estudos de Gênero e História Social. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v.17, n.1, jan./abr. 2009, p.163.

62 CARLOTO, Cássia Maria. *O conceito de Gênero e sua importância para a análise das relações sociais*. Universidade de Londrina (UEL). Londrina. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm. Acesso em: 6 fev. 2017.

63 BARBOSA, Luciana Cândido; SOARES, Maria de Lourdes. Trabalho doméstico, Trabalho Desvalorizado. *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. 2012, p.3. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/IIti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/284/126>.

64 BRASIL. *Gênero e Autonomia Econômica para as Mulheres*. Caderno de Formação. Brasília: SPM – Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, MMIRDH, 2016, p.11. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/caderno_genero_autonomia.pdf.

65 BARBOSA, Luciana Cândido; SOARES, Maria de Lourdes. Trabalho doméstico, Trabalho Desvalorizado. *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. 2012, p.2. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/IIti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/284/126>.

não se reconhecem como trabalhadoras quando não estão no mercado de trabalho formal, as tarefas executadas por elas não são consideradas como trabalho, porque não são remuneradas, são realizadas como parte das *obrigações femininas* exigidas pela sociedade. Para Luciana C. Cardoso Barbosa e Maria de L. Soares “O que poderia tornar-se uma divisão compartilhada e equitativa de tarefas torna-se fonte de exploração dos homens sobre as mulheres”⁶⁶ e no campo do trabalho domiciliar promovem a concepção de que esse tipo de trabalho não é trabalho (para fins de contabilização do capital). O autor clássico Friedrich Engels sintetiza a forma pela qual o trabalho feito no *lar* é desacreditado e desvalorizado dentro da estrutura do sistema capitalista.

O governo do lar se transformou em serviço privado, a mulher converteu-se em primeira criada, sem mais tomar parte da produção social. Só a grande indústria dos nossos dias lhe abriu de novo - embora apenas para proletária o caminho da produção social [...] de maneira tal que, se a mulher cumpre os seus deveres no serviço privado da família, fica excluída do trabalho social e nada pode ganhar, e se quer tomar parte da indústria social e ganhar sua vida de maneira independente, lhe é impossível cumprir com as obrigações domésticas. [...] a família individual moderna baseia-se na escravidão doméstica, franca ou dissimulada, da mulher, e a sociedade moderna é uma massa cujas moléculas são as famílias individuais.⁶⁷

A divisão sexual do trabalho é muito anterior ao capitalismo, onde em algumas sociedades tribais, por exemplo, as mulheres eram responsáveis pela coleta de alimentos e os homens pela caça, sendo algumas atividades compartilhadas entre eles.⁶⁸ As assimetrias de poder entre homens e mulheres não se restringem ao campo de trabalho, no entanto, para Luciana C. Barbosa e Maria de Lourdes “foram reforçadas nesse sistema, garantindo maior poder à função desempenhada no espaço público, em detrimento do trabalho realizado no espaço privado”, o que por sua vez desclassificava e inferiorizava o trabalho feminino. Acerca da projeção de oportunidade laborais e direcionamento ideológico patriarcal a partir do gênero, Ricardo Antunes entende que

As relações entre gênero e classe nos permitem constatar que, no universo do mundo produtivo e reprodutivo, vivenciamos também a efetivação de uma construção social sexuada, onde os homens que trabalham são, desde a infância e a escola, diferentemente qualificados e capacitados para o ingresso no mundo do trabalho, E o capitalismo temo sabido apropriar-se desigualmente dessa divisão sexual do trabalho.⁶⁹

Um ponto importante sobre a divisão sexual do trabalho na esfera pública é que o critério é estabelecido pela escolha da atividade a partir do gênero, portanto as mesmas atividades são classificadas conforme o valor, a hierarquia e o retorno social e financeiro. Para Silvana M. de M. dos Santos e Leidiane Oliveira “são consideradas mais válidas socialmente para as atividades “públicas” dos homens e menos válidas pelas mulheres”, o que por sua

66 BARBOSA, Luciana Cândido; SOARES, Maria de Lourdes. Trabalho doméstico, Trabalho Desvalorizado. *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. 2012, p.4. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/284/126>.

67 ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. São Paulo: Centauro, 2002, p.75.

68 SOUZA, Terezinha Martins dos Santos. Patriarcado e capitalismo: uma relação simbiótica. *Temporalis, [S.l.]*. v.15, n.30, p.475-494, jan. 2016, p.475. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/10969/8406>. Acesso em: 11 fev. 2017.

69 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999, p.109.

vez apresenta aspectos de separação e hierarquia⁷⁰. Esta ideia está relacionada ao processo de desenvolvimento urbano e industrial adotado pelo sistema capitalista, cuja organização do trabalho foi pensada a fim de atender aos interesses econômicos da burguesia do sistema patriarcal que posiciona os homens no campo da produção econômica e as mulheres no campo da reprodução social.⁷¹

Inicia-se uma disputa por ocupação de espaços de poder, que se antes eram reconhecidos como *naturalmente* masculinos, agora eram alvo de disputa por mulheres que não se restringiriam ao espaço privado⁷². Para Luciana C. Barbosa e Maria de L. Soares “as mulheres saíram para o trabalho no mundo público, contudo, os homens não fizeram o caminho inverso, não se detiveram no mundo privado.” A opção para as trabalhadoras foi a dupla jornada, porque não houve um movimento de compartilhamento dos afazeres domésticos por parte dos membros da família.

No entender de Mariarosa D. Costa isso resulta na tentativa de definir e analisar o papel feminino, como tem sido estimulado ao longo dos anos, enquanto instrumento da lógica da divisão capitalista do trabalho. Deste modo, o sistema patriarcal ligado ao sistema capitalista estabelece o trabalho de “homens escravos assalariados” e impõe os serviços domésticos para as mulheres, “ao mesmo tempo que consegue regular o fluxo de mulheres que entram no mercado”⁷³.

Para as autoras Luciana C. Barbosa e Maria de L. Soares as pesquisas de movimentos feministas apontaram para a insuficiência em relação ao trabalho como categoria adotada pelo sistema capitalista para identificar o trabalho doméstico feminino, o que por sua vez, levam os mesmos a proclamarem a necessária discussão acerca do reconhecimento e da contabilização do trabalho pelo capitalismo⁷⁴. A divisão sexual e a exploração do trabalho são as molas mestres da estruturação do sistema capitalista na medida em que desconsidera ou minimiza o trabalho desenvolvido pelas mulheres. Nas palavras de Pandeli M. Glavanis é “o trabalho barato das mulheres que permite a expansão da economia”⁷⁵.

Para Silvana M. de M. dos Santos e Leidiane Oliveira o sistema patriarcal sublima as oportunidades e descaracteriza o trabalho exercido por mulheres. A história da mulher é a história da opressão e em momentos de crise como o gerado pela COVID-19 isso se acentua. A intensificação da exploração dos trabalhadores aliado ao aumento da desigualdade social aprofunda a situação da dominação-exploração da mulher.⁷⁶

As mulheres são grande parte das trabalhadoras na economia informal e/ou nos trabalhos domésticos. A redefinição da atividade econômica afetada pela restrição de circulação e

70 SANTOS, Silvana Mara de M. dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdades nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katál*. Florianópolis, v.13, n.1, jan./jun. 2010, p.13.

71 BARBOSA, Luciana Cândido; SOARES, Maria de Lourdes. Trabalho doméstico, Trabalho Desvalorizado. *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. 2012, p.2. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/Iiti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/284/126>.

72 BRASIL. Gênero e Autonomia Econômica para as Mulheres. Caderno de Formação. Brasília: SPM – Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, MMIRDH, 2016, p.10. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/caderno_genero_autonomia.pdf.

73 COSTA, Mariarosa Dalla. *Las mujeres y la subversión de la comunidad*. 1971, p.13. Disponível em: <https://patagonialibertaria.files.wordpress.com/2015/01/las-mujeres-y-la-subversion-de-la-comunidad-1971.pdf>.

74 BARBOSA, Luciana Cândido; SOARES, Maria de Lourdes. Trabalho doméstico, Trabalho Desvalorizado. *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. 2012, p.2. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/Iiti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/284/126>.

75 GLAVANIS, Pandeli Michel. Ajuste Estrutural: A “privatização” do Desenvolvimento. In: ARAGÃO, Paulo O. Rocha de; GLAVANIS, Pandeli Michel (Orgs.). *Globalização e Ajuste Estrutural: Impactos Sócio-Econômicos*. João Pessoa: Editora Universitária, UFPB, 2002, p.36.

76 SANTOS, Silvana Mara de M. dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdades nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katál*. Florianópolis, v.13, n.1, jan./jun. 2010, p.14.

redução de contato social impacta de modo direto nestas trabalhadoras que, do dia para noite, ficaram sem possibilidade de sustento próprio e de suas famílias. Neste sentido, há a iniciativa de alocação e renda por parte do governo federal que, em que pese meritória, não abrange todos os setores femininos vulnerados como, por exemplo, as profissionais do sexo. Além disto, a interrupção das atividades acadêmicas e escolares e dos serviços domésticos subcontratados, desde logo, sobrecarrega as mulheres que são obrigadas a, muitas vezes, harmonizar os esforços do trabalho remoto com os cuidados dos filhos e da casa, que, em muitos casos, seguem como prerrogativas exclusiva sua.

A redução das jornadas de trabalho (meio expediente), a obtenção de baixos salários, execução de trabalhos que exigem menos habilidades são todas consequências da habilidade do mercado em lucrar a partir da desvalorização do labor feminino⁷⁷. A partir do momento em que a realidade social é baseada em uma lógica machista e patriarcal, de forma independente, um homem mesmo acreditando que não tem atitudes machistas, vai ser beneficiado em virtude do próprio sistema patriarcal. Por isso, em lógica análoga àquela relevantíssima da luta racial, não basta não ser machista, é necessário ser *anti machista!*

4 ECONOMIA DOS CUIDADOS E VULNERABILIDADE EM TEMPOS DE PANDEMÔNIO FEMININO

O novo normal inflama velhos preconceitos. A crise provocada pelo coronavírus apenas aprofunda as discriminações que a dinâmica social já evidenciava. A pandemia da COVID-19 potencializa o peso diferenciado da carga que recai sobre os ombros daquelas e daqueles já vulnerados pela desigualdade. A pandemia, assim, não apenas aguçou vulnerabilidades como também ampliou exclusões no cenário das desigualdades, lançando ainda mais luzes para o abismo existente entre os (hiper)vulneráveis e ausência de políticas públicas adequadas.

É na proteção dos mais vulneráveis que reside o *ethos* dos direitos humanos. Vulnerabilidade chama por alteridade e igualdade que por sua vez estão no centro das preocupações dos direitos humanos. As privações que a pobreza causa no acesso aos demais direitos se traduzem em um dos recortes do cenário das hipervulnerabilidades. Em 2012, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou e publicou em 27 de setembro, pela Resolução 21/11, os Princípios Reitores sobre Pobreza Extrema e Direitos Humanos (PREPDH). Os seus princípios partem que a pobreza é um problema de direitos humanos:

4. As pessoas que vivem na pobreza encontram enormes obstáculos, de natureza física, econômica, cultural e social, para exercerem os seus direitos. Como consequência, sofrem muitas privações que se relacionam entre si e se reforçam mutuamente, — como as condições perigosas de trabalho, a insalubridade da moradia, a falta de alimentos nutritivos, o acesso desigual à justiça, a falta de poder político e o acesso limitado à atenção de saúde—, que os impedem de tornar realidade os seus direitos e perpetuam sua pobreza. As pessoas submetidas à pobreza extrema vivem em um círculo vicioso de impotência, estigmatização, discriminação, exclusão e privação material que se alimentam mutuamente.

Isto se agrava com outros recortes que muitas vezes se somam à questão da renda, gerando fenômenos de discriminações sobrepostas como a racialização ou generificação da pobreza. No dizer da Relatora Especial sobre Pobreza Extrema e Direitos Humanos:

77 GLAVANIS, Pandeli Michel. Ajuste Estrutural: A "privatização" do Desenvolvimento. In: ARAGÃO, Paulo O. Rocha de; GLAVANIS, Pandeli Michel (Orgs.). *Globalização e Ajuste Estrutural: Impactos Sócio-Econômicos*. João Pessoa: Editora Universitária, UFPB, 2002, p.35.

Isto é, o fato de que, geralmente, as pessoas que se encontram em condições de pobreza coincidentemente possam pertencer a outros setores vulneráveis (mulheres, crianças, pessoas com deficiência, indígenas, afrodescendentes, idosos, etc.), não exclui a possibilidade de que as pessoas em situação de pobreza não se vinculem a outra categoria.

Isto se agudiza quando o componente de gênero é somado. A crise da COVID-19 potencializa o peso diferenciado da carga que recai sobre os ombros femininos. A divisão sexual do trabalho faz com que os efeitos da interrupção das atividades escolares e dos serviços domésticos prestados por terceiros escancarem ainda mais a discriminação. Muitas mulheres tentam harmonizar os esforços do trabalho remoto com os cuidados das filhas e filhos e da casa. Ainda que seja sobrecarregado, não podemos esquecer que esta é a realidade privilegiada daquelas que tem uma casa estruturada, acesso à internet de qualidade, ausência de restrições socioeconômicas no acesso à bens para suprir as necessidades e, em alguns casos como eu, companheiras e companheiros que compartilham tais afazeres. Tais prerrogativas atenuam, mas não mudam o impacto desproporcional de que, na realidade da pandemia, as múltiplas jornadas e cargas mentais aumentadas ainda sejam femininas.

Além disto, as mulheres possuem o papel predominante como cuidadoras tanto dentro das famílias como na assistência médica de primeira linha: em que pese a COVID-19 parecer matar mais os homens que mulheres (dados do Instituto Superior Sanitário Italiano), sem dúvida as mulheres engrossam as trincheiras da primeira linha de atendimento à pandemia. De acordo com dados da OMS, são elas 70% dos trabalhadores lidando diretamente contra a pandemia nos hospitais, com os doentes e mesmo com os mortos. Para o Centro de Feminista de Estudos e Assessoria “as mulheres querem mais do que o enfrentamento da pobreza pelas políticas de transferência de renda. As mulheres querem romper com o legado histórico da dominação, que tem a dependência econômica como elemento fundamental para a sua manutenção”.⁷⁸

Nesse contexto é importante falar a partir de uma das principais questões que envolvem a realidade do trabalho exercido em sua esmagadora maioria por mulheres – a Economia do cuidado. De acordo com Graciela Rodriguez e Tatiana Oliveira é impossível “imaginar que uma economia possa se desenvolver independente das pessoas. O simples fato de que a relação entre economia e vida possa ser apresentada publicamente como um dilema dá o tom do desafio diante de nós”⁷⁹. De acordo com a organização de mídia Gênero e Número, em parceria com a SOF Sempre Viva Organização Feminista, “metade das brasileiras passou a cuidar de alguém durante esse período, e 41% das mulheres com emprego afirmam estar trabalhando mais do que antes”⁸⁰. Além disso, o estudo indica que a realidade não é a mesma para todas. Nos ambientes rurais, 62% das respondentes afirmaram que passaram a exercer tarefas de cuidado. Segundo dados divulgados em 2019 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), mulheres dedicam em média 18,5 horas semanais aos afazeres domésticos e cuidados de pessoas, na comparação com 10,3 horas semanais gastas nessas atividades pelos homens⁸¹.

78 Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/index.php/colecao-femea-e-publicacoes/colecao-femea/388-numero-170-julhoagostosestembro-de-2011/3625-o-papel-do-estado-na-economia-do-cuidado>.

79 RODRIGUEZ, Graciela; OLIVEIRA, Tatiana. Para superar a Pandemia, uma economia do cuidado. *Outras Palavras*. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://outraspalavras.net/pos-capitalismo/para-superar-a-pandemia-uma-economia-do-cuidado/>. Acesso em: 12 out. 2020.

80 Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/metade-das-mulheres-passou-cuidar-de-alguem-na-pandemia-revelapesquisa#:~:text=Metade%20das%20brasileiras%20passou%20a, trabalhando%20mais%20do%20que%20antes.&text=0s%20dados%20mostram%20que%20as,rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20cuidado%20do%20outro>. Acesso em: 11 out. 2011.

81 Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/03/24/Quais-os-impactos-da-pandemia-sobre-as-mulheres#:~:text=Sobrecarga%20em%20casa,gastas%20nessas%20atividades%20pelos%20homens>. Acesso em: 11 out. 2011.

Tais dados são sintomáticos de como o patriarcado e o capitalismo alimentam a chamada *divisão sexual do trabalho* que é uma das formas de se perceberem relações de dominação em razão de gênero, sendo ela mesma fonte de violência às mulheres. Com base nela, há funções tidas como femininas, especialmente relacionadas a afazeres domésticos (por vezes sequer percebidos socialmente como trabalho), e a profissões voltadas ao cuidado com o outro (num desdobramento das funções supostamente naturais de esposa, mãe e dona de casa). É preciso se perguntar: Quem paga a conta pela economia do cuidado exercida por mulheres?

Dentro desta ótica que inferioriza a mulher, cabe a ela servir, devendo à família e filhos ou aos outros. Há dois efeitos nefastos disto que se retroalimentam e são indissociáveis: um público: mesmo tendo ingressado o mercado de trabalho, sendo mais qualificadas, as mulheres continuam a receber menos pelo mesmo trabalho nas mesmas funções; outro privado: ingresso no mercado de trabalho não implicou distribuição equânime dos afazeres domésticos; as mulheres se dedicam mais aos trabalhos domésticos do que os homens e, por vezes, exercem dupla ou tripla jornada de trabalho.

É importante destacar que as assimetrias de poder encontradas nos diversos contextos em que as mulheres vivem tem consequências diversas para cada uma delas o que invariavelmente afetam os possíveis impactos do isolamento social para as mesmas. É preciso identificar as diferenças e similaridades dos diversos movimentos protagonizados por mulheres para que haja a construção de pontes onde o alcance, o impacto e o poder político de suas demandas sejam amplificados. A união pela luta conjunta é uma das melhores ferramentas que os integrantes podem/devem promover.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A premissa da qual esta reflexão partiu é do aguçamento da discriminação feminina no atual momento de crise que não é apenas sanitária. A pandemia converteu-se em grande medida em um pandemônio para as mulheres e uma das causas, eleita para o enfoque deste trabalho, é a divisão sexual do trabalho e a desigualdade econômico-social baseada no gênero.

Para tanto, resgatou-se o conceito de patriarcado e sua relação simbiótica com o capitalismo para demonstrar que isto não começou e nem acaba com a COVID-19. Ainda que muitas pessoas apenas tenham despertado para o tema neste contexto, há um suporte estrutural e institucional para sua perpetuação, é nesta medida que os dois primeiros capítulos trabalham com o patriarcado e sua relação com o modo capitalista de produção.

O sistema patriarcal serviu como fundamento e paradigma a ser introjetado no corpo social. Dicotomizar, reduzir, subjugar. Por meio da aliança entre sistema capitalista e patriarcado, a mulher tem pouco espaço no processo decisório, tornando-se instrumento de controle pelo sistema. A revolução Industrial e o desenvolvimento que viera a ser construído foi produto da construção política, social (patriarcalismo), religiosa, científica (epistemologia⁸²), tecnológica (as novas tecnologias) e econômica (apropriação do sistema capitalista do instrumental patriarcal).

A pandemia materializou no âmbito do corpo individual as obsessões que dominam a gestão política da vida e da morte das populações em período determinado. A partir da reflexão

82 Para Renata Raupp Gomes “[...] ao lado da Igreja e de um Estado patriarcal, a ciência, epistemologicamente masculina, ajuda a legitimar a condição de subalteridade feminina, segunda a ideologia de um determinismo biológico”. (GOMES, Renata Raupp. Os “Novos” Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Os “novos” direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas – Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.74).

de Paul B. Preciado é possível inferir, numa visão foucaultiana, que uma epidemia radicaliza e desloca as técnicas de dominação biopolítica que se aplicam em território nacional ao nível da anatomia política, inscrevendo em um corpo individual. Além disto, uma epidemia permite estender à população as medidas de “imunização” política que haviam sido aplicadas até agora de maneira violenta frente aqueles que haviam sido considerados “estrangeiros” tanto dentro como nos limites do território nacional⁸³.

A sociedade não deve retrair se não que lute pela via dos direitos pela transformação social. É necessário haver uma sintonia entre a democratização do ente estatal, a regulação constitucional e o reconhecimento das contribuições dos movimentos sociais. O sistema como um todo deve se estabelecer por meio de uma rede pautada num pluriverso jurídico e não mais num universo.

A função da vulnerabilidade no Direito é justamente de abrir portas ao reconhecimento das assimetrias de poder entre oprimidos e opressores. A soberania do Estado precisa ser transformada a fim de permitir a abertura de um diálogo transformador a fim de permitir uma maior participação popular nas decisões que atingem a todos. Mais do que meramente uma questão técnica, situada no campo semântico, o conceito de vulnerabilidade no Direito busca trazer elementos de reflexão teórica que possam estruturar o raciocínio jurídico adequado a lidar com as intempéries da relação entre os poderosos e os desfavorecidos. O tecido social necessita da criação de anticorpos aptos a combater o preconceito, o ódio, a discriminação e a xenofobia por meio de conceitos que estimulem o reconhecimento da desigualdade de poder, voz e capacidade de grupos de indivíduos que em razão das suas próprias existências são vulneráveis em relação ao restante da sociedade.

O privilégio, o poder e a capacidade dos mais poderosos deve ser precisamente combatido, na medida em que legitima pela diferença, e corrói pela vulnerabilidade dos mais fracos. O medo, a insegurança e a falta de instrumentos adequados ao acesso a direitos básico impõem a avaliação de como é possível criar condições ao empoderamento de indivíduos, especialmente de mulheres. A desconsideração da raça nos discursos de enfrentamento a crise provocada pela COVID-19, por exemplo, é altamente problemática no sentido em que desconsidera as assimetrias de poder e a somatização de vulnerabilidades (mulher; mulher-negra; mulher-negra-pobre; mulher-negra-pobre-latina e etc.) entre homens e mulheres em razão dos particulares contextos e em que vivem.

A coragem é contagiosa. E foi a coragem do movimento feminista que abriu espaço para as discussões críticas vertidas neste artigo. O gênero molda todos os espaços, razão pela qual é imprescindível adotar uma lente de gênero para olhar a realidade.

Não se pode normalizar o autoritarismo e as mentiras que seguem à misoginia e ao racismo que infelizmente impera na degradação democrática em marcha na contemporaneidade. Nossa tarefa com o presente artigo é justamente desnormalizar – quebrar o silêncio foi imposto nos espaços de poder que definem a constituição para construir uma outra história⁸⁴ que inclua e faça justiça às mulheres.

83 PRECIADO, Paul B. *Aprendendo com o vírus*. Tradução de Gustavo Teramatsu e Wagner Nabarro. AGB- Campinas. 2020. Disponível em: <http://agbcampinas.com.br/site/2020/paul-b-preciano-aprendendo-com-o-virus/>

84 SOLNIT, Rebecca. *De quem é essa história?* São Paulo: Cia das Letras, 2020.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Neuma. Patriarcado, sociedade e patrimonialismo. *Revista Sociedade e Estado*. Brasília: Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. v. 15, n. 2. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102699220000002000006&lng=en&nrm=iso. ALEMANY, Carne. Violências. In: HIRATA, H. et al. (Orgs). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009.
- ANGELIN, Rosângela. Mulheres, ecofeminismo e desenvolvimento sustentável diante das perspectivas de redistribuição e reconhecimento de gênero. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. , v.9, n.3. 2014.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- ÁVILA, Maria Betânia; FERREIRA, Verônica. Trabalho produtivo e reprodutivo no cotidiano das mulheres brasileira. In: ÁVILA, Maria Betânia; FERREIRA, Verônica. (Orgs.). *Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres*. SOS CORPO Instituto Feminista para a Democracia. Instituto Patrícia Galvão. Recife: SOS CORPO, 2014.
- BARBOSA, Luciana Cândido; SOARES, Maria de Lourdes. Trabalho doméstico, Trabalho Desvalorizado. *Anais do 17º Encontro Nacional da Rede Feminista e Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre a Mulher e Relações de Gênero*. 2012. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/284/126>.
- BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo, volume 2*. 2ª edição São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.
- BRAIDOTTI, Rosi et al. *Mulher, ambiente e desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Instituto Piaget, 1994.
- BRASIL. Gênero e Autonomia Econômica para as Mulheres. Caderno de Formação. Brasília: SPM – Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, MMIRDH, 2016. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/caderno_genero_autonomia.pdf.
- BUTLER, Judith. Regulações de Gênero. *Cadernos Pagu* (42), janeiro-junho de 2014.
- CARLOTO, Cássia Maria. *O conceito de Gênero e sua importância para a análise das relações sociais*. Universidade de Londrina (UEL). Londrina. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm. Acesso em: 6 fev. 2017.
- CARLOTO, Cássia Maria. *O conceito de Gênero e sua importância para a análise das relações sociais*. Universidade de Londrina (UEL). Londrina. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm. Acesso em: 11 out. 2020.
- CASTRO, Roberto P.; BRONFMAN, Mario P. Teoría Feminista y Sociología Médica: Bases para una Discusión. *Caderno Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v.9, n.3, jul./set., 1993.
- COSTA, Mariarosa Dalla. *Las mujeres y la subversión de la comunidad*. 1971. Disponível em: <https://patagonialibertaria.files.wordpress.com/2015/01/las-mujeres-y-la-subversion-de-la-comunidad-1971.pdf>.
- DUARTE, Vanessa; CHRISTIANO, Ana Priscilla. A história da sexualidade. *Anais da Semana de Educação da Universidade Estadual de Londrina*. Londrina: UEL, 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/semanadaeducacao/pages/arquivos/anais/2012/anais/ensinofundamental/ahistoriadasesexualidade.pdf>.
- ENGELS, F. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Centauro, 2002.
- ERICKSON, Victoria Lee. *Onde o silêncio fala*. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Paulinas, 1996.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. 6. ed. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1226/foucault_historiadalsexualidade.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

GLAVANIS, Pandeli Michel. Ajuste Estrutural: A “privatização” do Desenvolvimento. In: ARAGÃO, Paulo O. Rocha de; GLAVANIS, Pandeli Michel (Orgs.). *Globalização e Ajuste Estrutural: Impactos Sócio-Econômicos*. João Pessoa: Editora Universitária, UFPB, 2002.

GOMES, Renata Raupp. Os “Novos” Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas – Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

JUBILUT, Liliana Lyra et al. *Direitos Humanos e COVID-19 – Impactos em Direitos e para Grupos Vulneráveis*. Santos: Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades” da Universidade Católica de Santos, 2020.

LOBO, Elisabeth. O trabalho como linguagem: o Gênero do Trabalho. In: COSTA, Albertina; BRUSCHINI, Cristina (Orgs.). *Uma questão de gênero*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas e Editora Rosa dos Tempos, 1992.

LOBO, Montserrat Blanco. ¿Y las relaciones de género? *Inter.c.a.mbio*. Universidad de Costa Rica, ano 3, n.4, 2006.

MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: Sociedade Brasileira de Sociologia (Ed.). *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo, 52ª Reunião Brasileiro para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf.

MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? In: *Simpósio Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo. 52ª Reunião Brasileiro para o Progresso da Ciência*. Brasília: SBP, 2000. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf.

MERCHANT, Carolyn. *The Scientific Revolution and The Death of Nature*. Berkeley: Focus-Isis, 2006. Disponível em: <http://nature.berkeley.edu/departments/espm/env-hist/articles/84.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=G0xxCwAAQBAJ&pg=PT6&lpg=PT6&dq=A+teoria+pol%C3%ADtica+feminista+%C3%A9+uma+corrente+profundamente+plural+e+diversificada,+que+investiga+a+organiza%C3%A7%C3%A3o+social+tendo+como+ponto+de+partida+as+desigualdades+de+g%C3%AAnero&source=bl&ots=ttHFoTrxNN&sig=hdF1xehE4o-QbSsbRI6rt1lr09d4&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwjdpvUnvDRAhUBhJAKHasyAp4Q6AEIH-DAA#v=onepage&q=A%20teoria%20pol%C3%ADtica%20feminista%20%C3%A9%20uma%20corrente%20profundamente%20plural%20e%20diversificada%20que%20investiga%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20social%20tendo%20como%20ponto%20de%20partida%20as%20desigualdades%20de%20g%C3%AAnero&f=false>.

MORGANTE, Mirela Marin; NADER, Maria Beatriz. O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. In: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio – saberes e práticas científicas*. Rio de Janeiro. 2014. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Acesso em: 22 jan. 2017.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. *Psicol. Soc.* Porto Alegre, v. 18, n. 1, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822006000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 jan. 2017.

- NUNES, César Aparecido. *Desvendando a Sexualidade*. 5.ed. Campinas: Papyrus, 1987.
- NUSSBAUM, Martha C.. *Fronteiras da Justiça – Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Anna P. G.; CAVALCANTI, Vanessa R. S.. Violência Doméstica na Perspectiva de gênero e Políticas Públicas. *Revista Bras Crescimento e Desenvolvimento Humano*, 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v17n1/04.pdf>.
- PATEMAN, Caroline. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- PINHEIRO, Leonardo J. Cavalcanti. O Patriarcado presente na Contemporaneidade: Contextos de Violência. *Revista Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder*. Florianópolis: UFSC, 2008. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST66/Leonardo_Jose_Cavalcanti_Pinheiro_66.pdf.
- PINSKY, Carla Bassanezi. Estudos de Gênero e História Social. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v.17, n.1, jan./abr., 2009.
- RODRIGUEZ, Graciela; OLIVEIRA, Tatiana. Para superar a Pandemia, uma economia do cuidado. *OutrasPalavras*. São Paulo. 2020. Disponível em: <https://outraspalavras.net/pos-capitalismo/para-superar-a-pandemia-uma-economia-do-cuidado/>. Acesso em: 12 out. 2020.
- ROMANELLI, Geraldo. Autoridade e poder na família. In: CARVALHO, M. C. B. (Org). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Educ, Cortez, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da educação*. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.
- SAFFIOTI, Iara Bongiovani Heleieth. Diferença ou indiferença: gênero, raça/etnia, classe social. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia da (Org.). *Políticas públicas e igualdade de gênero*. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.
- SANTOS, Silvana Mara de M. dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdades nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. *Revista Katál*. Florianópolis, v.13, n.1, jan./jun. 2010.
- SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação & Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez., 1995.
- SOLNIT, Rebecca. *De quem é essa história?* São Paulo: Cia das Letras, 2020.
- SOUZA, Terezinha Martins dos Santos. Patriarcado e capitalismo: uma relação simbiótica. *Temporalis*, [S.l.], v.15, n.30, jan. 2016. ISSN 2238-1856. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/10969/8406>. Acesso em: 11 fev. 2017.
- WEBER, MAX. *Economia y Sociedad - Esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarría; Juan Roura Farella, Eugénio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica. 1964. Disponível em: <https://zoonpolitikonmx.files.wordpress.com/2014/08/max-weber-economia-y-sociedad.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.
- WEBER, Max. *Sociology of religion*. Boston: Beacon Press. 1964.
- WEBER, Max. *The theory os social and economic organization*. Organizada por T. Parsons. Glencoe-III: The Free Press e The Falcon Wing Press. 1947.
- XAVIER, Laecio Noronha; IRINEU, Roxane de Alencar. Diferenças de gênero e Igualdade de direitos: poder nas relações produtivas, divisão sexual do trabalho e reconstrução de identidades sociais. *Anais do XXIV CONPEDI/UFMG/FUMEC/DomHelder Câmara*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/11208znb/A8l3xUxFTDBueDXh.pdf>.

ESTADOS EXCEPCIONAIS CONSTITUCIONAIS E PANDEMIA: A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DOS REGIMES DO ESTADO DE SÍTIO E DO ESTADO DE DEFESA¹

Alexandre Walmott Borges

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Biocombustíveis da Universidade Federal de Uberlândia e da Universidade Federal dos Vales do Mucuri e Jequitinhonha. Professor visitante da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC). E-mail: walmott@gmail.com

Pedro Ferreira

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Goiátuba (UniCerrado). Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC). E-mail: pedrof.prof@gmail.com

Clayton Korb Jarczewski Júnior

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio, São Paulo. Especialista em Direito Tributário Aplicado pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC). E-mail: claytonkorb@gmail.com

Sumário: 1 Introdução; 2 Uma revisão sobre os estados excepcionais; 3 A classificação dos estados excepcionais com o auxílio da teoria do direito; 4 A consideração sobre os estados excepcionais na constituição de 1988; 5 O funcionamento institucional e a produção normativa durante a pandemia; 6 A discussão sobre a aplicabilidade; Há vantagens do ponto de vista dos direitos na adoção dos estados excepcionais previstos na constituição?; 7 Considerações finais; Referências.

¹ A redação do artigo contou com recursos fundeados pela FAPEMIG.

1 INTRODUÇÃO

O texto apresentará às/aos leitoras/es a discussão crítica, no âmbito da teoria e da dogmática do direito constitucional, sobre a possibilidade de aplicação dos Estados Excepcionais previstos na Constituição brasileira – reunidos no Título V, seções I e II, artigos 136 a 141 do texto constitucional. A discussão crítica será encartada dentro da peculiar temporalidade da pandemia da covid-19 que aflige as populações mundiais. No caso, centralizando a análise empírica nas medidas normativas adotadas pelo sistema brasileiro (ordenamento brasileiro) e o desenvolvimento do postulado de que os estados excepcionais poderão ser, potencialmente, instrumentos de realização de políticas e ações estatais em casos de crises, como a da covid-19. O desenvolvimento do postulado acrescentará, ao final, hipóteses de aplicação dos estados excepcionais em tempos de crise de pandemia. Haverá a desenho de algumas hipóteses para o desenvolvimento futuro. O trabalho foi elaborado com roteiro metodológico que: fez revisão teórico-bibliográfica da literatura sobre os estados excepcionais e sobre os estados de exceção; fez abordagem empírica sobre as normas positivas dos estados excepcionais constitucionais, e sobre a produção normativa e do tribunal constitucional durante o período da pandemia; encerrou com considerações sobre vantagens/desvantagens da adoção desses estados; ao final, ilustração de hipóteses de aplicação. A trajetória partiu da indução geral (sistema geral dos estados excepcionais e de exceção) aos desdobramentos potenciais da adoção dos estados excepcionais no caso da pandemia. Houve a utilização de material bibliográfico e documental (legislação e decisões judiciais).

2 UMA REVISÃO SOBRE OS ESTADOS EXCEPCIONAIS

Os estados de defesa e de sítio, apresentados nesta ordem pelo grau de restrições de direitos e de amplitude de sua aplicação, estão previstos no Título V, seções I e II, artigos 136 a 141 do texto constitucional. O estado de defesa apresenta a limitação espacial de somente ser aplicado em determinados locais, exclusive o território nacional todo. Ao contrário, o estado de sítio prevê a possibilidade de aplicação em todo o território nacional. O estado de defesa apresenta algumas poucas possibilidades de restrições/suspensões de direitos enquanto o estado de sítio permite uma mais ampla discricção sobre as restrições/suspensões, e mesmo nas hipóteses que taxativamente explicita as restrições/suspensões, estas são mais abrangentes do que no estado de defesa.

2.1 A dogmática constitucional apresenta os argumentos de que o Título V da Constituição brasileira regula e disciplina as situações de anormalidade constitucional que possibilitam a decretação de estados excepcionais. Numa síntese sobre o tema, Gabriel Marques destaca os seguintes aspectos sobre esses estados excepcionais²:

2.1.1 Integram o chamado sistema constitucional das crises, com a previsão de medidas rigorosas (entenda-se o rigor como restrição aos direitos fundamentais);

2.1.2 Configuram casos de legalidade extraordinária com a já mencionada suspensão temporária de direitos fundamentais;

2.1.3 São estados excepcionais, taxativos e temporários; a decretação ocorre em situações muito delimitadas e específicas; as hipóteses de aplicação/decretação estão descritas de maneira fechada na constituição; as medidas têm caráter temporal limitado;

2 CRUZ, G. D. M. D. Calamidade pública, Estado de Defesa e Estado de sítio: características, distinções e limites em tempos de pandemia. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p.105-120.

2.1.4 Os estados de defesa e de sítio apresentam diferenças qualitativas e quantitativas, no procedimento de decretação, na abrangência das medidas, e no prazo executório.

2.2 Assim Alfredo Canellas Guilherme da Silva define:

O Brasil não foge a regra pois incorporou ao seu sistema jurídico diversos dispositivos caracterizadores de uma ordem legal excepcional que estabelece a possibilidade de emprego do Estado de Sítio e do Estado de Defesa através da edição de decreto do Poder Executivo Federal cujo conteúdo levará a redução da eficácia de normas constitucionais que tanto declaram direitos quanto asseguram garantias individuais. Por esta razão ao ser ampliada a eficácia das normas de “legalidade excepcional”, ter-se-á o incremento do Poder da Administração Pública, especialmente do chamado “Poder de Polícia” e, conseqüentemente, a redução da eficácia dos direitos e suas garantias. Por outro lado, não se deve olvidar que em qualquer hipótese a atuação do Poder Público é limitada. Assim, o estabelecimento dos limites da atuação estatal se apresenta como ponto relevante a ser observado. Tem-se como certa a existência de um raio mínimo e irredutível dos direitos invioláveis do indivíduo por ocasião da decretação de medidas de salvaguarda em um Estado Democrático e de Direito como o nosso.³

2.3 A mesma consideração em José Afonso da Silva para quem os estados, de defesa e de sítio, configuram estados de exceção dentro da ordem constitucional. O autor faz o elenco de condições e pressupostos para a decretação além de, em interpretação histórica, demonstrar que houve algo de ripristinação dos conteúdos da constituição anterior, de 1967, na constituição vigente.⁴

2.4 Também há as discussões de G. Agamben sobre o estado de exceção. As linhas do autor mostram uma materialidade, uma dinâmica de força à margem da formalização constitucional, configurando um estado de exceção permanente, a despeito da existência e validade de ordens constitucionais de direito.⁵ Nesta linha:⁶

3 SILVA, A. C. G. D. Direito de crise na CF de 1988 estado de defesa e estado de sítio. *Academia*, 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/6032770/DIREITO_DE_CRISE_NA_CF_DE_1988_ESTADO_DE_DEFESA_E_ESTADO_DE_SITIO_Alfredo_Canellas_Guilherme_da_Silva. Acesso em: out. 2020.

4 SILVA, J. A. D. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

5 AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

6 Agamben apresenta fundamentos teóricos hauridos de Carl Schmitt: ‘O estado de exceção compreendido por Carl Schmitt, jurista e filósofo alemão do começo do século XX, revela a formação de uma indagação fundamental: como agir na prevalência de um estado excepcional? A questão expande-se sob o círculo da indefinição ainda marcante da própria situação da excepcionalidade. [...] Defronte à complexa questão existente, Schmitt empreende a noção de um binômio conceitual importante: soberania e decisão. Tratam-se de idéias empregadas sob o mesmo aspecto funcional, vinculadas à necessidade de legitimar aquele responsável por conduzir o Estado durante a vigência do estado excepcional. O entendimento de Carl Schmitt ao afirmar que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” revela a profunda conexão existente entre os termos.2 O jurista entende que diante do quadro de excepcionalidade, na não-vigência da ordem constitucional, caberia apenas ao soberano, agente receptor da totalidade de interesses comuns ao Estado, transcender aos próprios limites constitucionais e proporcionar a continuidade da integridade estatal. O Estado, portanto, traduziria o desejo do povo. Percebe-se a evidente importância do fator decisório na atuação do soberano. As decisões, mecanismos eminentemente políticos, agregam legitimidade à capacidade desempenhada pela autoridade diante do estado de exceção. O soberano exerce o monopólio da última decisão. É em face de tal afirmativa que a natureza da soberania estatal deve ser compreendida não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório.3 Esse feito impede que haja superposição de qualquer outro instituto diante da autoridade exercida pelo soberano – sua palavra é a última e assim deve ser aplicada.[...] Schmitt aprimora o entendimento acerca daquele que é legítimo para atuar na existência de um estado excepcional. O soberano concentra a totalidade dos anseios populares e suas decisões são respaldadas na necessidade de permanência da ordem jurídica e social. Ao decidir no estado de exceção, o soberano reflete conseqüentemente o sentimento nacional total e regular. O Presidente do Reich é o soberano diante do próprio texto constitucional, visto tratar-se de condicionamento particular dado pela nação alemã. A não institucionalização, contudo, em nada desclassificaria o caráter legítimo desse entendimento. O Presidente do Reich permanece na representação do Estado sob a anuência do povo alemão e suas decisões são convalidadas a partir da aceitação automática que é feita pela sociedade quanto aos caminhos empreendidos na gestão estatal. É a evidente vontade política da totalidade do povo alemão em atribuir a guarda da constituição ao Presidente do Reich que o define como soberano. (NOGUEIRA JÚNIOR, Francisco de Albuquerque. O Estado de Exceção e a Garantia da Democracia. *Publica direito*, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=083b65c888b720c9>. Acesso em: set 2020).

O estado de exceção, segundo as doutrinas tradicionais do Direito Público, é conceituado como medida excepcional à legalidade, sendo autorizado pelo ordenamento diante de situações emergenciais. Nas constituições modernas, todavia, sua utilização pelo poder constituído tem demonstrado funcionar mais como regra do que como exceção. A operacionalização do estado de exceção não como instituto de salvaguarda da Constituição, mas como paradigma de governo, manifestada, por exemplo, pelos atos administrativos e pela ação policial, retira a juridicidade da tutela da urgência e, assim, esta perde o seu fundamento jurídico e resta apenas uma imposição do poder posto. Tal constatação atinge a própria Teoria do Direito, pois a noção moderna de República pressupõe o Estado de Direito em contraposição ao Estado Absolutista, e no estado de exceção como técnica de governo perde-se a distinção clara entre ambos, criando-se uma zona de indiscernibilidade.^{7 8}

2.5 Há, portanto, no referencial teórico acima mencionado, nos comentários aos estados excepcionais da constituição brasileira, a assimilação dos estados, de sítio e de defesa, como estados de exceção. Ou, com a valoração da expressão de 'sistema de crises'. Nisso reside o problema da quase indistinção entre os períodos autoritários e a própria teleologia e base de valores da ordem democrática e constitucional: a previsão dos estados de crise para a manutenção da própria ordem constitucional, e não para o rompimento com a ordem do estado de direito.

2.6 No caso dos conceitos de G. Agamben a ordem do estado de exceção independe da formalização normativa.⁹ É um ato de força, de materialidade política. Isso o coloca distante do regramento e do processamento estabelecido pelos estados de crise da constituição. Há a normalização institucional de um estado de exceção permanente. Essa hipótese de G. Agamben também está distante da previsão constitucional de estados de sítio e de poder^{10 11}.

2.7 A nota distintiva entre os estados do sistema de crise, regulados na constituição, e os estados de exceção autoritária, à margem da constitucionalidade, podem ser explorados pela diferença entre autocracia e estado de direito. A autocracia se distingue do estado de direito pela ausência de limites do poder. A limitação e a coordenação e encapsulamento por regras de direito distinguem o estado de exceção do estado democrático.^{12 13 14} O pareamento dos estados, de sítio e defesa, estados em defesa da ordem democrática, e com previsão normativa, com os estados de exceção, à margem ou além da legalidade, produzem uma confusão pouco produtiva.

2.8 A solução para o afastamento do sistema de crises previsto na constituição, de estados de exceção caracterizados pela atuação à margem, de poderes ilimitados, e os estados regradados constitucionalmente pode ser esboçada a partir de indicações da teoria do direito, da natureza das normas.

7 AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

8 GOMES, A. S. T.; MATOS, A. S. D. M. C. O estado de exceção no Brasil republicano. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, p. 1760-1787, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1760.pdf>. Acesso em: set 2020.

9 Uma crítica sobre G. Agamben ver em Leila Brännström. In: BRÄNNSTRÖM, L. *How I learned to stop worrying and use the legal argument - a critique of Giorgio Agamben's notion of law*, 2008. Disponível em: <http://lup.lub.lu.se/search/ws/files/6209693/4001240>. Acesso em: 14 out. 2020.

10 DAMAI, P. The Killing Machine of Exception: Sovereignty, Law, and Play in Agamben's State of Exception. *Cf-the New Centennial Review*, v. 5, n. 3, p. 255-276, 2005. Disponível em: http://mds.marshall.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&context=english_faculty. Acesso em: 14 out. 2020.

11 'Para isso não se pode configurar o Estado de Exceção como momento único, mas antes, deve se prostrar no curso do tempo para que possa ser duradouro e não fugaz. (AGARIE, C. V. R. *Estado de Exceção em Democracias Tardias: O Brasil e a América Latina no Século XXI*. UENP: Jacarezinho, 2017).

12 KELSEN, H. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

13 KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

14 BOVERO, M. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

3 A CLASSIFICAÇÃO DOS ESTADOS EXCEPCIONAIS COM O AUXÍLIO DA TEORIA DO DIREITO

A teoria do direito no tópico de unidade e coerência do ordenamento jurídico apresenta os critérios para a manutenção da coerência sistêmica. Um dos critérios, em havendo conflitos normativos, é o critério da especialidade¹⁵. O critério da especialidade apresenta as seguintes características^{16 17 18}:

3.1 Trata-se de fenômeno no qual há norma específica, regulando situação específica; dir-se-ia que é desdobramento geral do princípio da igualdade, dando tratamento específico para situações e pessoas específicas;

3.2 Há um aspecto relacional, de duas normas, ou de duas situações reguladas por normas: uma norma traz a regulação geral; outra norma traz a regulação específica;

3.3 A norma que trata da situação específica apresenta regulação incompatível (contrária ou contraditória) com a norma dita geral; como é específica, há um conflito total (norma geral) x parcial (norma específica);

3.4 Todavia, se ocorrer a situação específica com um conflito total x total, a norma específica será norma excepcional, e não mais norma especial¹⁹; há a possibilidade de se convencionar dois usos de expressões:

Conflito de situação específica	Apenas da situação especial, contra a geral – total x parcial; operadores deônticos idênticos; norma ESPECIAL
Conflito da situação específica	A situação específica gera um quadro de incompatibilidade – total x total; operadores deônticos contrários ou contraditórios; norma EXCEPCIONAL

3.5 Pois é nesta definição de norma excepcional que há o encaixe dos estados de sítio e de defesa. Os estados apresentam um quadro de suspensão de garantias, ou seja, de modais deônticos incompatíveis para situações de fato de mesma regulação, criando o regime excepcional. Esta classificação tem o objetivo claro de frisar que a norma excepcional se aplica a determinada situação da vida, ou seja, as determinações materiais, espaciais, pessoais e temporais previstas na constituição, no caso dos estados de sítio e de defesa.

3.6 Noutro quadrante estaria o estado de exceção. Neste caso não é o tratamento de uma situação específica, como os estados de sítio e de defesa tratam, mas de uma norma geral de exclusão, ou de excepcionalidade. Os estados de sítio e de defesa continuam sendo relacionais: somente nas dimensões materiais, espaciais, pessoais e temporais estipuladas pela constituição. O estado de exceção é uma norma geral de exclusão, um princípio aplicável a todo o sistema de normas, a todas às possíveis situações objeto de regulação. Assim, como síntese provisória:²⁰

15 A regra consagrada na Lei de introdução às normas: Art. 2º. [...] § 2o A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

16 BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011.

17 LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997. Disponível em: <http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/625/1/karllarenzmetodologiadacienciadodireito.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

18 MORESO, J. J. *Sobre la determinación normativa: Lagunas de Reconocimiento, Lagunas Normativas y Antinomias* (On Normative Determination: Gaps, Holes and Leaks), 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2596377. Acesso em: 14 out. 2020.

19 FERRER, D. *Antinomias e Sistema em Kant e Hegel*, 2012. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/44841/1/ferrer_diogo_antinomias_e_sistema.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

20 A ideia de norma de exceção tem um pressuposto ideológico e valorativo: o estado de direito deve ser o modelo de regulação política e institucional das sociedades. Logo, o estado de exceção é contrário e contraditório ao estado de direito. (CANOTILHO, J. J. G. *As deslocções de compreensão do Estado de Direito*, 2017. Disponível em: http://unio.cedu.direito.uminho.pt/uploads/unio3/unio3pt/j.j.gomes_canotilho.pdf. Acesso em: 2 set. 2020; ROIG, R. D. A. *Una aproximación a los modelos de los Estados de derecho*. Madrid: Dykinson, 1999).

Situação específica	Normas especiais
Situação específica	Norma excepcional
Situação geral	O estado de exceção

4 A CONSIDERAÇÃO SOBRE OS ESTADOS EXCEPCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O estado de defesa apresenta os seguintes contornos no texto constitucional:

Oitiva de quais órgãos de Estado?	Conselho da República; Conselho de Defesa Nacional
Instrumento normativo	Decreto Presidencial
Validade temporal do Decreto	30 dias
Prorrogação	1 única vez
Trâmite:	Submissão do Decreto em 24 horas, ao Congresso Nacional
	Apreciação congressual em até 10 dias
	É ato de confirmação/aprovação do Decreto

4.1 Os aspectos espaciais do estado de defesa são os seguintes:

Locais restritos e determinados, no território nacional

4.2 Os aspectos materiais que servem de base/hipótese à Decretação são os seguintes:

Preservação ou restabelecimento	Da ordem pública e da paz social	Ameaçadas por grave e iminente institucional
		Ou, atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza

4.3 Restrições institucionais e de direitos:

Restrições aos direitos de:	Reunião	
	Inviolabilidade da correspondência	
	Inviolabilidade das comunicações (telegráficas e telefônicas)	
	De propriedade	Ocupação e uso de bens e serviços públicos (em caso de calamidade pública)
	Das garantias de prisão e do preso	Ampliação do poder de autoridades administrativas na execução de prisão

Na hipótese de calamidade pública, a ocupação e uso de bens e serviços públicos pode repercutir sobre bens e serviços das outras pessoas da federação, Estados e Municípios, com a ascensão da União ao papel destacado de utilizadora dos bens/serviços

4.4 O estado de sítio apresenta os seguintes contornos no texto constitucional:

Oitiva de quais órgãos de Estado?	Conselho da República; Conselho de Defesa Nacional
Instrumento inicial	Solicitação do Presidente encaminhada ao Congresso Nacional
Instrumento normativo	Decreto Presidencial
Validade temporal do Decreto	30 dias, nas hipóteses do art. 137, I – ‘[...] comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa’
	Durante o período de duração da anomalia, nas hipóteses do art. 137, II – ‘[...] comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa’
Prorrogação	Nas hipóteses do art. 137, I, pode ser renovado – observado o limite de 30 dias, de cada vez
	Nas hipóteses do art. 137, II, a depender do evento causador
Trâmite:	Submissão da solicitação ao Congresso Nacional
	Autorização Congressual
	Edição do Decreto

4.5 Os aspectos espaciais do estado de defesa são os seguintes:

Margem discricionária do alcance e da profundidade das medidas; alcance em todo o território nacional

4.6 Os aspectos materiais que servem de base/hipótese à Decretação são os seguintes:

Comoção grave de repercussão nacional
Ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa
Declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira

4.7 Restrições institucionais e de direitos:

Restrições aos direitos de:	O Decreto indicará a suspensão de garantias constitucionais; determinação de explicitação de suspensão de garantias
	<p>A decretação com base no art. 137 somente poderá conter as seguintes medidas restritivas com relação às pessoas: I</p> <p>‘[...] I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - Detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - Suspensão da liberdade de reunião; V - Busca e apreensão em domicílio; VI - Intervenção nas empresas de serviços públicos; VII -Requisição de bens.’</p>

Portanto, a análise do sistema de previsões constitucionais permite a afirmação, provisória, de que o estado de sítio e o estado de defesa são situações de normas excepcionais, às situações específicas, limitadas e definidas. O âmbito de aplicação e execução, mesmo com margens discricionárias, é regrado constitucionalmente.

5 O FUNCIONAMENTO INSTITUCIONAL E A PRODUÇÃO NORMATIVA DURANTE A PANDEMIA

O período imediatamente posterior à constatação do quadro de pandemia pode ser analisado por vários ângulos. Como marco temporal pode ser usada a Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, que declara 'Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)'. A partir desse momento ocorre a edição de várias normas, de graus diferentes na hierarquia normativa, voltadas ao quadro de impactos causados pela crise sanitária e epidemiológica. A norma inicial de enfrentamento do quadro foi a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro do ano de 2020: 'Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019'²¹. Em linhas gerais, a norma estabelece o regramento do quadro de emergência das medidas excepcionais a serem adotadas. Na sequência há a edição de inúmeras normas tratando sobre as situações criadas pela pandemia.

5.1 Tomou-se como período de análise da legislação o início em 04 de fevereiro de 2020, até o 14 de setembro de 2020. No universo de legislação há Leis ordinárias, Decretos do Executivo, Decretos Legislativos, e várias normas administrativas - Portarias, Resoluções, Decisões de Conselhos Profissionais, Circulares, entre outros. A fonte referencial é o sítio eletrônico oficial, Planalto legislação, de acordo com a organização temática de legislação da pandemia.²² A tabela abaixo indica as grandes distribuições de matérias e os quantitativos/qualitativos do período:

496 normas analisadas dispostas no sítio Planalto legislação
04 de fevereiro de 2020 a 13 de outubro de 2020
3 Emendas Constitucionais
4 Leis Complementares
47 Leis Ordinárias
Demais normas: várias normas administrativas que vão de Decretos a circulares

5.2 As ECs que foram produzidas no período dizem respeito, duas delas, às alterações necessárias em função da pandemia. Uma, sobre a realização das eleições; outra, sobre medidas orçamentárias e fiscais:

Nº da EMC	Ementa
108, de 26.8.2020	

21 BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de Fevereiro de 2020. *Planalto legislação*, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: ago. 2020.

22 O sítio separou uma lista de normas da Covid dando o destaque de acesso e a o tratamento em apartado ao restante da legislação publicizada.

Publicado no DOU 27.8.2020	Altera a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), para disciplinar a disponibilização de dados contábeis pelos entes federados, para tratar do planejamento na ordem social e para dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb); altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências.
107, de 2.7.2020	
Publicado no DOU 3.7.2020	Adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos
106, de 7.5.2020	
Publicado no DOU 8.5.2020	Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia

(BRASIL - Legislação Covid 19, 2020)

5.3 Sobre as Leis complementares essas também se concentraram na disciplina fiscal 'emergencial':

Lei Complementar nº 175, de 23.9.2020 Publicada no DOU de 24.9.2020	Dispõe sobre o padrão nacional de obrigação acessória do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos Municípios e do Distrito Federal, incidente sobre os serviços previstos nos subitens 4.22, 4.23, 5.09, 15.01 e 15.09 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003; altera dispositivos da referida Lei Complementar; prevê regra de transição para a partilha do produto da arrecadação do ISSQN entre o Município do local do estabelecimento prestador e o Município do domicílio do tomador relativamente aos serviços de que trata; e dá outras providências.
Lei Complementar nº 174, de 5.8.2020 Publicada no DOU de 6.8.2020	Autoriza a extinção de créditos tributários apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), mediante celebração de transação resolutiva de litígio; e prorroga o prazo para enquadramento no Simples Nacional em todo o território brasileiro, no ano de 2020, para microempresas e empresas de pequeno porte em início de atividade.
Lei Complementar nº 173, de 27.5.2020 Publicada no DOU de 28.5.2020	Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências.

Lei Complementar nº 172, de 15.4.2020 Publicada no DOU de 16.4.2020	Dispõe sobre a transposição e a transferência de saldos financeiros constantes dos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, provenientes de repasses federais.
--	--

(BRASIL - Legislação Covid 19, 2020)

5.4 As leis ordinárias no período que têm a disciplina de emergência somam 47 normas:

Lei nº 14.068, de 1º.10.2020 Publicada no DOU de 2.10 de 2020	Abre crédito extraordinário em favor de Encargos Financeiros da União, no valor de R\$ 20.000.000.000,00 (vinte bilhões de reais), para o fim que especifica; e dá outras providências.
Lei nº 14.067, de 1º.10.2020 Publicada no DOU de 2.10 de 2020	Abre crédito extraordinário em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 4.489.224.000,00 (quatro bilhões, quatrocentos e oitenta e nove milhões, duzentos e vinte e quatro mil reais), para o fim que especifica.
Lei nº 14.065, de 30.9.2020 Publicada no DOU de 1º.10 de 2020	Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.
Lei nº 14.063, de 23.9.2020 Publicada no DOU de 24.9.2020	Dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde e sobre as licenças de softwares desenvolvidos por entes públicos; e altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Mensagem de veto
Lei nº 14.061, de 23.9.2020 Publicada no DOU de 24.9.2020	Prorroga até 30 de setembro de 2020 a suspensão da obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde, de qualquer natureza, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecida na Lei nº 13.992, de 22 de abril de 2020; e dá outras providências.
Lei nº 14.060, de 23.9.2020 Publicada no DOU de 24.9.2020	Prorroga os prazos de suspensão de pagamentos de tributos previstos nos atos concessórios do regime especial de drawback que tenham sido prorrogados por 1 (um) ano pela autoridade fiscal e que tenham termo em 2020; e altera a Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009. Mensagem de veto
Lei nº 14.058, de 17.9.2020 Publicada no DOU de 18.9.2020	Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020.
Lei nº 14.057, de 11.9.2020 Publicada no DOU de 14.9.2020	Disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública e dispõe sobre a destinação dos recursos deles oriundos para o combate à Covid-19, durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Mensagem de veto

Lei nº 14.056, de 10.9.2020 Publicada no DOU de 11.9.2020	Abre crédito extraordinário em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de reais), para os fins que especifica; e dá outras providências.
Lei nº 14.055, de 10.9.2020 Publicada no DOU de 11.9.2020	Abre crédito extraordinário em favor do Ministério da Saúde, no valor de R\$ 5.566.379.351,00 (cinco bilhões, quinhentos e sessenta e seis milhões, trezentos e setenta e nove mil trezentos e cinquenta e um reais), para os fins que especifica; e dá outras providências.
Lei nº 14.054, de 10.9.2020 Publicada no DOU de 11.9.2020	Abre crédito extraordinário em favor dos Ministérios da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e das Relações Exteriores, no valor de R\$ 418.800.000,00 (quatrocentos e dezoito milhões e oitocentos mil reais), para os fins que especifica.
Lei nº 14.048, de 24.8.2020 Publicada no DOU de 25.8.2020	Dispõe sobre medidas emergenciais de amparo aos agricultores familiares do Brasil para mitigar os impactos socioeconômicos da Covid-19; altera as Leis nos 13.340, de 28 de setembro de 2016, e 13.606, de 9 de janeiro de 2018; e dá outras providências (Lei Assis Carvalho). Mensagem de veto
Lei nº 14.047, de 24.8.2020 Publicada no DOU de 25.8.2020	Dispõe sobre medidas temporárias para enfrentamento da pandemia da Covid-19 no âmbito do setor portuário, sobre a cessão de pátios da administração pública e sobre o custeio das despesas com serviços de estacionamento para a permanência de aeronaves de empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros em pátios da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); e altera as Leis nºs 9.719, de 27 de novembro de 1998, 7.783, de 28 de junho de 1989, 12.815, de 5 de junho de 2013, 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e 10.233, de 5 de junho de 2001. Mensagem de veto
Lei nº 14.046, de 24.8.2020 Publicada no DOU de 25.8.2020	Dispõe sobre o adiamento e o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e de cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Mensagem de veto
Lei nº 14.045, de 20.8.2020 Publicada no DOU de 21.8.2020	Altera a Lei nº 13.999, de 18 de maio de 2020, para instituir linha de crédito destinada aos profissionais liberais que atuem como pessoa física, durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e a Lei nº 12.087, de 11 de novembro de 2009, para criar o Conselho de Participação em Fundos Garantidores de Risco de Crédito para Microempresas e para Pequenas e Médias Empresas e o Conselho de Participação em Operações de Crédito Educativo. Mensagem de veto
Lei nº 14.043, de 19.8.2020 Publicada no DOU de 20.8.2020	Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos; altera as Leis nos 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 13.999, de 18 de maio de 2020; e dá outras providências. Mensagem de veto
Lei nº 14.042, de 19.8.2020 Publicada no DOU de 20.8.2020	Institui o Programa Emergencial de Acesso a Crédito (Peac); altera as Leis nºs 12.087, de 11 de novembro de 2009, e 13.999, de 18 de maio de 2020; e dá outras providências. Mensagem de veto
Lei nº 14.041, de 18.8.2020 Publicada no DOU de 19.8.2020	Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Mensagem de veto

Lei nº 14.040, de 18.8.2020 Publicada no DOU de 19.8.2020	Estabelece normas educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Mensagem de veto
Lei nº 14.036, de 13.8.2020 Publicada no DOU de 14.8.2020	Altera a Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020, para estabelecer a forma de repasse pela União dos valores a serem aplicados pelos Poderes Executivos locais em ações emergenciais de apoio ao setor cultural durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e as regras para a restituição ou a suplementação dos valores por meio de outras fontes próprias de recursos pelos Estados, pelos Municípios ou pelo Distrito Federal.
Lei nº 14.035, de 11.8.2020 Publicada no DOU de 12.8.2020	Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Mensagem de veto
Lei nº 14.034, de 5.8.2020 Publicada no DOU de 6.8.2020	Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis nos 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Mensagem de veto
Lei nº 14.033, de 4.8.2020 Publicada no DOU de 5.8.2020	Abre crédito extraordinário em favor da Presidência da República, do Ministério da Educação, do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, no valor de R\$ 639.034.512,00 (seiscentos e trinta e nove milhões, trinta e quatro mil quinhentos e doze reais), para os fins que especifica.
Lei nº 14.032, de 4.8.2020 Publicada no DOU de 5.8.2020	Abre crédito extraordinário em favor dos Ministérios da Educação, da Saúde e da Cidadania, no valor de R\$ 2.113.789.466,00 (dois bilhões, cento e treze milhões, setecentos e oitenta e nove mil quatrocentos e sessenta e seis reais), para os fins que especifica.
Lei nº 14.030, de 28.7.2020 Publicada no DOU de 29.7.2020	Dispõe sobre as assembleias e as reuniões de sociedades anônimas, de sociedades limitadas, de sociedades cooperativas e de entidades de representação do cooperativismo durante o exercício de 2020; altera as Leis nos 5.764, de 16 de dezembro de 1971, 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); e dá outras providências. Mensagem de veto
Lei nº 14.029, de 28.7.2020 Publicada no DOU de 29.7.2020	Dispõe sobre a transposição e a reprogramação de saldos financeiros constantes dos fundos de assistência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, provenientes de repasses federais. Mensagem de veto
Lei nº 14.028, de 27.7.2020 Publicada no DOU de 28.7.2020	Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para garantir que o receituário médico ou odontológico de medicamentos sujeitos a prescrição e de uso contínuo tenha validade pelo menos enquanto perdurarem as medidas de isolamento para contenção do surto da Covid-19, na forma que especifica. Mensagem de veto
Lei nº 14.025, de 14.7.2020 Publicada no DOU de 15.7.2020	Altera excepcionalmente as alíquotas das contribuições aos serviços sociais autônomos que especifica e ao Fundo de Desenvolvimento do Ensino Profissional Marítimo. Mensagem de veto

<p>Lei nº 14.024, de 9.7.2020 Publicada no DOU de 10.7.2020</p>	<p>Altera a Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, para suspender temporariamente as obrigações financeiras dos estudantes beneficiários do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) durante o período de vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Mensagem de veto</p>
<p>Lei nº 14.023, de 8.7.2020 Publicada no DOU de 9.7.2020</p>	<p>Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para determinar a adoção de medidas imediatas que preservem a saúde e a vida de todos os profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública, durante a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.</p>
<p>Lei nº 14.022, de 7.7.2020 Publicada no DOU de 8.7.2020</p>	<p>Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.</p>
<p>Lei nº 14.021, de 7.7.2020 Publicada no DOU de 8.7.2020</p>	<p>Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública. Mensagem de veto</p>
<p>Lei nº 14.020, de 6.7.2020 Publicada no DOU de 7.7.2020</p>	<p>Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Mensagem de veto</p>
<p>Lei nº 14.019, de 2.7.2020 Publicada no DOU de 3.7.2020</p>	<p>Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos, sobre a adoção de medidas de assepsia de locais de acesso público, inclusive transportes públicos, e sobre a disponibilização de produtos saneantes aos usuários durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Mensagem de veto</p>
<p>Lei nº 14.018, de 29.6.2020 Publicada no DOU de 30.6.2020</p>	<p>Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União às Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs), no exercício de 2020, em razão do enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19). Mensagem de veto</p>
<p>Lei nº 14.017, de 29.6.2020 Publicada no DOU de 30.6.2020</p>	<p>Dispõe sobre ações emergenciais destinadas ao setor cultural a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Mensagem de veto</p>

Lei nº 14.016, de 23.6.2020 Publicada no DOU de 24.6.2020	Dispõe sobre o combate ao desperdício de alimentos e a doação de excedentes de alimentos para o consumo humano.
Lei nº 14.010, de 10.6.2020 Publicada no DOU de 12.6.2020	Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Mensagem de veto
Lei nº 14.006, de 28.5.2020 Publicada no DOU de 29.5.2020	Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para estabelecer o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorize a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde registrados por autoridade sanitária estrangeira e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países; e dá outras providências. Mensagem de veto
Lei nº 13.998, de 14.5.2020 Publicada no DOU de 15.5.2020	Promove mudanças no auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020; e dá outras providências.
Lei nº 13.995, de 5.5.2020 Publicada no DOU de 6.5.2020	Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União às santas casas e hospitais filantrópicos, sem fins lucrativos, que participam de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS), no exercício de 2020, com o objetivo de permitir-lhes atuar de forma coordenada no combate à pandemia da Covid-19.
Lei nº 13.993, de 23.4.2020 Publicada no DOU de 24.4.2020	Dispõe sobre a proibição de exportações de produtos médicos, hospitalares e de higiene essenciais ao combate à epidemia de coronavírus no Brasil.
Lei nº 13.992, de 22.4.2020 Publicada no DOU de 23.4.2020	Suspende por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março do corrente ano, a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).
Lei nº 13.989, de 15.4.2020 Publicada no DOU de 16.4.2020	Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Mensagem de veto
Lei nº 13.987, de 7.4.2020 Publicada no DOU de 7.4.2020 - Edição extra	Altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.
Lei nº 13.982, de 2.4.2020 Publicada no DOU de 2.4.2020 -Edição extra-A	Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Mensagem de veto

Lei nº 13.979, de 6.2.2020 Publicada no DOU de 7.2.2020	Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.
--	--

(BRASIL - Legislação Covid 19, 2020)

5.5 A análise da pauta do STF, nos meses de março, e de abril, início da pandemia, mostra a concentração de ações do controle concentrado, ou outras ações, de natureza diversa, com concentração temática em medidas financeiras e orçamentárias (com pedidos de leniência com relação às dívidas e limites fixados em leis orçamentárias); competências federativas para a adoção de medidas sanitárias, inclusive com limitações de atividades econômicas e laborais; alterações das regras laborais;

18-03	MIN. MARCO AURÉLIO. RECOMENDAÇÕES COVID SIST. PENITENCIÁRIO	incidental ADPF 347
idem	VOOS INTERNACIONAIS	MS 36997
idem	SESSÕES PRESENCIAIS E JULGAMENTOS VIRTUAIS	administrativo
19-03	COMITÊ COVID	administrativo
20-03	SUSTENTAÇÃO ORAL VIRTUAL	administrativo
20-03	TETO DE GASTOS - SAÚDE PÚBLICA	ADI 5658 5680 5715
22-03	REALOCAÇÃO DE VERBAS	ADPF 568
23-3	DÍVIDA SP COM A UNIÃO	ACO 3363
	CORTES BOLSA FAMÍLIA	ACO 3359
	INFORMAÇÕES MEDIDAS SIST. PRISIONAL	HC COLETIVO 143641
	COMPETÊNCIA ENTES FEDERATIVOS	ADI 6341
	PROCESSOS FÍSICOS SUSPENSÃO	administrativo
	SUSPENSÃO PGTO ESTADO BA	ACO 3365
24-03	SUSPENSÃO PRAZOS MPS	ADPF 663 661
	MP 927 relações de trabalho	ADI 6342 6344 6346 6348 6349 6352
	MP 926 transporte intermunicipal	ADI 6343
	decreto distrital trabalho remoto	ACO 3364
25-03	* outras ACOs incluíram: ES, AL, PB, SC, PE, MS, AC, PA, GO, AM, RO, RN, MT, SE	Município do Rio - dívidas BNDDES
25-03	dívidas MA PR	ACO 3366 3367
	Lei de acesso à informação	ADI 6347 6351
26-03	bloqueios transporte entre Municípios e Estados	ADPF 665
	ampliação do BPC	ADPF662
	Locadoras - restrições pandemia	ADPF 665
27-03	SUSPENSÃO ARTIGOS LRF	ADI 6357
	ESTATÍSTICAS DO STF processos pandemia	dados gerais
30-03	OMISSÃO - RENDA MÍNIMA	ADO 56

31-03	PRIMEIRA SESSÃO POR VÍDEO	informativo
	SUSPENSÃO PRAZO DE FILIAÇÃO	ADI 6359
	LEITOS DO SIST. PRIVADO - SUS	ADPF 671
	CAMPANHAS CONTRÁRIAS ÀS MEDIDAS DA PANDEMIA	ADPF 669
	IMPEDIMENTO PRESIDÊNCIA - MEDIDAS CORONA	ADPF 672
02-04	SUSPENSÃO ENEM	ADPF 673
	SUSPENSÃO LIMINAR - IDOSOS - PROIBIÇÃO DE CIRCULAÇÃO	SL 1309
07-04	LIMITES PUBLICIDADE - ANO ELEITORAL	ADI 6374
	LIBERAÇÃO FGTS pandemia	ADI 6371
	RELATIVIZAÇÃO LRF profissionais da saúde	ADI 6381
	RENOGIAÇÃO DE DÍVIDAS	ADI 6368
	RESPIRADORES MA	ACO 3385
	OMISSÃO PRECATÓRIOS	ADO 58 52
	RESTRIÇÃO FUNCIONAMENTO DE FÁBRICAS	SS 5362
	Ver também RCL 40014	TRANSPORTE EM GO
	ver também STF 172	AEROPORTO DE SÃO LUIS
	Mp 954 COMPARTILHAMENTO DE DADOS	ADI 6390 6387 6389 6388
	CRITÉRIOS DECRETO 10 316	ADI 6398

(STF - Principal, 2020)

5.6 É de se notar duas decisões do STF: a decisão sobre as medidas de relaxamento de regras laborais (julgamento compreensivo d várias ações); a definição de competência comum, e concorrente, para o enfrentamento da Covid. Na demanda sobre a legislação trabalhista prevaleceu a regra de que o estado emergencial determinaria a possibilidade de negociações laborais diferenciadas, à margem do padrão constitucional de Direitos Fundamentais Sociais²³.

5.7 No caso da ADI nº 6.341 definiu, em interpretação conforme à Constituição, as prerrogativas de Estados e de Municípios para as ações administrativas e a edição de normas no enfrentamento da Covid:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, [...].²⁴

23 'No início do julgamento das ações, na última quinta-feira (23), o relator, ministro Marco Aurélio votou pela manutenção do indeferimento das liminares, por entender que não há na norma transgressão a preceito da Constituição Federal. A seu ver, a edição da medida "visou atender uma situação emergencial e preservar empregos, a fonte do sustento dos trabalhadores que não estavam na economia informal". Hoje, ele foi acompanhado integralmente pelos ministros Dias Toffoli, presidente do STF, e Gilmar Mendes.' O tópico da discussão era sobre a necessidade, ou não, de assistência sindical na negociação. In: STF. STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19. *STF notícias*, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>. Acesso em: set. 2020.

24 STF - ADI 6.341 - MC. STF, 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752486375&prclD=5880765&ad=s#>. Acesso em: set. 2020.

Logo, o que se constata é que, como houve a ação titubeante do Executivo Federal, o padrão da decisão do tribunal constitucional com relação a Estados e Municípios passaram a adotar as medidas que consideravam cabíveis. A ação de prevenção se tornou uma ação federalizada, na raiz do termo, ou seja, as autoridades regionais – estaduais – passaram a adotar as medidas sanitárias que consideravam adequadas²⁵.

6 A DISCUSSÃO SOBRE A APLICABILIDADE. HÁ VANTAGENS DO PONTO DE VISTA DOS DIREITOS NA ADOÇÃO DOS ESTADOS EXCEPCIONAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO?

A indagação que se manifestou é a de se os estados excepcionais, defesa e sítio, seriam medidas adequadas e cabíveis. Em primeiro ponto, há de se considerar a dimensão territorial: o estado de defesa somente poderia ser aplicado em determinadas partes do território nacional. Caso se tomasse a ideia de uma política nacional a medida a aplicar seria o estado de sítio.

6.1 Em segundo lugar, o estribo: para a aplicação do estado de defesa dever-se-ia invocar a calamidade de grandes proporções; no caso do estado de sítio, considerar a pandemia uma comoção de grave repercussão nacional.

6.2 A restrição de direitos no caso de estado de defesa ficaria limitada ao direito de reunião. Seria a limitação para o isolamento social e evitar a contaminação massiva. Também seria acompanhada de utilização bens/serviços voltados à saúde, ou que potencialmente poderiam ser aplicados à saúde.

6.3 A restrição de direitos no caso de estado de sítio ficaria adstrita também aos direitos de reunião e da liberdade de locomoção (mais amplos do que no estado de defesa, mas já encapsulados na regra do art. 139 da CV). Também poderiam envolver a utilização de bens/serviços voltados à saúde.

6.4 O estado de defesa envolve já a limitação temporal dos 30 + 30. Assim, o estado de sítio seria, nessa hipótese, derivação mais rigorosa, ante uma possível ineficácia do estado de defesa. O estado de sítio decretado independente de eficácia, ou não, do estado de defesa, também teria a limitação temporal dos 30 dias. Neste caso há a janela de renovação/prorrogação.

6.5 De maneira abstrata vê-se que a decretação dos estados excepcionais seria limitada e com forte regulação constitucional. Recairiam as possíveis medidas nas limitações às reuniões e à circulação, além do uso de bens/serviços. Outras medidas não se justificariam em função do elemento motivador da decretação.

6.6 As vantagens da adoção dos estados seriam a centralização de comandos e de posturas (mesmo no caso de estado de defesa que é regionalmente ou espacialmente localizado). Isso evitaria a dispersão e acefalia centralizadora que caracterizou a ação de enfrentamento à Covid, no Brasil.

6.7 Em continuidade, a forma como os estados excepcionais são instituídos gerariam uma maior determinação de limitações de direitos, de maneira uniforme. Isso evitaria a absoluta assimetria de medidas administrativas e sanitárias tomadas por Estados e, em muitos casos, Municípios. Em muitos casos recentes houve a determinação de limitações abusivas.

6.8 A uniformização evitaria a dispersão produtiva, tal como ocorreu recentemente. Ainda que houvesse restrições regionais – caso do estado de defesa – essas seriam encartadas num concerto maior de ordenações restritivas, com absoluta sindicabilidade e aprovação congressual legislativa.

25 Em muitos casos houve o surgimento de conflitos entre entidades regionais – estados – e municípios.

6.9 Outro ponto, a análise da produção normativa durante o período da pandemia mostra a invocação *ad hoc* da legislação emergencial, ou pandêmica, num estado de coisas que se aproxima da ideia de estado de exceção descrito por Agamben. Curiosamente, a limitação e os regramentos da disciplina dos estados excepcionais constitucionais, evitariam a dispersão e a produção normativa de subterfúgio, como ocorreu. Também evitaria a invocação *ad hoc*, pelos tribunais, da mesma expressão ‘oportunista’.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como desenvolvido no trabalho há os seguintes delineamentos de hipóteses que podem ser desenvolvidos sobre os estados excepcionais constitucionais:

7.1 Há a associação valorativa dos estados excepcionais constitucionais tanto com o período autoritário brasileiro, como com a compreensão que não diferencia estado de exceção de estados excepcionais; um melhor detalhamento crítico da dogmática constitucional é importante para determinar o regime peculiar dos estados excepcionais;

7.2 A experiência brasileira do ano de pandemia mostra produção normativa dispersa, de natureza circunstancial, improvisada e de inopino para as situações geradas pela pandemia – nas várias matérias, desde a matéria sanitária até outros campos, como trabalho e finanças; de outro lado, há a ausência de concertação federativa nas ações governamentais; a hipótese a ser desenvolvida é justamente a de que os estados excepcionais podem ser instrumentos uniformes e regulados de limitação circunstancial de direitos, com concertação e contenção do poder arbitrário;

7.3 Há pouco detalhamento na dogmática constitucional sobre o cabimento das situações, como as da Covid, dentro dos pressupostos fáticos dos estados excepcionais; caberia ao direito constitucional o desenvolvimento de mais acurado delineamento do que seriam as ‘comoções’ ou ‘calamidades’; tal detalhamento permite aferir se as situações de pandemia, como a presente, seriam possibilidades fáticas subsumidas aos comandos dos arts. 136 a 140, CF.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGARIE, C. V. R. *Estado de Exceção em Democracias Tardias: O Brasil e a América Latina no Século XXI*. UENP. Jacarezinho, 2017.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011.

BOVERO, M. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRÄNNSTRÖM, L. *How I learned to stop worrying and use the legal argument - a critique of Giorgio Agamben's notion of law*, 2008. Disponível em: <http://lup.lub.lu.se/search/ws/files/6209693/4001240>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL - LEGISLAÇÃO COVID 19. *Planalto legislação*, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Planalto legislação*, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. *As deslocções de compreensão do Estado de Direito*, 2017. Disponível em: [http://unio.cedu.direito.uminho.pt/uploads/unio3/unio3pt/j.j.gomes canotilho.pdf](http://unio.cedu.direito.uminho.pt/uploads/unio3/unio3pt/j.j.gomes%20canotilho.pdf). Acesso em: 2 set. 2020.

CRUZ, G. D. M. D. Calamidade pública, Estado de Defesa e Estado de sítio: características, distinções e limites em tempos de pandemia. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavirus*. São Paulo: IASP, 2020, p.105-120.

DAMAI, P. The Killing Machine of Exception: Sovereignty, Law, and Play in Agamben's State of Exception. *Cr-the New Centennial Review*, v. 5, n. 3, p. 255-276, 2005. Disponível em: http://mds.marshall.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&context=english_faculty. Acesso em: 14 out. 2020.

FERRER, D. *Antinomias e Sistema em Kant e Hegel*, 2012. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/44841/1/ferrer_diogo_antinomias_e_sistema.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

GOMES, A. S. T.; MATOS, A. S. D. M. C. O estado de exceção no Brasil republicano. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, p. 1760-1787, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1760.pdf>. Acesso em: set 2020.

NOGUEIRA JÚNIOR, Francisco de Albuquerque. O Estado de Exceção e a Garantia da Democracia. *Publica direito*, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=083b65c888b720c9>. Acesso em: set 2020.

KELSEN, H. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997. Disponível em: <http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/625/1/karllarenzmetodologiadacienciadodireito.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

MORESO, J. J. *Sobre la determinación normativa: Lagunas de Reconocimiento, Lagunas Normativas y Antinomias* (On Normative Determination: Gaps, Holes and Leaks), 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2596377. Acesso em: 14 out. 2020.

ROIG, R. D. A. *Una aproximación a los modelos de los Estados de derecho*. Madrid: Dykinson, 1999.

SILVA, A. C. G. D. Direito de crise na CF de 1988 estado de defesa e estado de sítio. *Academia*, 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/6032770/DIREITO_DE_CRISE_NA_CF_DE_1988_ESTADO_DE_DEFESA_E_ESTADO_DE_SITIO_Alfredo_Canellas_Guilherme_da_Silva. Acesso em: 5 out. 2020.

SILVA, J. A. D. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STF - ADI n.6.341 - MC. *STF*, 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752486375&prclD=5880765&ad=s#>. Acesso em: set. 2020.

STF - PRINCIPAL. *STF*, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: set. 2020.

STF. STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19. *STF notícias*, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>. Acesso em: set. 2020.

O CONFLITO FEDERATIVO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE SANEAMENTO BÁSICO NA PANDEMIA DO COVID19: UMA ANÁLISE DA LEI CATARINENSE Nº 17. 933 DE 24 DE ABRIL DE 2020¹

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Professor Permanente do Mestrado e do Doutorado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Professor Colaborador do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Advogado.

Guilherme Apolinário Aragão

Especialista em Direito Tributário e Eleitoral. Professor em Pós-Graduação. Advogado. Perito Judicial. Contador e Administrador.

Sumário: 1 Introdução; 2 Dos fundamentos jurídicos para a aplicabilidade do conceito “calamidade pública” à hipótese da pandemia covid19; 3 Da predominância do interesse nos serviços de água e esgoto; 4 Da inconstitucionalidade da Lei Catarinense nº 17.933 de 24 de abril de 2020; 5 Conclusões; Referências.

¹ Este texto é uma produção bibliográfica adaptada do Parecer exarado pelos subscritores à consultante Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (Assemae), fundada em 20.09.1984, que tem sede no Setor de Autarquias Sul, Quadra 05, Bloco F, 2º andar, CEP: 70070-910 - Brasília-DF.

1 INTRODUÇÃO

Em razão da pandemia do novo coronavírus (Covid19), várias foram as contingências emergidas a serem resolvidas sob diversas abordagens. É indiscutível que as repercussões sociais, econômicas, políticas ou jurídicas desta pandemia, pois, ultrapassaram os interesses meramente subjetivos. E uma destas contingências resultou na problematização constitucional de eventual conflito federativo da aplicação de Lei Federal e/ou Leis Estaduais, assim como Decreto Federal e/ou Decretos Estaduais na prestação dos serviços municipais de saneamento básico.

A Lei Federal nº 14.026, de 15 de Julho de 2020, atualizou o marco legal do saneamento básico e trouxe várias alterações sobre a matéria, algumas que serão discutidas em duas ações no STF: ADI 6492² e ADI 6536³, ambas de relatoria do Min. Luiz Fux. Antes, em 24 de abril de 2020, a Lei Catarinense nº 17. 933 proibiu o corte dos serviços de energia elétrica, água, esgoto e gás, até 31 de dezembro de 2020, no âmbito do Estado de Santa Catarina (art. 1º). Obrigou que as empresas distribuidoras de energia elétrica, água, esgoto e gás deveriam postergar os débitos tarifários de todos os consumidores do Estado de Santa Catarina, referentes aos meses de março e abril de 2020 (art. 2º). E prescreveu que estes débitos tarifários postergados deveriam ser cobrados dos consumidores a partir da conta de maio de 2020 em 12 (doze) parcelas iguais e sucessivas sem juros, encargos ou multas. Esta Lei estadual teve seu questionamento ante o Supremo Tribunal Federal (ADI 6405 e ADI STF 6411) e Tribunal de Justiça de Santa Catarina (MS TJSC 5010030-68.2020.8.24.0000). Neste contexto, o problema de pesquisa indaga se é ou não constitucionalmente adequada esta Lei Catarinense quando legisla sobre água e esgoto.

O objetivo geral deste escrito é examinar a constitucionalidade da Lei nº 17.933 de 24 de abril de 2020, do Estado de Santa Catarina, por legislar sobre os serviços de água e esgoto. A metodologia teve como ponto de partida as três dimensões da dogmática jurídica: a analítica, a empírica e a normativa. A partir desta abordagem, pretende-se oportunizar uma resposta racionalmente fundamentada à questão formulada. Com a analítica se desenvolveu o exame sistemático-conceitual de 10 textos normativos do direito vigente, com os conceitos elementares e a sua construção jurídica na estrutura do sistema jurídico com a consulta a 9 fontes bibliográficas. A dimensão empírica parte, em síntese, da cognição do direito positivo e da aplicação das premissas na argumentação jurídica; com a descrição e o prognóstico da práxis de 20 decisões judiciais (17 do STF, 2 do STJ, 1 do TJSC). A dimensão normativa visa a elucidação e a crítica da práxis jurídica (lei e jurisprudência) para saber qual a decisão correta em um caso concreto.

Este escrito defende o argumento de que ao legislar sobre água e esgoto a Lei do Estado de Santa Catarina nº 17.933, de 24 de abril de 2020 é (i) organicamente inconstitucional por vício de competência, pois é vedado a estado-membro interferir normativamente, de modo imperativo, em contratos de concessão firmados pelos municípios, por indevida incidência em matéria de interesse local do município (de sua competência legislativa: autogoverno); e é (ii) materialmente inconstitucional, por afetar a política tarifária e/ou o equilíbrio financeiro da relação jurídico-contratual firmada entre concedente e concessionário. A defesa deste argumento inicia pelos fundamentos jurídicos para a aplicabilidade do conceito “calamidade

2 Disponível: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5965908>. Acesso em: 6 set. 2020

3 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5977458>. Acesso em: 6 set. 2020.

pública” à hipótese da pandemia do Covid19; perpassa pela explicação sobre o interesse local como predominante (predominância do interesse) na opção federativa *prima facie* do constituinte dos serviços de água e esgoto, mesmo com reflexos no interesse regional (Estados) ou no geral (União); para concluir pela inconstitucionalidade da Lei Catarinense Nº 17. 933 de 24 de abril de 2020.

2 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A APLICABILIDADE DO CONCEITO “CALAMIDADE PÚBLICA” À HIPÓTESE DA PANDEMIA COVID19

Em 06.02.2020 foi promulgada a Lei Federal nº 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Em 18.03.2020 foi publicada no Diário Oficial da União a Mensagem nº 93 do Presidente da República ao Congresso Nacional, que reconheceu o estado de calamidade pública com efeitos até de 31 de dezembro de 2020, em decorrência da pandemia da Covid19 declarada pela Organização Mundial da Saúde (11.3.2020). Em atenção à mensagem do Presidente da República, em 20.3.2020 o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo nº 6, que reconheceu, 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.

Em 20.3.2020, o Decreto Federal nº 10.282 incluiu a captação, o tratamento e a distribuição de água (inc. VIII); a captação e tratamento de esgoto e lixo (inc. IX) nos serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º). Posteriormente, tais incisos foram revogados pelo Decreto Federal nº 10.329, de 28.4.2020.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu medida cautelar na ADI 6343⁴ para definir que Estados e municípios, no âmbito de suas competências e em seu território, podem adotar, respectivamente, medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde para a decretação de isolamento, quarentena e outras providências [Medidas Provisórias 926/2020 e 927/2020].

Por unanimidade, na ADI 6341⁵ MC-ED o Tribunal Pleno do STF confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

Estes foram, em apertada síntese, os principais atos normativos e decisões aderentes ao objeto deste escrito que conduziram Estado brasileiro ao reconhecimento do estado de calamidade pública, com pronunciamento dos 3 poderes da União (art. 2º, CF/88) sobre a repartição de competências, que, consoante expõe Raul Machado Horta⁶, constitui uma das essências do Estado Federal, “la grande affaire du fédéralisme” ou “key to the interfederal power structure”, numa premissa de federalismo de equilíbrio.

Sem embargo, podem ser reportadas duas importantes interpretações sobre “calamidade

4 ADI 6343 MC, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/03/2020, publicado em DJe-074 27/03/2020.

5 ADI 6341 MC-ED, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 16/04/2020, publicado em DJe-097 23/04/2020.

6 HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da Federação Brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Org.). *Direito Constitucional: organização do Estado*. São Paulo: RT, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, v.3).

pública” pelo Plenário do STF: o Mandado de Segurança n. 25.295⁷ (Saúde) e a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4048⁸ (Crédito Extraordinário), anteriores à Lei Federal nº 12.608/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC.

No MS 25.295 o Município do Rio de Janeiro se insurgiu contra o Decreto 5.392/2005 do Presidente da República que declarou o “estado de calamidade pública no setor hospitalar do Sistema Único de Saúde no Município do Rio de Janeiro”, sob o argumento de que além de ilegal, traduziria uma forma de intervenção federal não autorizada pela Constituição Federal. O Min. Relator alertou sobre os convênios entre União e Município na gestão de Hospitais, e que “extintos os territórios federais, inexistente hoje possibilidade jurídica de a União diretamente intervir em municípios, pois aquela era a única possibilidade de uma intervenção *per saltum*”. Sem embargo, admitiu que haveria de averiguar se era um Decreto eminentemente administrativo e não constitucional. A sua *ratio juris*, pois, haveria de ser sustentada nas bases constitucionais e legais da ação estatal em matéria de calamidade pública (art. 15, XIII, Lei Federal 8.080/90), e do seu corolário: o desencadeamento do procedimento de requisição administrativa dos serviços de atendimento à saúde. Era, portanto, uma resposta decorrente não de alguma calamidade pública de origem natural, “mas para atender à calamidade pública do próprio sistema de saúde ao qual se recorreria para o socorro às vítimas de determinada calamidade”. O Plenário do STF convergiu no sentido de que foi exarado o Decreto (i) sem motivo “ato sem expressa motivação e fixação de prazo para as medidas adotadas pelo governo federal”; (ii) sem finalidade, por não expressar o período de duração e (iii) com ofensa à autonomia municipal do art. 30, III, da CF88.

Na ADI 4048 MC o debate era sobre a configuração constitucional da semântica de “despesas imprevisíveis e urgentes” atreladas ao significado jurídico de “guerra”, “comoção interna” e/ou “calamidade pública”, os quais representam “realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias”.

A partir destes precedentes, é correta a interpretação de que é plenamente aplicável o conceito de “calamidade pública” ao cenário fático e jurídico ocasionado pela pandemia do Covid-19, pois é uma realidade fática de extrema gravidade (em 5.9.2020 com mais de 125 mil vidas perdidas e mais de 4 milhões de infectados⁹) e “de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias”. Todavia, prescinde avaliar se as medidas tomadas pelos entes federativos estão ou não de acordo com o autorizado pelas disposições normativas da Constituição Federal de 1988. A seguir, para esta análise, será exposto como os serviços de água e esgoto foram dispostos no texto constitucional para tematizar a opção federativa do constituinte.

3 DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE NOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO

A dimensão analítica sobre “serviços municipais de saneamento básico” principia com as competências materiais que delimitam a “tomada de decisões de natureza político-administrativa, execução de políticas públicas e a gestão em geral da administração pública

7 STF, MS 25.295, Pleno, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 20/4/2005, DJ de 5/10/2007.

8 STF, ADI 4048 MC, Pleno, rel. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJe-157 22/08/2008.

9 Cf.: <https://www.estadao.com.br/infograficos/saude,mapas-e-graficos-mostram-avanco-do-novo-coronavirus-no-mundo-e-no-brasil,1085946>.

nos níveis federativos”¹⁰. Não sem razão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹ pontua que o poder de dispor sobre a competência é repartido entre a União, os Estados e os Municípios. O texto constitucional optou por um sistema complexo e híbrido de repartição de competências em que prevê competências exclusivas, privativas e principiológicas, repartidas horizontalmente; e competências comuns e concorrentes, repartidas verticalmente. Há competências reservadas ou exclusivas conjugadas com a técnica da demarcação por exclusão, para se definir a competência de tematizar determinado assunto. A repartição horizontal é para que não se invada a competência, e as separa como se separasse setores no “horizonte governamental”. Ademais, agrega-se a esta uma repartição vertical a qual incumbe a atribuição da União para legislar sobre as normas gerais, e que separa em níveis diferentes o poder de dispor normas particulares ou específicas sobre determinada matéria. Neste tom, a competência constitucional sobre o saneamento básico exsurge dos seguintes excertos:

Art. 21. Compete à União: [...]

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...]

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

A interpretação gramatical e sistemática destes dispositivos aponta que o poder municipal de dispor normas tem de obedecer às diretrizes traçadas sobre o saneamento básico pela lei federal (art. 21, XX); promover programas e a melhoria de saneamento básico (art. 23, IX); *legislar*, organizar e prestar os serviços públicos de saneamento básico de interesse local (art. 30, I, V)¹². A matéria do saneamento básico envolve a autonomia (auto-organização, autogoverno e autoadministração) e a divisão vertical e espacial de poderes. Ao instituir diretrizes, segundo Luís Roberto Barroso¹³, a União não pode exaurir o tema, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para prestar o serviço de saneamento básico. Barroso assinala que o texto constitucional atribuiu à União a maioria das competências legislativas em matéria de águas (art. 21, XIX, XX; 22, IV; 24, I), que aos Estados cabe tratar concorrentemente da proteção ambiental e controle de poluição (art. 24, VI). O autor, ainda, admite que o constituinte previu no inciso IX do art. 23 a ação conjunta (cooperação)

10 SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 936.

11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

12 FERREIRA FILHO, M. G. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 199.

13 BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de informação legislativa*, v.38, n.153, p.255-270, jan./mar. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/762>. Acesso em: 6 set. 2020.

e de quaisquer dos entes estatais (É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) para o melhor resultado na matéria de saneamento básico.

Sobre os Municípios, a doutrina constitucional conclui que não há uma catalogação exaustiva (competências implícitas¹⁴), mas que o significado de “interesse local” se refere àqueles interesses que dizem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município^{15 16}, com arrimo no interesse predominante (predominância do interesse), mesmo com reflexos no interesse regional (Estados) ou no geral (União)¹⁷. O significado jurídico da expressão “predominância do interesse”, segundo Barroso, pode ter conotação dinâmica com as variáveis do tempo e dos fatos, a desbordar para ampliação da esfera de predominância para a regionalidade ou nacionalidade. Cita como hipótese normativa desta incidência o § 3º do art. 25 da CF/88 para afirmar que “em determinada circunstância, o saneamento básico for considerado um serviço de interesse comum ou regional, e não local, ele deverá ser prestado pelos Estados, e não pelos Municípios¹⁸”. Indica que a distinção entre interesse local do comum pode ser direcionada pela União, dentro de sua competência constitucional, para fixar um critério técnico, apto a concretizar as noções de interesse local ou comum em matéria de saneamento básico. Esta opção teria como vantagem a redução das disputas interpretativas sobre interesse local *versus* interesse comum, além de parametrizar e definir quais seriam as possibilidades fáticas e jurídicas de caracterização de interesse comum das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e obstar a transferência ilegítima de serviços de interesse tipicamente local para a competência estadual.

Nada obstante, convém citar a importante decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Conflito de Competência n. 65.803¹⁹, que discutiu: i) a inclusão do serviço público de fornecimento de água no significado constitucional de “interesse local” do art. 30, V, CF-88; e ii) a tese jurídica da “predominância do interesse” na hipótese do saneamento básico. Neste conflito negativo de competência entre o juízo federal da 7ª Vara de Campinas SJ/SP *versus* Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), buscava-se a determinação de que a Companhia de Saneamento do Estado de São Paulo (SABESP) realizasse ligações das redes de distribuição de água potável e de afastamento de esgoto doméstico de um condomínio. O TJSP, por um lado, negou sob o argumento de que a atividade requerida constituiria serviço público delegado pela União e, portanto, haveria incompetência absoluta da Justiça Estadual. O juízo federal, por outro, aduziu que *in casu* era um agente estadual que não exercia ato delegatório federal.

A Primeira Seção do STJ pautou seu exame na “natureza do serviço prestado”. Ao citar os artigos 21 e 30 da CF-88, asseverou que “não há qualquer referência à competência da União para prestar o serviço público de fornecimento de água”, para reiterar a *ratio decidendi* do CC 86.489/SP (da própria Primeira Seção²⁰) e concluir, por unanimidade, que:

14 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2019, p. 926.

15 TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 940.

16 Sobre a competência constitucional dos Municípios, conferir as seguintes *Súmulas Vinculantes*: 2, 4, 13, 18, 19, 31, 38, 42, 43, 49.

17 MORAES, A. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 354; SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 936; MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2019, p. 925-927.

18 BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de informação legislativa*, v.38, n.153, p.255-270, jan./mar. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/762>. Acesso em: 6 set. 2020.

19 STJ, CC 65.803/SP, rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26/03/2008, DJe 07/04/2008.

20 STJ, CC 86.489/SP, Primeira Seção, rel. Ministro José Delgado, julgado em 12.09.2007, DJ 24.09.2007.

[...] depreende-se que cabe ao Município, diante da realidade existente nos seus limites territoriais e tendo em vista sua capacidade operacional, a responsabilidade pela prestação, direta ou sob regime de concessão, do serviço de fornecimento de água, de peculiar interesse local. [SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CC 65.803/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26/03/2008, DJe 07/04/2008].

Por sua vez, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) já debateu a Lei Federal nº 11.445/2007, a qual estabelece *diretrizes nacionais para o saneamento básico* (art. 21, XX, CF88), e a Lei Federal Nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 CF/88. Neste sentido, calha registrar textualmente 5 decisões (4 delas em 2019) para refletir sobre a dimensão empírica do objeto deste articulado:

-*ADI 3343* (01/09/2011) [POLÍTICA PÚBLICA REMUNERATÓRIA | RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO | INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO]²¹. Esta decisão fixou a interpretação de que é inconstitucional ato normativo emanado do Poder Legislativo, fruto de iniciativa parlamentar, que prevê a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica dos serviços de água, por ofensa à reserva de administração (Separação de Poderes, art. 2º, CF88), pois supressora da margem de *apreciação do Chefe do Poder Executivo* na condução da Administração Pública, no que se inclui a *formulação da política pública remuneratória do serviço público*.

-*ADI 2299* [VÍCIO DE COMPETÊNCIA DE LEI ESTADUAL | INDEVIDA MODIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA] (23/08/2019)²². O julgamento estipulou que é defeso ao estado-membro: (a) invadir as competências legislativa e administrativa previstas na Constituição (art. 21, XII, b; 22, IV; 30, I, V, CF88) e alterar as relações jurídico-contratuais entre o poder concedente (União e Município) e as empresas concessionárias; (b) modificar ou alterar o equilíbrio das condições econômico-financeiras estipuladas na licitação e formalmente estabelecidas no contrato de concessão pelos poderes concedentes [União (energia elétrica) e Município (fornecimento de água)] e as concessionárias (art. 175, *caput*, par. ún. I, III, V e 37, XXI, CF88).

-*ADI 2077* [PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE LOCAL | TITULARIDADE DO PODER CONCEDENTE] (30/08/2019)²³. Nesta oportunidade, a Corte reforçou a “predominância do interesse” como diretriz para a resposta da repartição de competência entre os entes do Estado Federal brasileiro tendo tal tese jurídica efeitos tanto (a) nas matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, (b) como para a interpretação das hipóteses que envolvem várias e diversas matérias. Seguindo a linha das razões de decidir da *ADI 1842*²⁴ pelo STF, advertiu que o saneamento básico (art. 2º e 3º, Lei 11.445/2007) *tem interesse típico e notadamente local*, embora o seu interesse prático possa ser enfrentado pelo Poder Público regional, por instrumentos de gestão associada de serviços públicos e integração metropolitana, desde que respeitada a autonomia municipal. É inconstitucional ato normativo estadual que desloque para o estado-membro a titularidade integral do poder concedente para a prestação de serviço público de interesse predominantemente local, por usurpação de competência.

21 STF, *ADI 3343*, Tribunal Pleno, rel. Min. Ayres Britto, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, julgamento em 01/09/2011, publicado em 22/11/2011.

22 STF, *ADI 2299*, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 23/08/2019, DJe-277 de 13/12/2019.

23 STF, *ADI 2077*, Tribunal Pleno, rel. Min. Alexandre De Moraes, julgado em 30/08/2019, DJe-200 de 16/09/2019.

24 Seguindo a linha do decidido pelo STF na *ADI 1842*, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2013, publicado em 16/09/2013.

-STP 111 AgR [INVASÃO DE COMPETÊNCIA DE INTERESSE LOCAL | EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO] (13/09/2019)²⁵. A Corte firmou o entendimento de que é inconstitucional estado-membro interferir normativamente, de modo imperativo, em contratos de concessão firmados pelos municípios ou pela União. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera esta ingerência normativa uma indevida incidência em matéria de interesse local do município (de sua competência legislativa: autogoverno) e tem o potencial de afetar o equilíbrio financeiro da relação jurídico-contratual firmada entre concedente e concessionário²⁶. No pertinente ao próprio município, no âmbito de sua competência legislativa, cabe a necessidade de se preservar o ajuste contratual realizado no âmbito das concessões, prevalecendo o estipulado no contrato, em prol da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Ainda, que o poder concedente municipal deve observar os impactos/efeitos e o possível reequilíbrio econômico-financeiro, se publicada eventual lei municipal posterior ao contrato.

-ADI 2095 [COMPETÊNCIA E AUTONOMIA MUNICIPAL | INTERESSE LOCAL | SANEAMENTO BÁSICO] (11/10/2019)²⁷. O STF reiterou que tem a União a competência de propor as diretrizes sobre saneamento básico (inc. XX do art. 21 da Constituição da República), e que não se pode afastar: a) da competência dos municípios por se cuidar de tema de interesse local submetido à atuação autônoma desses entes (incs. I e V do art. 30 da Constituição da República); b) da competência dos estados e do Distrito Federal sobre a matéria, cabendo-lhes a edição de leis que garantam a eficiência daquele serviço, que não finda nem se presta nos limites geográficos de cada município.

As interpretações do STF sobre os dispositivos do texto constitucional, levam a defender a consistência do argumento da opção federativa *prima facie* do constituinte pelo interesse local como predominante (predominância do interesse) dos serviços de água e esgoto, mesmo com reflexos no interesse regional (Estados) ou no geral (União). A predominância do interesse pode ter conotação dinâmica com as variáveis do tempo e dos fatos, a desbordar para ampliação da esfera de predominância para a regionalidade ou nacionalidade, com autorização desta incidência na hipótese normativa do § 3º do art. 25 da CF/88.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI CATARINENSE nº 17.933 DE 24 DE ABRIL DE 2020

Com efeito, antes da defesa peremptória da inconstitucionalidade da Lei Catarinense nº 17.933 de 24 de abril de 2020, cabe reportar que duas outras leis catarinenses foram objurgadas e declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema. Na ADI 2.337 MC²⁸, o Plenário do STF julgou a Lei do Estado de Santa Catarina n.º 11.372/2000 que dispunha sobre a: “suspensão temporária do pagamento de tarifas de consumo de energia elétrica, água e esgoto no território do Estado de Santa Catarina, tendo como beneficiários os trabalhadores, residentes nesse Estado, que não dispuserem de qualquer remuneração”. Este diploma legislativo teve iniciativa parlamentar, foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo e promulgado pelo Presidente da Assembleia Legislativa.

Com efeito, o STF observou o decidido na ADI 2299 MC, que havia suspenso a Lei gaúcha nº 11.462/2000, a qual isentava os trabalhadores desempregados do pagamento de

25 STF, STP 111 AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/09/2019, publicado em 04/12/2019.

26 Reafirmando o decidido no pelo STF na ADI 2.337 MC, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 20/2/2002, p. DJ de 21/6/2002 e na ADI 2.340, Tribunal Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 6/3/2013, p. DJE de 10/5/2013.

27 STF, ADI 2095, Tribunal Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em: 11/10/2019, DJe-257 de 26/11/2019.

28 STF, ADI 2.337 MC, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 20/2/2002, p. DJ de 21/6/2002.

tarifas de consumo de energia elétrica e de água. *A ratio decidendi* invocou o art. 175, par. ún., I e III, da CF88, para proclamar que o estado-membro: (a) não pode interferir na esfera das relações jurídico-contratuais entre o poder concedente (União e Município) e as empresas concessionárias; (b) não pode modificar ou alterar as condições previstas na licitação e formalmente estabelecidas no contrato de concessão pelos poderes concedentes [União (energia elétrica) e Município (fornecimento de água)] e as concessionárias.

ação direta de inconstitucionalidade - concessão de serviços públicos - invasão, pelo estado-membro, da esfera de competência da união e dos municípios - impossibilidade de interferência do estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre o poder concedente federal ou municipal e as empresas concessionárias - inviabilidade da alteração, por lei estadual, das condições previstas na licitação e formalmente estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal e municipal - medida cautelar deferida. - os estados-membros - que não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a união federal ou o município) e as empresas concessionárias - também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela união (energia elétrica - cf, art. 21, xii, "b") e pelo município (fornecimento de água - cf, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo.

Na ADI 2340²⁹, nova proposição do Governador do Estado suscitou a inconstitucionalidade de outra lei catarinense, a Lei n.º 11.560/2000 que tornaria "obrigatório o fornecimento de água potável pela Cia. Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, com caminhões-pipa, sempre que houver interrupção no fornecimento normal", sob pena de cancelamento automático da cobrança da conta do mês em que ocorreu a interrupção (art. 3º). O argumento do STF se reportou à "preponderância do interesse" local do município, sufragou as razões da ADI 2.337 MC e da ADI 2299 MC, e com suporte nos art. 30, I e 175, par. ún., CF88, decidiu que não poderia o Estado de Santa Catarina: (a) substituir-se aos municípios que contrataram com a CASAN para determinar que esta empresa (ainda que por lei estadual) fornecesse água em caminhões-pipa quando o serviço de distribuição estivesse interrompido; (b) instituir isenção tarifária a favor dos usuários, pois compete exclusivamente ao poder concedente e a remuneração está condicionada ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões:

Ação direta de inconstitucionalidade. estado de Santa Catarina. Distribuição de água potável. Lei estadual que obriga o seu fornecimento por meio de caminhões-pipa, por empresa concessionária da qual o estado detém o controle acionário. diploma legal que também estabelece isenção tarifária em favor do usuário dos serviços. Inadmissibilidade. Invasão da esfera de competência dos municípios, pelo estado-membro. Interferência nas relações entre o poder concedente e a empresa concessionária. Inviabilidade da alteração, por lei estadual, das condições previstas no contrato de concessão de serviço público local. Ação julgada procedente.

29 STF, ADI 2340, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 6/3/2013, Dje de 10/05/2013.

- I - Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele.
- II - Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água.
- III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal.
- IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

A Lei do Estado de Santa Catarina Nº 17.933, de 24 de abril de 2020, também com iniciativa parlamentar (PL 51/2020, subscrito pelo Deputado Altair Silva), teve sua constitucionalidade questionada (06/05/2020) no STF pela ADI 6405 (Energia Elétrica) e pela ADI 6411 (Água e Esgoto). No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, houve deferimento de liminar (08/05/2020) em Mandado de Segurança Coletivo impetrado para suspender a aplicação dos art. 1º e 2º, com o argumento de que não cabe ao Estado de Santa Catarina dispor sobre os casos de fornecimento de energia elétrica, tampouco sobre a política tarifária³⁰.

Pelas razões já expostas, é forçoso aplicar a esta Lei de 2020 o argumento do interesse local como predominante (predominância do interesse) na opção federativa do constituinte dos serviços de água e esgoto. Ricardo Lewandowski³¹ sublinha que a atribuição de competências outorgada pela CF/88 aos Municípios confere ao que historicamente estes entes gozavam no plano fático, mas que ainda não inserido no âmbito jurídico-constitucional. Se houver transferência integral ao Estado da titularidade destas atribuições, neutralizaria este novo *status* dos Municípios e a “consagração das comunas como um terceiro nível político-administrativo de nossa estrutura estatal”.

Nesta linha de raciocínio, os serviços de água e esgoto são assuntos, *prima facie*, de predominante interesse local e serviços públicos de interesse local, pois dentre os entes federativos, o município é o que está mais próximo da população, cujas necessidades básicas demandam a prestação destes serviços públicos essenciais, sem prejuízo de eventual colaboração do estado-membro e da União. O ente federado municipal é o que detém a competência constitucional para legislar, organizar e prestar os serviços públicos de saneamento básico de interesse local [art. 30, I, V, CF88]. É inconstitucional, portanto, por usurpação de competência, ato normativo estadual que desloque para o estado-membro a titularidade integral do poder concedente para a prestação de serviço público de interesse predominantemente local, dentre os quais o saneamento básico. A Lei do Estado de Santa Catarina nº 17.933, de 24 de abril de 2020 é (i) organicamente inconstitucional por vício de competência, pois é vedado a estado-membro interferir normativamente, de modo imperativo, em contratos de concessão firmados pelos municípios, por indevida incidência em matéria de interesse local do município (de sua competência legislativa: autogoverno); e é (ii) materialmente inconstitucional, por afetar a política tarifária e/ou o equilíbrio financeiro da relação jurídico-contratual firmada entre concedente e concessionário [STF: STP 111 AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/09/2019, publicado em 04/12/2019; ADI 2299, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 23/08/2019, DJe-277 de 13/12/2019].

30 Mandado de Segurança Coletivo (Órgão Especial) n. 510030-68.2020.8.2020.8.24.0000/SC.

31 LEWANDOWSKI, Ricardo. Titularidade das funções de interesse comum nas regiões metropolitanas e nos entes territoriais assemelhados. *Revista Justiça e Cidadania*. 6 fev. 2015. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/titularidade-das-funcoes-de-interesse-comum-nas-regioes-metropolitanas-e-nos-entes-territoriais-assemelhados/>. Acesso em: 6 set. 2020.

5 CONCLUSÕES

Do exposto, do exame sistemático-conceitual dos citados textos normativos do direito vigente, com os conceitos elementares e a sua construção jurídica na estrutura do sistema jurídico, da consulta às fontes bibliográficas, e da aplicação das premissas na argumentação jurídica com a descrição e o prognóstico da praxis de decisões judiciais do STF, do STJ e do TJSC, responde-se ao problema com a formulação de 4 (quatro) teses jurídicas a seguir:

1. O poder municipal de dispor normas tem de obedecer às diretrizes traçadas sobre o saneamento básico por Lei Federal (art. 21, XX, CF88). Os serviços de saneamento básico são assuntos *prima facie* de predominante interesse local e serviços públicos de interesse local, pois dentre os entes federativos, o município é o que está mais próximo da população, cujas necessidades básicas demandam a prestação destes serviços públicos essenciais, sem prejuízo de eventual colaboração do estado-membro e da União [STJ: CC 65.803/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26/03/2008, DJe 07/04/2008 e CC 86.489/SP, Primeira Seção, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 12.09.2007, DJ 24.09.2007; STF: ADI 2340, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 6/3/2013, DJe de 10/05/2013].

2. O ente federado municipal é o que detém a competência constitucional para legislar, organizar e prestar os serviços públicos de saneamento básico de interesse local [art. 30, I, V, CF88].

3. É inconstitucional, por usurpação de competência, ato normativo estadual que desloque para o estado-membro a titularidade integral do poder concedente para a prestação de serviço público de interesse predominantemente local, dentre os quais o saneamento básico [ADI 1842, Pleno, relator min. Luix Fux, Redator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2013, publicado em 16/09/2013; ADI 2077, Tribunal Pleno, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, DJe-200 publicado em 16/09/2019].

4. A Lei do Estado de Santa Catarina nº 17.933, de 24 de abril de 2020, ao legislar sobre água e esgoto, é (i) organicamente inconstitucional por vício de competência, pois é vedado a estado-membro interferir normativamente, de modo imperativo, em contratos de concessão firmados pelos municípios, por indevida incidência em matéria de interesse local do município (de sua competência legislativa: autogoverno); e é (ii) materialmente inconstitucional, por afetar a política tarifária e/ou o equilíbrio financeiro da relação jurídico-contratual firmada entre concedente e concessionário [STF: STP 111 AgR, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/09/2019, publicado em 04/12/2019; ADI 2299, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 23/08/2019, DJe-277 de 13/12/2019].

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/762>. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Decreto Legislativo Nº 6, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Decreto Nº 10.282, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Decreto Nº 10.329, de 28 de abril de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10329.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Lei Nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11445compilado.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Lei Nº 12.608, de 10 de abril de 2012*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm#:~:text=Art.,desastres%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Lei Nº 14.026, de 15 de julho de 2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.026-de-15-de-julho-de-2020-267035421>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Mensagem nº 93 do Presidente da República ao Congresso Nacional*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *CC 86.489/SP*, Primeira Seção, rel. min. José Delgado, j.12.09.2007, DJ 24.09.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *CC 65.803/SP*, Primeira Seção, rel. min^a. Eliana Calmon, j. 26/03/2008, DJe 07/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 2.337 MC*, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 20/2/2002, DJ de 21/6/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 2223 MC*, Pleno, rel. min. Maurício Corrêa, j.10/10/2002, DJ 05/12/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *MS 25.295*, Pleno, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 20/4/2005, DJ de 5/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 4048 MC*, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJe-157 22/08/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 3343*, Pleno, rel. min. Ayres Britto, red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 01/09/2011, publicado em 22/11/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 2.340*, Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski, j.6/3/2013, DJE de 10/5/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 1842*, Pleno, rel. min. Luiz Fux, red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, j.06/03/2013, publicado em 16/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 2077*, Pleno, rel. min. Alexandre De Moraes, j.30/08/2019, DJe-200 16/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 2095*, Pleno, rel. min. Carmen Lúcia, j. 11/10/2019, DJe-257 26/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *STP 111 AgR*, Pleno, rel. min. Dias Toffoli, j.13/09/2019, DJe-264 04/12/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 2299*, Pleno, rel. min. Roberto Barroso, j. 23/08/2019, DJe-277 13/12/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6343 MC*, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j.25/03/2020, DJe-074 27/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6341 MC-ED*, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, j. 16/04/2020, DJe-097 23/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6405*, rel. min. Celso de Mello, DJe-143 10/06/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5901056>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6411 MC/SC*, rel. min. Celso de Mello, DJe-143 10/06/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343354210&ext=.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6492*, rel. min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5965908>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADI 6536*, rel. min. Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5977458>. Acesso em: 5 set. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da Federação Brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito Constitucional: organização do Estado*. São Paulo: RT, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, v.3).

LEWANDOWSKI, Ricardo. Titularidade das funções de interesse comum nas regiões metropolitanas e nos entes territoriais assemelhados. *Revista Justiça e Cidadania*. 6 fev. 2015. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/titularidade-das-funcoes-de-interesse-comum-nas-regioes-metropolitanas-e-nos-entes-territoriais-assemelhados/>. Acesso em: 6 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2019

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SANTA CATARINA. *Lei Nº 17.933, de 24 de abril de 2020*. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2020/17933_2020_lei.html#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2017.933%2C%20DE%2024%20DE%20ABRIL%20DE%202020&text=ADI%20STF%206405%2F%20%2D%20Aguardando%20Julgamento.&text=1%C2%BA%20Fica%20vedado%20o%20corte,20%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 5 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança Coletivo (Órgão Especial) n.510030-68.2020.8.2020.8.24.0000/SC*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/19823000CAF94C_Liminar.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

SARLET, Ingo; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COVID-19 E CONSTITUIÇÃO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO X ESTADO DE EXCEÇÃO

Paulo de Tarso Brandão

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão. Docente do Centro Educacional (FACVEST). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ).

Eduardo Pereira Brandão

Discente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Sumário: 1 Introdução; 2 Considerações iniciais; 3 Problemas e desafios determinados pela pandemia da COVID-19; 4 A função da Constituição no Estado Democrático de Direito; 5 Pensamento de Giorgio Agamben sobre Estado de Exceção e a pandemia; 6 Constituição. Pandemia. Estado de Direito. Estado de exceção; 7 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 iniciou com a marca da pandemia determinada pelo advento do vírus SARS-Cov2, responsável pela doença denominada COVID-19 (abreviatura de “Coronavirus Disease 2019”). No primeiro momento pareceu, e muito se enunciou, que o mundo havia dado uma guinada de 180º graus. A incerteza foi a marca dos meses iniciais do aparecimento da enfermidade. Passados quase seis meses, em muitos aspectos da vida pessoal e da vida em sociedade parece que os questionamentos sobre o futuro já não se mostram tão expressivos como preliminarmente aparentavam ser. As especulações ainda persistem, há um certo grau de hesitação sobre os próximos passos após a fase aguda do surto viral. No entanto, a profundidade da transformação do mundo já não se revela tão aguda como inicialmente. A sensação é de que haverá mudanças, por óbvio, mas uma parcela da vida seguirá o curso anterior.

A pergunta que se apresenta pertinente, mais do que o grau da mudança, é se os aspectos que devem mudar e os que seguirão iguais devem ser classificados como bons ou ruins para o tempo futuro da humanidade.

Não há como negar que a preocupação com a liberdade individual e coletiva imposta pelos órgãos estatais, a imprecisões na forma de enfrentar a crise e as indecisões sobre o caminho seguinte, objeto de estudo de muitos ramos da ciência, acarretaram um debate intenso entre os principais pensadores da atualidade e esse diálogo intrincado, que ainda persiste, tem oferecido as condições de possibilidade para o afastamento necessário para uma análise mais realista do estágio atual.

É nesse contexto das ideias postas e debatidas em vários artigos de opinião, levando em conta também estudos que já estavam em curso anteriormente ao advento da doença, que o presente trabalho pretende contribuir com uma leitura sobre os efeitos, e/ou aparentes efeitos, causados pelo flagelo na operação do sistema de Direito Constitucional.

Cumprir observar que embora muitos problemas da mesma ordem tenham ocorrido em outros tantos países, o foco das reflexões que seguem recairá sobre o Direito Constitucional brasileiro.

Os tópicos que comporão o trabalho serão os seguintes: a) Considerações gerais no qual serão apresentadas as bases sobre a qual se assentará o texto e as considerações que servirão de fio condutor até às considerações finais; b) segue uma descrição da situação imposta pela pandemia levando em conta o trajeto do início ao tempo presente; c) o item principal proporá um debate sobre o(s) impacto(s), reais ou fictícios, decretados pela pandemia; d) as considerações finais compreenderão uma leitura do contexto exposto no trabalho e uma proposta de diálogo sobre as condições atuais e futuras do Direito Constitucional.

O método utilizado será prioritariamente o dedutivo, sem prejuízo de, em alguns momentos, operar também o indutivo.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A metáfora de Saramago,¹ massivamente citada em sítios na internet, sobre a necessidade de “sair da ilha para ver a ilha”, que tem uma dimensão espacial, também pode ser aplicada contexto temporal: para entender um acontecimento histórico é preciso um

1 SARAMAGO, José. *O conto da Ilha Desconhecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.138.

distanciamento que separe o analista do evento investigado.

É sempre muito difícil formar-se um pensamento, em especial um pensamento crítico, quanto não é possível observar um distanciamento temporal entre o acontecimento e momento da análise. A dificuldade decorre do fato de que olhar para uma situação durante a sua vivência e emitir qualquer juízo sobre ela tende a criar uma espécie de distorção que inebria os sentidos e cria dificuldades para identificar a existência e/ou a extensão do novo ou, ainda, de impor a avaliador uma visão sub ou superdimensionada.²

Também pensando nos primeiros momentos da pandemia, Boaventura de Souza Santos afirma que a pandemia em curso “confere à realidade uma liberdade caótica e qualquer tentativa de a aprisionar analiticamente está condenada ao fracasso, dado que a realidade vai adiante do que pensamos ou sentimos sobre ela”. Para o mestre português a situação é agravada porque os pensadores formados após a Segunda Guerra Mundial, têm como característica a de “ter um pensamento excepcional em tempos normais” e, em razão disso, os intelectuais contemporâneos “têm dificuldade em pensar a exceção em tempos excepcionais”.³

Não há dúvida de que o ambiente ainda vivenciado em razão da pandemia instaurada pela COVID 19 ainda merecerá um tempo para que as modificações na vida das pessoas, em nível global, possam ser compreendidas com maior amplitude e com mais clareza. Todavia, se ainda não é possível uma visão integral da conjuntura, não é possível, de outro lado, deixar de lançar, desde logo, um olhar sobre o tempo presente para buscar entender a dimensão, aqui e agora, daquilo que efetivamente mudou, do que se conserva e que se deve conservar e/ou daqueles pontos que não passam de um senso comum sobre pretensa mutação. Por outro lado, como já foi mencionado antes, o decurso de seis meses colabora para que se possa avançar no balanço dos efeitos sofridos pelo mundo e sobre quais as perspectivas a partir das quais se pode perscrutar o futuro.

Os pensadores mais importantes da atualidade se debruçaram sobre o problema desde os primeiros momentos, com pontos de vista diversos e, algumas vezes, em posições antagônicas. De um lado, alguns seguiram o caminho inaugurado por Giorgio Agamben,⁴ afirmando que o mundo caminha para aprofundar o estado de exceção já em curso nos diversos Estados nacionais há algum tempo. Noutro sentido, Slavoj Žižek integra o grupo que entende de forma positiva os efeitos que poderão advir do atual período ao afirmar que é possível que ele represente uma mudança radical com o potencial para estabelecer uma nova ordem que se oriente no sentido de instituir alguma “organização global que possa controlar a economia, assim como limitar a soberania dos estados nacionais quando seja necessário”.⁵ Sem esgotar toda amplitude das variações possíveis de entendimentos, uma terceira via, na qual este texto se insere, ainda que Agamben seja o autor escolhido para o diálogo porposto, é representada pela posição de Gabriel Markus, que o máximo que é possível nesta quadra é vislumbrar “algumas pistas para depois da pandemia”.⁶

2 MANRIQUE, Patricia. Hospitalidad e inmunidad virtuosa. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020, p. 145.

3 SANTOS, Boaventura de Souza. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020, p.8.

4 AGAMBEN Giorgio. La Invención de una epidemia. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020, p.17-19.

5 ŽIŽEK, Slavoj. Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de 'Kill Bill' y podría conducir a la reinvencción del comunismo. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020, p. 27.

6 MARKUS, Gabriel. El virus, el sistema letal y algunas pistas para después de la pandemia. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020, p.129.

Embora durante o desenvolvimento do trabalho as posições antagônicas sejam consideradas, o foco principal será no caminho de aproveitar o cenário descortinado no arco dos seis meses passados e observar algumas das pistas por ele fornecidas, partindo de uma mera descrição do quadro atual e verificar o que acontecia, o que acontece e o que poderá acontecer no âmbito do Direito Constitucional, tendo com referencial teórico da análise o pensamento sobre o pensamento de Agamben no curso da pandemia.

O próximo item terá como objetivo apresentar um relato dos acontecimentos e da percepção dos pensadores sobre eles, com a finalidade de criar uma moldura para o campo jurídico.

3 PROBLEMAS E DESAFIOS DETERMINADOS PELA PANDEMIA DA COVID-19

A doença imposta pelo vírus SARS-Cov2 determinou uma mudança expressiva na vida e na concepção das pessoas, das Instituições, do mundo empresarial e do próprio Estado. A maior de todas as dificuldades tem sido fixar até que ponto essas mudanças são percepções ditadas pelo sentimento ou em que medida são reais e, de outro lado, quais as consequências que essas vicissitudes causarão no tempo futuro.

Os limites do presente ensaio contêm mais afinidade com as repercussões no âmbito das relações interpessoais e do Estado. No entanto, não é possível desconsiderar que muito além do campo de visão imediato que traz à luz os pontos mais óbvios das transformações, quais sejam, o trabalho a partir de casa e as restrições (de qualquer espécie) ao convívio social, a doença aflorou dúvidas sobre o estilo de vida, o sistema econômico, o modelo de Estado, a construção e a aplicação do Direito, seja no que diz respeito ao *status* atual, seja naquele se anuncia como horizonte.

Mudaram, ao menos nos primeiros momentos, os relacionamentos interpessoais em praticamente todos os recantos do mundo, não importando quão diferentes os povos. Com uma variação muito pequena no curso temporal, isolamentos (verticais ou horizontais), quarentenas, impedimento de aglomeração, fechamento de fronteiras surgiram para afastar familiares, amigos e futuros amigos sem importar se as pessoas estavam infectadas ou não, se possuíam a efetiva possibilidade de ser agentes transmissores.

Aqueles que podem desfrutar das benesses da tecnologia, tiveram ao menos a possibilidade de deslocar os lugares de encontro e celebração. Os que não podem, amargaram a solidão absoluta. Outros, com ou sem acesso à tecnologia, não tiveram a possibilidade de ficar em casa em razão da necessidade de ir a seus postos de trabalho, tendo, por isso, que conviver com o medo e, por vezes, com o preconceito, que também segrega. A nova forma de exclusão escavou desigualdade já existentes e criou novas. Mesmo que por vezes se queira encontrar igualdade na morte ou nas exéquias, como foi dito insistentemente na imprensa e nas redes sociais nos primeiros instantes da nova peste, o certo é que o curso dos acontecimentos demonstrou que a asserção de que morreriam pessoas de todas as classes sociais, foi infirmada pelo número de mortes entre as populações mais pobres que se mostrou desproporcionalmente maior; e os enterros, que embora tenham sido transformados em solenidades entre poucos parentes amigos nas classes mais bem colocadas na escala social, nem de perto chegaram a constituir os funerais coletivos, com corpos colocados em valas comuns, que formaram a prática normalizada imposta aos desfavorecidos, que foram praticadas em diversos lugares pelo mundo.

O elevado nível de informações serviu muito mais para confundir e impor medo do que efetivamente esclarecer a população. A consequência altamente negativa foi, de um lado, levar a que muito aceitassem cegamente credices que prometiam cura ou proteção mirabolantes,

sem qualquer razoabilidade científica, e, de outro lado, uma profunda desconfiança a respeito de qualquer medida capaz de minimamente reduzir o grau de contágio. Grande parte das pessoas oscilou, e ainda oscila, entre uma e outra dessas posições.

Até mesmo a dieta das pessoas foi impactada porque a alimentação passou a ser alvo de preocupação. As medidas sanitárias iniciais apregoavam que a alimentação deveria ser mais saudável para reforçar o sistema imunológico da população. Mais uma vez o mercado esteve, e está, como sempre esteve, por trás de toda essa onda de (des)informação. O medo do desabastecimento dos estabelecimentos de vendas desses produtos levou à revelação de que a preocupação nesse setor da necessidade humana é muito mais uma questão comercial do que nutricional.

O aspecto relativo ao setor alimentício talvez seja aquele mais emblemático do *quantum* que a economia sequestrou da vida em sociedade a ponto de ser ela, ao fim e ao cabo, a destinatária final das preocupações de todos os setores do pensamento humano durante todo o curso da pandemia.

Filósofos, sociólogos, juristas, economistas, sanitaristas e todas as demais áreas do pensamento analisam a crise, sua origem, suas consequências e buscam a superação sob a óptica de suas especificidades, mas praticamente todos têm claro, e enunciam, que a fragilidade do sistema capitalista, centrado na volatilidade dos bens de dos mercados e na total ausência de conexão com a vida humana, transformou a população do mundo de cidadão em consumidores, desprezando de forma significativa os que não possuem a capacidade de consumir.

Parece não haver muita dúvida de que o modelo econômico vigente até então já não será, e não poderá ser, o mesmo a partir dos efeitos colaterais do vírus. A indagação que ainda persiste é a de se o *standard* atual se reforçará no sentido de encontrar mecanismos ainda mais protetivos do capital ou se ele buscará um caminho mais inclusivo, mais humano, e que siga um padrão ecológico e protetivo do planeta. Nos últimos seis meses essa incerteza se reforça na medida em que não surge no horizonte nada que indique uma nova via, embora aumente a necessidade da transformação.

Esse arresto de todos os campos da vida pela economia influi diretamente nas estruturas do Estado e do Direito e, conseqüentemente, no Estado Democrático de Direito.

Para o que interessa ao presente trabalho, o Estado sofre impacto significativo por ser ele chamado a dar conta das questões sanitárias e, ao mesmo tempo, ser ele o encarregado de garantir o funcionamento do mercado, ponto que será explanado no tópico seguinte.

De outro lado, a crise do Estado impacta necessariamente o Direito, de forma especial no Estado Democrático de Direito, mas do colapso não se afasta nem mesmo o direito meramente legitimador dos Estados autoritários, o que será objeto de tópico específico mais adiante.

O ponto central das reflexões que serão propostas ao final está relacionado com um questionamento que vem sendo feito desde sempre, com maiores proporções nesta época, por Giorgio Agamben⁷ sobre se as medidas de exceção decorrentes do ataque ao problema vigente pelas autoridades estatais tendem a ser permanentes ou meramente passageiras.

Desde a primeira hora do evento objeto da análise Giorgio Agamben vem questionando as medidas excepcionais adotados pelos Estado, com foco muito mais agudo na situação italiana. Dois pontos de observação ganham relevo nas preocupações do autor: a forma

7 AGAMBEN, Giorgio. La invención de una pandemia. In, *¿Em qué punto estamos? La epidemia como política*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>. Acesso em: 28 ago. 2020.

imediate com que as ações foram desencadeadas pelas autoridades e a aceitação que elas encontraram por parte dos cidadãos. As observações do filósofo italiano são pertinentes e devem servir de base para uma reflexão muito séria sobre o futuro do Estado e do Direito.

Levando em conta, então, os ambientes em que se manifesta o embate entre Estado de Direito de Estado de exceção, o próximo tópico se debruça sobre a Covid-19 e a repercussão no âmbito do Estado.

4 A FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Muitas são as noções que envolvem o conceito de Constituição e sua finalidade na instituição do Estado. Essas concepções são variáveis, tanto do ponto de vista temporal, quanto de uma óptica espacial. Com relação a este último enfoque basta lembrar a grande diferença entre as Constituições das diversas famílias de Direito e, dentro de cada um desses universos, aquelas de cada Estado.

Do ponto de vista temporal, e para a família de direito conhecida como Romano-Germânica, ou Continental Europeia, sob cujo modelo se insere a da República Federativa do Brasil, também vale a pena lembrar as diferentes concepções que se sucederam em marchas e contramarchas.

De forma muito simples, a Constituição, em linhas muito resumida, em razão dos limites do presente ensaio, teve na sua origem a finalidade de organizar o Estado na partição das competências dos Poderes e, com isso, limitá-los, quer para o funcionamento do próprio ente estatal, quer para evitar que a essa estrutura, exercendo poder ilimitado, pudesse ser exercido com a marca do arbítrio.

É evidente para todos que nos estados autoritários a Constituição tem sido uma fonte legitimadora do próprio arbítrio, mas isso decorre muito da visão inicial, de que ela é um mero documento formal para repartir atribuições.

No Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático, como querem alguns autores) a Lei Maior serve, de forma prioritária, para limitar o Poder e garantir aos cidadãos, individual ou coletivamente, direitos fundamentais que garantam a eles vida digna dentro desse espaço de viver coletivo. Não é por outra razão que embora os delineamentos dos Direitos Fundamentais estejam fundados nos Direitos Humanos, variadas são as formas que os diferentes Estados têm de estabelecer e garantir essa esfera de direitos, mas sempre o fazem no nível da respectiva Constituição.

Comparando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/69⁸ com a vigente Constituição de 1988⁹ é possível verificar a expressiva dissemelhança entre elas. A primeira constitui um documento com característica da primeira concepção anotada acima, uma vez que seu primeiro objetivo é estruturar o Estado brasileiro, constando de seu primeiro título a Organização Nacional e somente no seu segundo título está presente um tímido rol de "Direitos de Garantias Individuais". A segunda carta inverte completamente a ordem e enuncia em primeira mão os Princípios Fundamentais da República e, como decorrência, imediatamente, os Direitos e as Garantias Fundamentais, individuais e coletivos.

Esse giro conceitual entre a primeira concepção a Constituição, que tem a finalidade de

8 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

9 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

organizar o Estado e, secundariamente, conferir alguns Direitos e algumas Garantias ao cidadão (súdito), e a segunda, que tem o Estado como o garantidor de Direitos e Garantias Fundamentais aos cidadãos (partícipes), e é para isso que o Estado será organizado e serão repartidas as competências, separa o clássico Estado de Direito do Estado Democrático de Direito.

O Brasil, então, seguindo a linha de tendência dos principais Estados Nacionais vigentes na atualidade, ao se constituir na forma de Estado cuja tônica está marcada nos Direitos Fundamentais, deve ter orientada e sua administração e a sua vivência interna, para servir de anteparo ao arbítrio e, conseqüentemente, ao denominado “estado de exceção”.

Todavia, não basta mero enunciado ou mera mudança de estrutura constitucional para que um Estado efetivamente possa ser adjetivado de democrático e de direito. É preciso a vivência constitucional. No entanto, não se pode negar que há uma função instrumental no documento, capaz de induzir a construção de um *corpus estatal* que caminhe na direção de atingir o desiderato para o qual ele foi criado. Não é por outro motivo que o preâmbulo da Constituição de 1988, que também tem força normativa, diz que o Estado por ela instituído é “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais...”. É obrigação do Estado Brasileiro, portanto, cumprir a finalidade enunciada no seu prelúdio.

Ao mesmo tempo, a democracia, um dos atributos do ente estatal criado, depende na sua vivência de uma cidadania orientada para o mesmo fim. Dito de outra forma, para implementar a sociedade política enunciada e instituída é preciso que criadores do ente político caminhem na mesma direção. Entre as promessas não cumpridas da democracia insere a falta de educação para a cidadania.¹⁰ É dever do estado propiciar essa educação, e quando não a cumpre opera no sentido inverso, na via do autoritarismo.

Um ponto relevante, sob essa dimensão, ficou (e continua) demonstrada no comportamento dos brasileiros durante o surto. Claramente a democracia é o espaço da divergência de opiniões, crenças e bandeiras, que deve servir para o avanço da vida social, porém sempre na perspectiva de um diálogo. Diante de um problema como o vivenciado, o ponto comum democrático é o respeito ao outro. O terminou ocorrendo foi um embate de posições cuja tônica foi a afronta, a “guerra de posições”, a desconsideração dos parâmetros científicos (nas duas posições antagônicas), o não ouvir o outro. O autoritarismo de Estado, ao contrário do que determina a Constituição, contribuiu para o aumento índice de deseducados políticos.

Há, portanto, uma linha muito tênue que separa o Estado Democrático de Direito do estado de exceção. A Constituição desempenha o papel importantíssimo de definir os marcos que servem de anteparo para que este último não se instaure. No entanto, é preciso evitar a armadilha de pensar que basta uma Constituição formalmente democrática para que a realidade também o seja. É preciso estar atento sempre e apontar enfaticamente os atentados cotidianos ao Estado Democrático e de Direito.

O momento atual, inaugurado pela Covid-19, tem se mostrado propício para constatar que as sociedades atuais não navegam nas águas tranquilas da democracia e do Direito (se é que essas águas são ou serão tranquilas um dia).

Pensar sobre o que tem ocorrido no decurso da decretação da pandemia e verificar se ela é fundadora ou meramente reveladora de uma tendência contrária ao discurso constitucional pode ser muito útil para apontar rumos para, pelo menos, surpreender pistas para quando estiver superada esta fase, no sentido de Gabriel Markus, acima referido.

10 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 43-45.

A opção neste trabalho foi acompanhar o pensamento de Giorgio Agamben no curso dos dias que medeiam o marco da manifestação da doença na Itália até dias recentes. O próximo item, então, será meramente descritivo dessa linha de raciocínio e será instrumental para indagar sobre a condição atual do Brasil.

5 PENSAMENTO DE GIORGIO AGAMBEN SOBRE ESTADO DE EXCEÇÃO E A PANDEMIA

É sabido que para Agamben o tema que envolve o Estado de Direito e o estado de exceção é recorrente ao longo de grande parte da sua significativa obra. Os fundamentos e a sistematização desse mote estão delineados em um livro do mesmo nome.¹¹ De forma especial, o autor usou todo o saber advindo de seu objeto de estudo para contemplar os acontecimentos contemporâneos e refletir sobre os efeitos que o evento vem causando no interior dos Estados estruturados como Estado Democrático de Direito. O foco do autor é, inicialmente, a Itália, mas, obviamente, seu arguto olhar ultrapassa os limites territoriais políticos da Europa e servem para representar qualquer dos sistemas vigentes.

Durante quatro meses, desde a primeira publicação em 26 de fevereiro de 2020, o filósofo italiano expôs seu pensamento em artigos divulgados em primeira mão pelo sítio quodlibet.it. Os artigos ali publicados foram recolhidos e traduzidos para o espanhol sob o título “¿En qué punto estamos? La epidemia como política”,¹² que será utilizado na compilação a seguir.

No primeiro da série de artigos que compõem a reflexão já anunciada Agamben parte de um pressuposto criticado de pronto por muitos pensadores¹³ que estão refletindo sobre o mesmo ambiente atípico, pois já no título se referia, então, à pretensa “invenção de uma epidemia”.¹⁴

Apesar de ter por base uma informação que se mostrou falsa posteriormente, advinda do Consiglio Nazionale delle Ricerche, segundo a qual “no hay ninguna epidemia de SARS-CoV-2 em Italia”, e afirmar que a doença seria uma mera invenção das autoridades sanitárias italianas para impor, com a colaboração da imprensa, medo à população e, a verdade é que já neste momento alertava para duas situações verdadeiramente preocupantes que decorriam dessa conduta estatal.

A primeira está relacionada com a crescente tendência de “utilizar o estado de exceção como paradigma normal de governo”. O segundo aspecto é que o estado de medo que se amplia cria um ambiente de pânico, cada vez mais utilizado pelos governos para limitar a liberdade dos cidadãos que as aceita em nome de uma pretensa segurança.

Fazendo uma analogia com o que ocorreu quando pragas assolaram a Itália entre os anos 1500 e 1600, ocasião em que o governo de Milão à época noticiou a existência de

11 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

12 Os textos publicados inicialmente pelo sítio quodlibet.it, foram publicados em diversos meios e lugares, como por exemplo, na compilação *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020. De forma mais ampliada, já que se trata de publicação posterior, os textos passaram a compor coletâneas publicadas pela editora Adriana Hidalgo e pelo sítio Artillería Imanente. O uso desta última compilação se dará em razão de ser a única em língua espanhola acessível no Brasil. Em razão disso, as anotações estarão indicadas em referências diversas, ebook e sítio, embora com o mesmo nome da obra.

13 Por todos ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 8.; NANCY, Jean-Luc. Excepción viral. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020, p.30; BUTLER, Judith. *O mundo deve mudar e os ideais do socialismo democrático são os que mais deveriam ser estimados*. Entrevista a Constanza Michelson. Tradução do Cepat. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598283-o-mundo-deve-mudar-e-os-ideais-do-socialismo-democratico-sao-os-que-mais-deveriam-ser-estimados-entrevista-com-judith-butler>. Acesso em: 2 maio 2020.

14 AGAMBEN, Giorgio. La invención de una pandemia. In: ¿En qué punto estamos? La epidemia como política. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>, p.5-8. Acesso em: 28 ago. 2020.

uma figura mítica chamada de untador, que besuntava com untos pestilentos as portas e fechaduras das casas e outros lugares privados, com a intenção de espalhar a peste, tanto no âmbito público, como também no privado. Evidente que a finalidade da “fake news” da época é que tinha a finalidade de espalhar o terror e o medo entre a população, para, com isso, sobre ela aprofundar o controle. O novo untador, aos olhos do governo atual, é aquele que não se submete aos atuais protocolos da pandemia e, por isso, é castigado imediatamente com prisão. O efeito mais perverso, além da quebra do Estado de Direito, é a “degeneração das relações entre os homens” que essas medidas têm a vocação para produzir. Há como que uma abolição do outro. Com isso, o Estado consegue criar uma ambiência capaz de levar à aceitação a reprimenda dirigida ao outro.¹⁵

Em 17 de março, uma replica, quase desproporcional, a um jornalista italiano, Agamben aproveita para responder aos críticos de suas duas primeiras publicações. O artigo tem o sugestivo nome de “Aclaraciones”. Acrescenta, porém duas preocupações recorrentes que perpassam a sua obra e que foram renovadas em praticamente todos os artigos desta fase.

A primeira, afirma, é que a onda de pânico estimulada pelas ações do governo e pela imprensa leva a população a sacrificar as relações de trabalho, de amizade, de afetos, as convicções religiosas e até políticas em nome da sobrevivência à doença, ou seja para salvar a vida. O problema maior dessas renúncias é que elas decretam o fim das relações humana e sociais e o homem, então, perde a sua humanidade.

A segunda, que considera não menos preocupante e que está no contexto que claramente se insere no mesmo que o Estado e o Direito experimentam nesta quadra,¹⁶ qual seja, a de que o estado de exceção já vem operando no interior dos Estados Nacionais há algum tempo a ponto de isso ter se convertido em “condição normal”.¹⁷

Nos demais artigos, Agamben apresenta, de formas variadas, as mesmas inquietudes até agora referidas.

Em síntese, sem assumir que a doença foi uma invenção, todas as demais observações de Giorgio Agamben criam a ambiência para uma reflexão sobre as condições e contradições e respeito do cumprimento dos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil, que é a de construir um Estado Democrático de Direito, cuja marca principal é a garantia dos Direitos Fundamentais consagrados pelos fundadores da ordem jurídica em 1988.

Usando esse cenário, delineado pelo filósofo a partir da Itália, mas que claramente se aplica a vários países, o seguinte tópico buscará exemplos para demonstrar que efetivamente há o perigo de o estado de exceção vir a ser o “novo normal” após a passagem do período de pandemia, porque ele já está em curso no cotidiano brasileiro.

6 CONSTITUIÇÃO. PANDEMIA. ESTADO DE DIREITO. ESTADO DE EXCEÇÃO

A emergência de pandemia deixou muito claro que o Estado esteve sempre pronto para medidas excepcionais desde o primeiro momento. Não faltaram exemplos. De outro lado, o mesmo evento, quando olhado com mais foco, na verdade deixou transparecer o que já estava

15 AGAMBEN, Giorgio. Contagio. In: *¿Em qué punto estamos? La epidemia como política*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>, p.9-12. Acesso em: 28 ago. 2020.

16 V. BRANDÃO, Paulo de Tarso. Paradoxos do Estado e do Direito Desvelados pela COVID-19. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). COVID-19: *Democracia e Poder*. Itajaí: Univali, 2020, p. 307-325.

17 AGAMBEN, Giorgio. Contagio. In: *¿Em qué punto estamos? La epidemia como política*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>, p.13-16. Acesso em: 28 ago. 2020.

em curso: uma série de negações, desconstruções ou violações de Direitos Fundamentais.

Nos primeiros momentos da peste, o Ministério da Saúde pretendeu efetuar o rastreamento das pessoas infectadas por meio do sinal de telefonia celular. Na concepção do Ministro da Saúde da época, essa era a maneira mais adequada para identificar as pessoas doentes e efetivar um bloqueio ao contágio,¹⁸ ainda que reconhecesse ser uma situação excepcional e, inclusive, violadora do direito à intimidade, previsto como Direito Fundamental no artigo 5º, X, da Constituição da República. Claramente se tratava de vontade de violar de direito com o argumento principal de que a ação havia sido adotada em outros países.

É verdade que alguns países europeus também pretenderam importar a experiência de países asiáticos. No entanto, o que não foi levado em consideração pelo então Ministro da Saúde é que, como nos países europeus, o Brasil possui uma Constituição que veda expressamente esse tipo de invasão na intimidade. Com lembra Byung-Cul Han os países asiáticos “têm uma mentalidade autoritária” que decorre “de sua tradição cultural (confucionismo)”.¹⁹ Nada disso foi tomado em conta quando o plano foi sugerido.

A intenção da autoridade sanitária pode até ser nova, mas a prática de copiar modelos externos, inspirados em Países com constituições completamente diversa da brasileira, impregnada de outros valores e composta com outras normas, tem sido recorrente. Poder-se-ia chamar de importação às cegas.

Essa importação tem sido, então, realizada de modo acrítico, sem considerar a negação de Direitos Fundamentais e o profundo abalo que causa no Estado Democrático de Direito, que todos os brasileiros devem construir e manter, nos termos estabelecidos na Constituição da República.

Porém, não só pela importação o estado de exceção tem ferido aspectos dos Direitos Fundamentais no Brasil e não raras vezes assume o caráter de normalidade, para a qual enfaticamente chama a atenção Giorgio Agamben. Vários seriam o exemplo comprobatório de que o filósofo italiano tem elevado grau de razão, e alguns deles já foram salientados em outros lugares.²⁰ Para os limites deste ensaio, inclusive no que se refere ao tamanho máximo estabelecido pela organização, vale a pena trazer uma emblemática amostra de que o estado de exceção tende a instalar-se apesar de todos limites protetivos dos direitos dos cidadãos assegurados expressamente pela Constituição da República, configurando o que Lenio Streck chamou de baixa constitucionalidade.²¹

O senso comum que envolve a imputação de crime a algum cidadão, especialmente nos últimos anos, no Brasil, quando passou a vigorar com muito mais intensidade o chamado “Direito Penal do Espetáculo”, a pena de prisão passou a ser o emblema do combate o crime e, ao mesmo tempo, a melhor representação do estado de exceção como normal política de Estado. A nota anterior (n. 23) remete ao assunto do cumprimento da pena de prisão sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado e não vale a pena repetir neste momento, ficando o registro para o leitor interessado no tema. O que interessa ressaltar como exemplo da afirmação é a contenda sobre o prazo de duração da prisão preventiva no Brasil, que merecerá os comentários que seguem.

18 BBC. *New Brasil*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 4 maio 2020.

19 HAN, Byung-Chul. La emergencia viral y el mundo de mañana. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020, p.99.

20 BRANDÃO, Paulo de Tarso. Paradoxos do Estado e do Direito Desvelados pela COVID-19. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). COVID-19: *Democracia e Poder*. Itajaí: Univali, 2020.

21 STRECK, Lenio. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em *Terrae Brasilis*. In: *SciELO*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200004. Acesso em: 28 ago. 2020.

Todo o debate sobre o tema resvalou para uma vala comum do denominado “princípio da razoabilidade” para afirmar que a prisão preventiva – lembrando que a prisão temporária tem prazo legalmente fixado – não encontra prazo determinado em lei, havendo somente uma norma que determina a revisão da necessidade da prisão a cada noventa dias, e terá a duração razoável, a depender da complexidade do processo. Essa complexidade, é dizer comum, decorre de fatores variados, como o número de acusados, tipo de crime, dificuldade da coleta da prova etc.

A controvérsia chega constantemente aos Tribunais Superiores, e recebe neles os tratamentos diversos. No Superior Tribunal de Justiça na maioria das vezes que o tema é enfrentado o foco principal se concentra na complexidade do caso e é muito maior o número de vezes que o excesso de prazo não reconhecido.²² Já no Supremo Tribunal o número expressivo de pedidos é o do reconhecimento da imoderação em processos em que a prisão facilmente ultrapassa oito meses (não poucos ultrapassam a casa de um ano de segregação) e, neste caso, é bem maior o número de vezes que ao detento é devolvida a liberdade afrontada pela ilegalidade.²³

Apesar de no Supremo Tribunal Federal ser mais vezes reconhecido o excesso de prazo, até pela razão de o prazo ser inegavelmente exagerado, na maior parte das vezes o fundamento para a concessão da liberdade está na regra que consagra a chamada presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição da República.²⁴ No entanto, este fundamento é adequado para fundamentar, sim, a impossibilidade da prisão pena sem o trânsito em julgado (quando da decisão condenatória não caiba mais recurso, portanto).

Certamente não é muito fácil afirmar peremptoriamente qual o prazo da prisão cautelar, da modalidade preventiva, mas isso não quer dizer que ele não exista e que não esteja determinado em lei. E, neste caso, o direito fundamental que resta assegurado é aquele do artigo 5º, LIV, da Constituição do Brasil, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.²⁵

Uma vez que o Código de Processo Penal, regulando o procedimento comum, que é aquele aplicável aos crimes que admitem prisão preventiva, em seu artigo 10, estabelece que o prazo para a conclusão do inquérito é de 10 (dez) dias, quando investigado estiver preso cautelarmente na modalidade em tela; no artigo 46, determina o prazo de 05 (cinco) dias para o oferecimento da denúncia com acusado nas mesmas condições; depois do recebimento da denúncia, o prazo para a defesa prévia estabelecido no artigo 396 é de 10 (dez) dias; após, há determinação expressa e peremptória no artigo 400 de que a audiência de instrução e julgamento deve ser realizado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias; por fim, o prazo máximo deferido ao juiz para prolatar a sentença é de 10 (dez) dias, conforme comando imperativo do parágrafo primeiro do artigo 404. Considerando que a lei não concede prazo maior do que 10 (dez) dias para agentes do Estado ou mesmo para defensores, por analogia, deve ser considerado esse o prazo máximo para o recebimento da denúncia.

Há um parâmetro legal que estabelece o prazo de 105 dias, em processo normal, dentro

22 Ver como exemplo: BRASIL. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=EXCESSO+DE+PRAZO+PARA+JULGAMENTO+DO+RECURSO+DE+APELA%C3%87%C3%83O>. Acesso em: 04 set. 2020.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=excesso%20prazo%20prisao%20preventiva&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 04 set. 2020.

24 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

25 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

do qual, estando presentes todos os requisitos e pressupostos, inclusive a necessidade, é possível a permanência da prisão preventiva.

A todas as demais situações, como a da necessidade de diligência após o final da instrução, as questões relativas à formação e a realização da sessão do Tribunal do Júri etc, devem ser somados os prazos estabelecidos pela lei para encontrar o padrão temporal dentro do qual está autorizada a prisão preventiva. Fora disso, todo o prazo que extrapola os limites legalmente estipulados está fora do conceito estrito do “devido processo legal”, consagrado, como Direito Fundamental, no ordenamento jurídico pátrio.

Não há, portanto, a menor lógica na afirmação de que a prisão antecipada não tem prazo determinado em lei, uma vez que os prazos processuais devem ser levados a sério e estão previstos em normas que visam exatamente garantir a segurança dos cidadãos contra qualquer forma de arbítrio por parte do Estado acusador/julgador.

Da mesma forma, é errôneo pensar que o Direito Fundamental violado é o que determina que o estado de inocência até o trânsito em julgado, posto que se assim fosse não caberia a cautela penal em apreço em nenhuma hipótese. Por fim, a baliza final para a custódia preventiva não é questão de razoabilidade (duração razoável do processo), nem de proporcionalidade ou, muito menos, de necessidade. Todas estas circunstâncias envolvem alto grau de subjetivismo que não é compatível com a dimensão temporal clara e intencionalmente delimitada no “devido processo legal”.

Sobre a sustentação recorrente, de forma especial na jurisprudência, de que a necessidade é que regularia a duração da prisão preventiva é preciso aclarar melhor as coisas. A necessidade é importante elemento a ser observado no tema da prisão acautelatória, mas como um limitador e não como permissão para o arbítrio. Melhor esclarecendo: estando presentes todos os requisitos e pressupostos da preventiva a prisão só se justifica se houver necessidade e, mesmo estando ainda dentro do prazo legal se desaparece essa contingência a liberdade deve ser restituída. No entanto, não estando presentes os requisitos e pressupostos, inclusive no que concerne ao prazo, não pode a necessidade ser o elemento justificador da prisão porque ela ultrapassa os umbrais da legalidade. Portanto, a necessidade, por si só, fora dos parâmetros legais, não é idônea para a prisão.

Para concluir este tópico, mesmo que se possa não seguir totalmente Agamben, mas identificar como “pistas para depois da pandemia” as suas indicações, é preciso admitir que há indelével razão para preocupar-se com o aproveitamento da pandemia para o definitivo estabelecimento do estado exceção como normalidade. E muito mais expressiva se tornam suas reflexões quando alerta para o fato de que isso decorre do fato de que já está em curso, há algum tempo, essa tentativa de desmanche dos Direitos Fundamentais e, por consequência do Estado Democrático de Direito.

A responsabilidade que Agamben imputa aos juristas²⁶ não pode ser respondida com o desespero daqueles que acham que todas as críticas à sua atuação é “uma perseguição” protagonizada por alguém (pesquisadores, juristas, jornalistas, por exemplo). Ela deve ser digerida e aceita como um acoroçoamento para que todos aqueles profissionais da área do direito, efetivamente comprometidos com a construção de um Estado que cumpra sua função social, lato sensu, imediatamente busquem inverter essa desastrosa caminhada no sentido de destruir a própria razão de ser do Direito, da Democracia e, por consequência o Estado Democrático de Direito.

26 AGAMBEN, Giorgio. Una Pregunta. In: *¿Em qué punto estamos? La epidemia como política*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>, p.35. Acesso em: 28 ago. 2020.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando surgiram as primeiras notícias do advento de uma nova praga que poderia colocar o mundo de cabeça para baixo e quando, rapidamente, houve a confirmação pela Organização Mundial da Saúde, que decretou o estado de pandemia mundial, houve uma inquietação significativa em todas as áreas do conhecimento e nas práticas cotidianas de todas as pessoas.

A primeira impressão era de que se tratava de uma nova revolução completa no *modus vivendi* de toda a população mundial. As estruturas dos Estados e do Mercado nunca mais voltariam a ser as mesmas. Por consequência, o Direito também estaria fadado a se modificar completamente. Tudo isso desafiou uma produção gigantesca de *lives*, livros, artigos científicos e de opinião, seminários, palestras etc., buscando entender os novos fatos e a definição do futuro pós-pandêmico.

O decurso do tempo de quase seis meses permite uma visão um pouco mais ampla da influência da pandemia na ordem global. Estão, agora, postas as condições para interpretar com mais clareza as pistas que indicam o futuro, mas, também, para deixar perceber o que vinha, de alguma forma, (quase) imperceptivelmente acontecendo (não sem aviso poderia dizer Agamben).

Para o Direito, se pode dizer, em breve síntese, que o impacto que a doença COVID-19 causou, foi mais de desvelar sua condição atual para dar indicações de qual transformação ele efetivamente precisa sofrer.

Do ponto de vista do Direito Constitucional fica muito claro que a baixa constitucionalidade tem levado a que este ramo do Direito esteja servindo na atualidade de discurso legitimador de um Estado pouco democrático e pouco gestor dos Direitos Fundamentais.

A revolução que precisa ser feita, imediatamente, por quem tem a responsabilidade de cumprimento ao ordenamento constitucional é fomentar, fazer operar e dar efetividade ao rol de Direitos Fundamentais que constituem a razão de ser o Estado brasileiro, segundo está plasmado no documento que o instituiu, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Quem vencerá? O Estado Democrático de Direito ou o estado de exceção? A resposta não tem como ser dada aqui, mas certamente vai depender substancialmente do esforço que os juristas empreenderem no sentido de levar a sério o seu ofício.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. La Invención de una epidemia. In: *Sopa de Wuhan*: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020, p. 17-19.

AGAMBEN, Giorgio. Contagio. In: *¿Em qué punto estamos?* La epidemia como política. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>, p. 13-16. Acesso em: 28 ago. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. La invención de una pandemia. In: *¿Em qué punto estamos?* La epidemia como política. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>. Acesso em: 28 ago. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *Una Pregunta*. In: *¿Em qué punto estamos?* La epidemia como política. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>, p. 35. Acesso em: 28 ago. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *¿Em qué punto estamos?* La epidemia como política. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/467000116/2020-Giorgio-Agamben-En-que-punto-estamos-La-epidemia-como-politica-3>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BBC. *New Brasil*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 4 maio 2020.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Paradoxos do Estado e do Direito Desvelados pela COVID-19. In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *COVID-19: Democracia e Poder*. Itajaí: Univali, 2020.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível no sítio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=EXCESSO+-+DE+PRAZO+PARA+JULGAMENTO+DO+RECURSO+DE+APELA%C3%87%C3%83O>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=excesso%20prazo%20prisao%20preventiva&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 04 set. 2020.

BUTLER, Judith. *O mundo deve mudar e os ideais do socialismo democrático são os que mais deveriam ser estimados*. Entrevista a Constanza Michelson. Tradução do Cepat. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598283-o-mundo-deve-mudar-e-os-ideais-do-socialismo-democratico-sao-os-que-mais-deveriam-ser-estimados-entrevista-com-judith-butler>. Acesso em: 2 maio 2020.

HAN, Byung-Chul. La emergencia viral y el mundo de mañana. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020.

MANRIQUE, Patricia. Hospitalidad e inmunidad virtuosa. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020.

MARKUS, Gabriel. El virus, el sistema letal y algunas pistas para después de la pandemia. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020.

NANCY, Jean-Luc. Excepción viral. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020.

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

SARAMAGO, José. *O conto da Ilha Desconhecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

STRECK, Lenio. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em *Terra Brasilis*. In: *SciELO*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200004. Acesso em: 28 ago. 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de 'Kill Bill' y podría conducir a la reinvencción del comunismo. In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*. La Plata: Pablo Amadeo/ASPO, 2020.

O PRINCÍPIO DA LEALDADE INSTITUCIONAL E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Pedro Henrique Costa e Moreira

Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Especialista em Direito Civil Aplicado pela Puc Minas. Pós-graduando em Gestão Jurídica pelo IBMEC/BH. Advogado.

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo

Doutora em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre em Direito de Empresas pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito de Empresas pelo Centro de Atualização em Direito (CAD). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada. Mediadora Judicial credenciada pelo TJMG.

Sumário: 1 Introdução; 2 Formação e evolução da identidade constitucional brasileira; 3 Crise institucional; 4 Lealdade institucional; 5 Independência e harmonia: equalização dos poderes da república; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ordem constitucional brasileira, fundada na harmonia social, constitui-se em Estado Democrático de Direito cujos fundamentos são a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Referidos itens são pressupostos extraídos das primeiras linhas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e de conhecimento geral, inclusive daqueles menos habituados ao texto.

Entretanto, para que haja correspondência do texto constitucional com a realidade, as instituições democráticas devem estar cientes de seu papel e agir com lealdade, para que, em momentos de crise não sejam feitos questionamentos desnecessários sobre a validade do sistema democrático.

Por lealdade institucional, aqui compreendido como um princípio jurídico, entende-se a necessária aproximação e cooperação entre as instituições que compõem os poderes públicos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Esse princípio se traduz nas obrigações mútuas dos poderes de cooperação, informação e diálogo com o objetivo de manter a harmonia social e assegurar os direitos fundamentais.

Não é possível conceber a Democracia brasileira sem o pressuposto de lealdade entre os poderes, tendo em vista que, como será discutido nos articulados seguintes, a identidade constitucional do país está em consolidação afetando sobremaneira a solidez das instituições democráticas, que vêm ao longo dos anos sofrendo duros golpes na tentativa de esvaziar os fundamentos da Carta Magna.

O escopo do presente artigo é a análise de, como diante da crise sem precedentes, o princípio da lealdade institucional se fez sentir no cenário brasileiro.

O estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, foi declarado no Brasil no dia 3 de fevereiro de 2020, por meio da Portaria nº 188 do Ministério da Saúde, tendo como fundamento os incisos I e II do parágrafo único do artigo 87 da Constituição da República de 1988. Desde então, inúmeras ações governamentais foram tomadas para assegurar o bem-estar da população.

Contudo, uma série de conflitos jurídicos e políticos acompanharam o avançar da pandemia, acarretando o desgaste da imagem do governo federal que, de forma muitas vezes “leviana”, cuidou de descumprir protocolos médicos estabelecidos por autoridades internacionais.

A partir da discussão política que a situação acabou por inflar, cumpre, como já dito, analisar a postura das instituições democráticas nesse período, em especial a afirmação feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672, que aduziu o seguinte:

[...] o governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária”, bem como o fato de o presidente da república praticar “ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo mundo.

Conforme restará comprovado nos capítulos seguintes, denota-se, claramente, a animosidade instaurada entre os envolvidos.

Ademais, escancarada restou sendo a ausência de cooperação, informação e diálogo, desaguando em o que se pode chamar de caos social afetando não apenas a imagem do país enquanto nação, mas seus interesses políticos, sociais e econômicos.

2 FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Conforme exposto alhures, a identidade constitucional brasileira ainda está em formação, podendo se considerar que não está solidificada havendo muito o que se discutir e consolidar. O que se pretende nesse tópico é demonstrar que a identidade constitucional brasileira não está adstrita à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo sua formação muito mais longínqua, remontando ao ano de 1824, data do primeiro texto constitucional.

De lá para cá, muitas foram as crises enfrentadas pelo país, muitos foram os regimes e as formas de governo a que se submeteu o Brasil sem que houvesse tempo suficiente para a formação de uma identidade constitucional sólida. A crise gerada pelo COVID-19, impactou de forma considerável a percepção da sociedade frente a situações nunca antes vividas, incluindo-se a restrição direitos fundamentais basilares como a livre locomoção, exercício do trabalho, liberdade de culto, dentre outros.

A postura de uma sociedade frente aos desafios sociais é fruto de uma conjunção de fatores dentre os quais se encontra a força de seu ordenamento jurídico e a confiabilidade que as instituições demonstram diante de circunstâncias adversas.

Não se quer dizer com isso que a confiança nas instituições deva ser cega e insuscetível de críticas, muito pelo contrário, todavia, é preciso permitir que haja margem de trabalho, o que por sua vez implica ao Estado demonstrar sua capacidade de gerir e atuar naquela situação.

Em um estado de direito, essa força advém principalmente da Constituição, norma máxima que determina os deveres e direitos do Estado para com seus cidadãos.

Assim, não se pode cogitar, como se chegou a fazer em um período inicial da pandemia, que a força pudesse ser exercida pelas organizações militares, mesmo que algumas interpretações da Constituição pudessem indicar essa possibilidade, sob pena de não estar sendo democrático.

Segundo Peter Häberle², a Constituição não é apenas um texto jurídico ou um arcabouço de normas, mas sim uma expressão do estado evolutivo de uma sociedade. É o espelho de seu patrimônio cultural e fundamento da sua esperança.

A história constitucional do Brasil inicia-se em 1824, com a outorga da primeira Constituição pelo imperador D. Pedro I. Aquele texto determinava o país como uma associação de todos os cidadãos brasileiros. Todavia, o conceito constitucional de cidadão previsto no artigo 6^o daquele diploma tinha uma abrangência duvidosa, considerando que o pleno exercício de direitos políticos era limitado, a Constituição previa censitário, conforme artigos 90 a 95.

O sistema de garantias e direitos, como se pode imaginar era igualmente seletivo e os poderes políticos divididos em quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial³.

1 HÄBERLE, Peter. *Costituzione e identità culturale: tra Europa e stati nazionali*. trad. Iginio Schraffl. Milano: Giuffrè, 2006, p.11.

2 Art. 6. São Cidadãos Brasileiros:

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.
II. Os filhos de pai Brasileiro, e os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Imperio.
III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.
IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuacão da sua residencia.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.
3 A história da evolução constitucional brasileira pode ser encontrada com maiores detalhes nas obras CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição*. 17. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011 e MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, que serviram de marcos para o presente estudo.

Em que pese a divisão, a centralização se dava no Poder Moderador, exercido pelo imperador cuja pessoa era “inviolável e sagrada”, não sujeito a qualquer responsabilização. Ao imperador cabia também a chefia do poder Executivo. O poder Legislativo era exercido por delegação e a Assembleia geral condicionado a sanção do imperador. O Judiciário, por sua vez, era composto por juízes perpétuos e independentes, sem, contudo, ter alguma garantia já que, poderiam ser suspensos pelo imperador em razão de queixas feitas contra eles.

Há de forma evidente na primeira Constituição do Brasil, uma separação de poderes meramente formal, com uma preponderância do poder Executivo, aqui resultante de sua junção com o poder moderador, personificados na figura do imperador.

É possível concluir que a grande maioria dos cidadãos sequer estava representada no texto constitucional que representava mais uma aspiração política da recém-conquistada independência. Esse texto foi o que teve maior longevidade até o presente momento, vigorando por 67 anos, sendo substituída pela Constituição de 1891 que inaugura o período republicano no país.

O texto de 1891 criou os estados-membros, antes chamados de Províncias. Essa modificação, inspirada pela alteração do regime político, de império para república, influenciou na criação da justiça estadual e federal, bem como, pela primeira vez, a figura do Supremo Tribunal Federal – STF - como órgão máximo do Poder Judiciário com competências originárias.

A esta se sucederam outras seis constituições datadas dos anos de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 até chegar a de 1988, que vigora atualmente.

Dessas, algumas merecem uma atenção pormenorizada para melhor compreender a formação da identidade constitucional do Brasil, outras por sua vez, em razão da brevidade, como a de 1934 e 1967, apesar de importantes, tiveram esse aspecto suplantado por aquelas que as sucederam.

A carta de 1937 tem origem no governo de Getúlio Vargas cuja ascensão ao poder resultou de um golpe de Estado. O período conhecido na história brasileira como Estado Novo determinou uma linha de governo ditatorial cuja figura central era a do poder Executivo. O poder Judiciário foi praticamente anulado, as decisões proferidas pelo Judiciário estavam sujeitas a revisão do parlamento. O Legislativo esvaziado com a dissolução do parlamento e a concentração de suas atribuições ficaram a cargo do Presidente da República. Na prática, assim como no período imperial, a separação de poderes era meramente formal e a possibilidade de identificação democrática, nula.

Com o fim do Estado Novo em 1945 abriu-se espaço para um pensamento mais democrático, visando superar o autoritarismo vivido. Assim, a Constituição de 1946 foi estruturada de forma a equilibrar as funções dos três poderes. O Legislativo voltou a exercer seu papel de criador primário de leis e o Judiciário retomou sua independência e soberania na verificação da constitucionalidade das leis.

Os direitos individuais que apareciam como mera formalidade nas constituições de 1934 e 1937 ganham maior expressão. O ambiente democrático se mostrava fértil para uma discussão mais livre, tanto que pela primeira vez aparece constitucionalizado o embrião do direito ao acesso à justiça no Brasil, a possibilidade de levar ao Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito.

Em 1964, contudo, o ambiente democrático é devastado pelo Golpe Militar que resulta, em 1967, na outorga de uma nova Constituição marcada pelo militarismo e pela recondução do poder Executivo ao centro da divisão dos poderes, concentrando nele a possibilidade de legislar e a imunidade ao controle do Judiciário.

O mais evidente sinal desta concentração é a edição do Ato Institucional nº 5, que

previa a possibilidade de fechamento do Legislativo pelo Presidente da República, bem como a suspensão de direitos políticos, garantias constitucionais, bem como, a exclusão desses atos da revisão por parte do Judiciário.

Essa Constituição foi emendada em 1969 de tal forma que se reconhece que o texto final resultou em uma nova Constituição. O texto consolidou o Ato Institucional nº 5 sendo determinante para a centralização dos poderes na figura do Presidente da República, suspensão de direitos e garantias individuais, esvaziamento das funções legislativa e judiciária. O acesso à justiça resta comprometido em razão da limitação imposta ao Judiciário da revisão de certos atos do poder Executivo.

Apenas em 1988 é restabelecido o Estado Democrático no Brasil. Após uma intensa luta por direitos foi promulgada a “Constituição Cidadã” em 05 de outubro daquele ano.

O texto aprovado apresenta um pormenorizado rol de garantias e direitos fundamentais extensivos a todos os cidadãos brasileiros, sem distinção de gênero, religião ou classe social. As instituições democráticas são fortalecidas e a tripartição de poderes é colocada no texto de forma a favorecer um sistema de freios e contrapesos no intuito de evitar a ressurreição da ditadura e o retrocesso democrático.

Em um período de menos de 200 anos, o Brasil teve oito constituições sendo a maioria delas sem qualquer participação democrática e com um forte viés centralizador.

Diante desse histórico é de se concluir que há uma dificuldade muito grande em determinar o referencial para a construção da identidade constitucional brasileira. As constantes e abruptas rupturas na ordem constitucional dificultam atualmente que haja um referencial concreto.

A saída do sistema ditatorial de 1964 para o modelo democrático de 1988 ainda não se consolidou, a democracia brasileira ainda muito jovem tem de conviver com os ecos da ditadura. A harmonia entre os poderes delineada pela Constituição ainda não se coaduna com as garantias fundamentais previstas no artigo 5º.

Em todos os textos constitucionais, não apenas do ordenamento brasileiro, há uma série de valores que conferem uma estrutura individual àquela sociedade e é por meio da análise desses valores que se encontra o rosto da Constituição⁴.

A ordem constitucional vigente no Brasil tem de conviver com o pluralismo da sociedade e a releitura constante de direitos garantidos. A sociedade atual é multicultural, multireligiosa, apresenta uma gama de interesses individuais, econômicos e sociais que devem ser harmonizados com os interesses coletivos.

O cidadão, prevê a Constituição de 1988, deve ser respeitado em sua individualidade, sendo-lhe assegurado os direitos fundamentais. É, portanto, necessária a harmonização de um “eu” (self) com o outro. Daí então é que surge a necessidade de sedimentar as características da identidade constitucional para que se possa garantir o acesso aos direitos previstos na Constituição.

Ao se afirmar como democrática e determinar quais são os direitos e garantias fundamentais do cidadão, a Constituição reconhece que não pode impor uma visão unificada. Deve considerar que a sociedade é viva e se modifica, o que força o texto a valorar aquilo que importa para a sociedade. A identidade constitucional é resultado da tentativa de equilíbrio entre a normatividade e o contexto social na qual a Constituição se insere.

Isso implica que a construção dessa identidade seja fruto de um processo dinâmico

4 OTERO, Paulo. *Direito constitucional português: identidade constitucional*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2010, p.22.

sempre aberto a uma elaboração e a revisão e que deva respeitar sempre o caráter democrático essencial ao Estado democrático. Para tanto é necessário que haja um alto grau de cooperação dos atores envolvidos, políticos e cidadãos. Sendo esses últimos os grandes protagonistas em um Estado Democrático de Direito.

Esse equilíbrio no âmbito da Constituição de 1988 é um grande desafio diante da valorização de direitos e garantias, assim como a inserção de várias cláusulas abertas cujo complemento é previsto para ser feito por leis ordinárias, competência do poder Legislativo. Todavia, essa atividade, passados 32 anos da promulgação do texto constitucional não ocorreu de forma satisfatória.

De outro lado, o alto número de direitos assegurados contrasta com a possibilidade de o Estado Brasileiro assegurar sua efetiva implementação. A deterioração das políticas públicas, aliada a desconfiança dos cidadãos com os poderes Legislativo e Executivo⁵, fez com que o poder Judiciário surgisse, pela primeira vez na história constitucional brasileira como protagonista nas relações entre Estado e cidadão.

A Constituição de 1988, optou de forma clara para a valorização dos direitos, não somente por positivar um extenso rol daqueles que considera fundamentais e que devem ser garantidos, mas também por valorizar o Judiciário, retomando garantias dos juízes, criando a defensoria pública e valorizando o Ministério Público e a advocacia que passaram a ser considerados funções essenciais à Justiça⁶.

Os mecanismos legais criados tiveram por objetivo não apenas garantir direitos previstos na Constituição, mas também impedir arbítrio como aqueles vistos em épocas passadas. Contudo, um efeito que se verificou, principalmente no final da década de 90, coincidindo aí com a vigência de algumas das leis supramencionadas, foi o aumento na litigância e a busca por soluções judiciais dos mais variados temas⁷.

É possível dizer que no Brasil a identidade constitucional ainda está em construção em razão de vários fatores dentre os quais destaca-se (i) a pouca idade da Constituição atual (ii) as inúmeras emendas que o texto sofreu durante os 32 anos que está em vigor – até o momento são 104 emendas. O que gera uma constante alteração no texto, muitas vezes impedindo que este seja conhecido de forma profunda; (iii) a vigência de uma cultura litigante cuja decisão deve ser quase sempre dada pelo Judiciário que resulta em um alto número de processos ao ponto de a estrutura pública não conseguir dar vazão de forma satisfatória (iv) a entrega da palavra final sobre a constitucionalidade das leis ao Judiciário (v) fragilidade e desconfiança nas instituições que compõe o poder público⁸.

5 Uma pesquisa realizada no primeiro trimestre de 2016 com 1.650 pessoas com mais de 18 anos das regiões metropolitanas de sete estados brasileiros: Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul mais o Distrito Federal, demonstrou que apenas 11% dos entrevistados confiam na Presidência da República, 10% no Congresso Nacional e 7% nos Partidos Políticos. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio_ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

6 A Matriz de acesso ao direito no Brasil teve como inspiração a Constituição Portuguesa de 1976 que em seu artigo 20º dispõe: 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio Judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

7 Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - estima-se que no Brasil haja cerca de 207 milhões de habitantes. Dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – indicam um acervo de 74 milhões de processos ativos. Cruzando esses dados chega-se ao resultado de que existem 2,79 processos por habitante.

8 A mesma pesquisa que apontou 11% de confiança na presidência da república, afirma que as forças armadas é a instituição que mais goza da confiança dos brasileiros (59%), seguida pela igreja católica (57%) e imprensa escrita (37%). O Ministério Público aparece em quarto (36%).

Conclui-se que a atual conformação identidade constitucional brasileira está intimamente ligada ao Judiciário e a litigância. Todavia, tem-se observado movimentos que visam incentivar uma mudança no sentido de que os conflitos sejam solucionados por vias mais céleres, econômicas e efetivas. O Judiciário brasileiro, já dá sinais de desgaste o que tem exigido que sejam pensadas mudanças, não apenas normativas, mas também comportamentais que invocam novas formas de se pensar e de interpretar o texto constitucional. Práticas que possam maximizar a efetividade da Constituição e a realização dos direitos lá dispostos e então encontrar a identidade constitucional brasileira.

3 CRISE INSTITUCIONAL

Feita a análise do caminho que se percorreu até o momento, é preciso agora compreender como as forças que compõem o Estado se alinham para garantir o funcionamento das instituições democráticas impedindo que, em meio a crises, haja o seu esfacelamento.

A delimitações de função de cada um dos poderes da república é, considerando o modelo democrático eleito por nossa Constituição, a forma mais eficiente de controle e proteção de direitos e garantias fundamentais. Contudo, essa formatação é mantida não sem atritos e disputas, escancaradas e exploradas a exaustão durante o período pandêmico.

O sistema constitucional brasileiro apresenta forças que repudiam o vazio de poder. A previsão de inúmeros direitos fundamentais e a necessidade de complementação legislativa ao texto constitucional, implica que os três poderes devem funcionar em harmonia para que haja efetividade de tudo aquilo que a Constituição previu.

A forma, portanto, de manutenção do equilíbrio seria a atividade constante e contundente do Legislativo e do Executivo para que então o diálogo institucional pudesse ser realizado de forma não conflitante. Nesse cenário caberia ao Judiciário a função precípua de resolução de conflitos sociais, não lhe sendo necessário imiscuir em conflitos institucionais ou em definição de políticas públicas.

Ocorre que o equilíbrio pretendido não tem sido alcançado implicando no surgimento de “espaços vazios” e a não concretização dos benefícios para a população em razão da inércia e o alto grau de comprometimento político do Legislativo e do Executivo.

O “vácuo” deixado pela não atuação daqueles poderes implica no impulso do Judiciário em direção ao preenchimento do espaço deixado. Escolha natural, em razão do seu monopólio da resolução de conflitos, que surgem das diferentes interpretações e utilizações dadas aos comandos legais cujo conteúdo depende, conforme a própria Constituição, de preenchimento.

Nessa toada, ações como a ADPF já mencionada, se fazem necessárias - não sem um alto custo - como tentativa de reestabelecer o equilíbrio institucional, o que ficou claro nas palavras do Ministro Relator Alexandre de Moraes, quando da concessão da cautelar pretendida:

Lamentavelmente, contudo, na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.

A ausência de cooperação e harmonia dos poderes traz consequências quanto ao funcionamento harmônico dos poderes que somente é possível quando “todos os interessados

estão plenamente senhores das regras do jogo da democracia e as aplicam de maneira leal⁹.

Porém, não é isso que tem ocorrido. Para Sérgio Rubens Birchal Becattini¹⁰ a inatividade do Legislativo e do Executivo confere ao Judiciário a possibilidade de preencher o espaço deixado.

André Perin Schmidt Neto¹¹ afirma, por sua vez, que a esperança de concretização da democracia recaiu no Judiciário em razão da incapacidade do Executivo e do Legislativo em fornecer respostas efetivas às demandas sociais por justiça ou nas palavras do ministro da suprema corte, insegurança, intranquilidade e justificado receio.

A desobediência às regras, mais que colapsar o sistema, cria um espaço vazio que necessita ser preenchido na tentativa de reequilibrar o ordenamento constitucional, além de apresentar à sociedade modelos de conduta eu não devem ser seguidos, pois o mais iniciante nas letras jurídicas sabe que normas devem ser cumpridas ou quando não legitimamente contestadas¹².

Entretanto, o preenchimento do espaço tem se realizado por meio da invasão de competência o que cria um paradoxo: o equilíbrio do sistema constitucional diante da inércia de um dos poderes somente é estabelecido por meio de uma ação invasiva e atentatória à normalidade. Não é difícil de concluir que um sistema que se baseie neste tipo de relação é extremamente volátil.

O vácuo no sistema constitucional é o primeiro indicativo de desequilíbrio na harmonia dos poderes da república. Sua existência pressupõe a necessidade de protagonismo de um poder sobre os demais invocando a inércia como discurso legitimador desse posicionamento ativista.

4 LEALDADE INSTITUCIONAL

O princípio da lealdade institucional relaciona-se à separação e convivência entre os três poderes constituídos. Trata-se de um princípio de cooperação e lealdade que deve ser observado entre as instituições e seus agentes com o objetivo de contribuir para fazer eficaz a ordem constitucional. Neste sentido, aduz Jaime Valle:

A cooperação entre os órgãos constitucionais decorrente do princípio da lealdade institucional resultaria assim não apenas da obrigação de obtenção de ciência para o conjunto da atividade estadual, mas sobretudo da necessidade de evitar o risco de desagregação do Estado induzido pela existência de uma multiplicidade de centros de poder estadual isolados que poderiam bloquear mutuamente a respectiva actuação.¹³

É certo que o Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser independentes, atuando cada um em sua esfera de competência, evitando ao máximo invadir o espaço constitucional

9 BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. trad. J. M. Cardoso da Costa. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, vol. 56, p.1-24, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1980, p.25.

10 BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. *Dilemas da atuação do poder Judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p.61.

11 SCHMIDT NETO, André Perin. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Documento on-line. Disponível em: <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/252/168>. Acessado em: 12 maio 2017.

12 Não se desconhece as possibilidades de desobediência civil, contudo, não se vislumbra a possibilidade de aplicação do conceito na vertente, tendo em vista que as normas violadas possuem lastro científico e jurídico para que sejam consideradas válidas e passíveis de cumprimento por toda a sociedade.

13 VALLE, Jaime. O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais. *Direito & política*, Loures, n.1, out./dez., 2012, p.62-72.

destinado ao outro. Essa tripartição independente é originada na clássica divisão de Montesquieu¹⁴ e figura nas mais variadas matrizes democráticas.

Embora a independência seja essencial para a atuação de cada um desses poderes, há a necessidade de intercâmbio entre eles para que o texto constitucional seja efetivado, evitando-se assim o vácuo de poder e o conseqüente desequilíbrio da república.

A lealdade institucional é, portanto, importante elemento do princípio democrático que rege o país. É certo que não se extrai explicitamente do texto constitucional o dever de lealdade institucional, contudo, ao dispor que os poderes são independentes e harmônicos entre si, a Constituição de 1988 determina que a organização estatal, a despeito das individualizações, seja feita de modo a assegurar o diálogo institucional.

Não é possível imaginar a sobreposição de funções exercidas por cada um dos poderes sem que isso conduza a disfunção do sistema constitucional, dada a necessária interdependência. Assim, é necessário que cada qual saiba desenvolver de forma constitucional sua função, participando, naquilo que lhe compete da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Cumprido esclarecer que a lealdade institucional como aqui apresentada, diz respeito, às relações horizontais entre os poderes, não cabendo a noção de hierarquia ou dependência. O que existe é a inequívoca inter-relação entre as instituições e seu corpo, pessoal e técnico.

Todavia, a despeito desse entendimento, o cenário imposto pelo COVID-19 abre a possibilidade de minimamente se questionar acerca da lealdade institucional vertical, especialmente considerando a divisão do Brasil em seus três níveis: União, estados e município e sua extensão territorial.

Nesse sentido, é preciso questionar se, apesar da interdependência principalmente econômica dos estados e municípios para com a União, haveria que se falar em dever de obediência, notadamente na criação de protocolos e definição de políticas públicas. Parte da resposta a essa questão é delineada pela decisão proferida no ADPF 672:

Ressalte-se, entretanto, que o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, pois está vinculado ao império constitucional, exigindo a obediência das autoridades ao Direito, e, em especial, ao respeito e efetividade aos direitos fundamentais.

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias. Por outro lado, em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão à requerente no tocante ao pedido de concessão de medida liminar, “para que seja determinado o respeito à determinação dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração.

14 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

Verifica-se que, segundo o entendimento exposto na decisão, a autonomia dos entes federados não é abalada ao se permitir que cada um dentro da competência constitucional que lhe é própria estabeleça o funcionamento das atividades econômicas e regras de aglomeração.

5 INDEPENDÊNCIA E HARMONIA: EQUALIZAÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determinou que os três poderes sejam independentes e harmônicos entre si. Essa opção coloca-os no mesmo grau hierárquico condicionando a ordem à convivência e cooperação.

A clássica separação de poderes prevista por Montesquieu, recepcionada pela Constituição brasileira não pode ser tomada de forma rígida. A conformação da sociedade atual implica em um entendimento mais líquido, existem muito mais pontos de contato entre os três poderes atualmente que na época de Montesquieu.

Há hoje muito mais variáveis a se considerar, a figura centralizadora do rei há muito foi abolida no Brasil que hoje tem um processo democrático muito mais evoluído e com participação popular ativa e efetiva, além de figuras fortalecidas pelo texto de 1988 como o Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública e a Advocacia privada.

Para Paulo Castro Rangel¹⁵, a complexidade dos Estados atualmente, conduziu a esse “amolecimento” da separação clássica de poderes, que está muito mais relacionada com a colaboração e a lealdade institucional. Exatamente por essa ausência de fronteiras claras que se aponta a necessidade de estabelecer reservas de áreas de atuação. Por isso, entende-se que a judicialização de todo e qualquer conflito, implica no esmorecimento da separação dos poderes por ampliar de forma infinita a reserva judicial.

O funcionamento da ordem constitucional depende da cooperação entre os poderes. Esta por sua vez depende da relação de lealdade institucional¹⁶ entre o Legislativo, Executivo e Judiciário. A divisão constitucional e a previsão de competências não obstam que todos eles estejam comprometidos com um mesmo objetivo que somente será alcançado se a interseção das funções preservar a autonomia de cada um dos poderes em conformação com a ideia de harmonia que traduz o desejo de união.

A não cooperação atenta contra a separação de poderes, uma vez que esta não implica no isolamento, mas sim uma determinação de funções típicas de cada um dos três poderes.

A tripartição prevista pela Constituição de 1988 somente pode ser assegurada a partir do ponto em que há o cumprimento das obrigações por cada qual e a não invasão de competências. A ruptura para com o dever constitucional pode ocorrer tanto na invasão quanto pela inércia na atividade atribuída.

A partir do momento em que as instituições democráticas cumprem com o papel que lhes é determinado pela Constituição, sem criar obstáculos e dificuldades para a convivência umas com as outras, não há sobrecarga ou espaços vazios a serem preenchidos e a separação de poderes é devidamente respeitada.

Entende-se que para a formação de um ambiente democrático harmônico, é necessário que haja cooperação entre todos os envolvidos o que implica o comprometimento com a realização das tarefas constitucionais básicas e o pensamento na coisa pública como prioridade. Isso proporciona uma maior percepção de funcionamento o que faz com que o

15 RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de jurisdição: Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica do Porto, 1997.

16 VALLE, Jaime. O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais. *Direito & política*, Loures, n.1, out./dez., 2012, p.62-72.

cidadão acredite que é possível aguardar pela atuação do Estado.

No Brasil é clara a falha desse modelo.

Há instalada a desconfiança generalizada, principalmente, para com o Legislativo em razão de um histórico que lhe é desfavorável desde a época em que as eleições eram censitárias. Essa desconfiança faz com que o Legislativo seja preterido em face do Judiciário. Por sua vez, diante da impossibilidade de silenciar-se frente a uma provocação jurisdicional, o Judiciário é obrigado a apreciar a demanda ainda que não haja uma solução legislativa positivada, o que por vezes o obriga a extrapolar as suas competências.

O resultado da confusão de competências desequilibra o sistema democrático cuja consequência é criação de um cidadão com uma identidade constitucional fragilizada e sem referências. Essa situação transmuta a relação do cidadão para com o Estado a um ponto equiparável com a prestação de serviço, não há mais o comprometimento com o resultado constitucional, mas tão somente com a entrega do bem jurídico desejado, seja por qual via for. O cidadão quer ter seus direitos assegurados tal qual a previsão constitucional: A promoção do bem para todos; a igualdade de todos perante a lei; acesso à informação, saúde, duração razoável do processo, dentre outros.

Todavia, ao tentar fazer valer tais direitos, o cidadão se descobre legalmente desamparado. A inércia e o descrédito, principalmente do Legislativo e do Executivo, fazem com que o Judiciário seja a “tábua de salvação” para fazer ouvir sua reivindicação. As demandas, não raramente, têm como objeto ações que envolvem políticas públicas, ou seja, fora da competência originária do Judiciário que se torna criador e aplicador de normas, invadindo competência que não lhe é natural.

Uma vez que a crença do cidadão recaia sobre apenas um dos poderes, este terá uma maior preponderância social na solução dos problemas da sociedade, abrindo espaço para que sua atividade avance sobre a dos demais, comprometendo a independência e a harmonia com os demais

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de forma incontestável determinou o realinhamento de todas as políticas públicas, sejam elas econômicas ou sociais.

Readequou as necessidades e elevou a um outro patamar a proteção da vida, saúde e bem estar da população. Para tanto exigiu, e continua a exigir, das autoridades federais, estaduais e municipais a correta alocação e gerenciamento dos recursos.

O desencontro de informação, ainda que não exclusivamente, custou até o momento mais de cento e cinquenta mil vidas o que escancarou a necessidade de reforçar os laços de lealdade entre os entes federados, que a despeito de serem independentes, são umbilicalmente relacionados.

O presente artigo teve por finalidade analisar como diante da crise sem precedentes, o princípio da lealdade institucional se fez sentir no cenário brasileiro.

Assim sendo, restou comprovado que, em uma democracia como se propõe a brasileira, a cooperação dos entes e autoridades está diretamente ligada com a eficácia constitucional: é impossível, por exemplo, que a alocação de recursos para a saúde se efetive sem que haja o diálogo entre os envolvidos.

É preciso centralizar as decisões para que haja o espaço de vácuo normativo ou mesmo institucional fazendo com que a interferência nas competências crie ruídos que impeçam o desenvolvimento, promoção e garantia de direitos fundamentais.

Nos momentos de crise a perda de tempo e energia buscando soluções que deveriam estar construídas e preparadas pode custar vidas. O protagonismo do Estado em tempos pandêmicos, deve se fazer sentir da maneira menos conflituosa.

Isso é possível por meio do respeito à lealdade institucional que assegura o cumprimento das normas constitucionais mesmo nos cenários mais catastróficos. A ordem constitucional, nunca é demais lembrar, tem sua origem no poder popular que não pode jamais ser substituído pela força sob pena de corromper de forma irremediável o Estado Democrático.

REFERÊNCIAS

ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da política e ativismo judicial: estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria, 2013.

BACHOF, Otto. *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*. trad. J. M. Cardoso da Costa. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, vol. 56, p.1-24, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista de direito público*, a. 2, n.3, jan./jun. 2010, p.151-200.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento on-line. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acessado em: 12 maio 2017.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. *Dilemas da atuação do poder Judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Requerido: Presidente da República, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 09 de abril de 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição. Direito constitucional positivo*. 17. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Costituzione e identità culturale: tra Europa e stati nazionali*. trad. Iginio Schraffl. Milano: Giuffrè, 2006.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2004.

LÔBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Vol. 1: Identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.

- PIRES, Cândida da Silva Antunes. O monopólio estadual da jurisdição: relatividade ou crise? *Direito e cidadania*, a.9, n.29, praia, 2009.
- RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de jurisdição: Sentido dogmático e sentido jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica do Porto, 1997.
- RIBAS, Lídia Maria Ribas; GOUVEIA, Jorge Bacelar Gouveia. Os conflitos nas Sociedades Brasileiras e Portuguesa do século XXI: assunção de mecanismos alternativos de solução. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, a.16, n.28-29, Lisboa: Almedina, 2015.
- SANTOS, Boaventura Sousa *et al.* *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Lisboa: Afrontamento, 1996.
- SCHMIDT NETO, André Perin. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Documento on-line. Disponível em: <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/252/168>. Acessado em: 12 maio 2017.
- SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça – Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- TARTURCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.
- TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. *Revista de direito público - Instituto de Direito Público*, a.3, n.6, jul./dez. 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto *et. al.* *NOVO CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VALLE, Jaime. *O poder de exteriorização do pensamento político do presidente da república*. Lisboa: AAFDL, 2013.
- VALLE, Jaime. O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais. *Direito & política*, Loures, n.1, out./dez., 2012, p.62-72.

SEÇÃO III

DIREITO ADMINISTRATIVO, REGULAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO DO CORONAVÍRUS

COMPRAS PÚBLICAS Y MEDIDAS FRENTE AL COVID-19 EN EL DERECHO ESPAÑOL

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Máster en Contratación Pública de la Universidad de Castilla la Mancha, España.

Sumário: 1 Introducción; 2 Impacto en la contratación pública de la legislación aprobada frente a la pandemia del COVID-19. Medidas adoptadas por el Estado español; 3 La tramitación de emergencia de los procedimientos de contratación; 4 Consideraciones finales; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 al virus denominado COVID 19 como pandemia global. En España, la situación de alerta sanitaria de máximo nivel justificó, en aplicación del artículo 116 de la Constitución Española, la declaración del estado de alarma, acordada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; así como la aprobación de 22 Reales decretos leyes y más de 200 normas reglamentarias¹.

El impacto del COVID-19 ha sido muy grande en todos los ámbitos de la vida social, laboral, política y económica y la contratación pública en España también se ha visto muy afectada, sobre todo por lo establecido por los Reales Decretos leyes 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16 y 17/2020; así como por el Real Decreto 463/2020².

Se ha previsto en estas normas que la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta para hacer frente al COVID-19 por parte de las Administraciones Públicas en España justifica la necesidad de actuar de manera inmediata y aplicando la tramitación de emergencia de los contratos públicos.

2 IMPACTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA LEGISLACIÓN APROBADA FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19. MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO ESPAÑOL

El Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, determina la tramitación de emergencia para la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise la Administración General del Estado para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19.

Hay que recordar que el artículo 120 de la Ley española 9/2017 de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2017), establece la tramitación de emergencia como mecanismo para actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

En este sentido, el artículo 16 del RD Ley 7/2020 prevé que la adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de la Administración General del Estado (y de todo el sector público, tras la modificación del citado precepto del RD Ley 7/2020 por medio del Real Decreto-Ley 9/2020) para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata y aplicando la tramitación de emergencia, al amparo de lo previsto en el citado artículo 120 LCSP 2017. Si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, se exceptiona por la norma lo dispuesto respecto a las garantías en el artículo 198.3 LCSP 2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías.

Hay que destacar también la Comunicación de la Comisión “Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19”, de 1 de abril de 2020 (2020/C 108 I/01)³.

1 Todas estas normas pueden consultarse en la web del Boletín Oficial del Estado de España, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/, vista el 22 jul. 2020.

2 Pueden verse en relación con lo dispuesto por estos Reales Decretos Leyes los trabajos del profesor GIMENO FELIÚ, J. M.. “La crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020, p.42-53 y “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”, disponible en <http://www.obcp.es/>, consultado el 7 mayo 2020.

3 GALLEGO CÓRCOLES, I.. “De las orientaciones de la Comisión europea sobre contratación pública en la crisis del covid-19 y de sus implicaciones en el caso español”, disponible en <http://www.obcp.es/>, consultado el 8 abr. 2020.

Como ha puesto de manifiesto MIRANZO DÍAZ⁴, el uso generalizado de tramitaciones de emergencia, necesario en esta situación de emergencia sanitaria, no debe suponer que no se respeten los principios de publicidad y transparencia y en este sentido juega un papel decisivo la contratación administrativa electrónica.

Por otra parte, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo), con el fin de concentrar los recursos del Sector Público en aquellas actividades esenciales para el funcionamiento del Estado, al tiempo que se preserva la integridad y salud de los empleados públicos, suspende los términos e interrumpe los plazos de los procedimientos administrativos en curso, regulados de forma directa o indirectamente por la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, hasta que cese la vigencia del Real Decreto 463/2020.

La Disposición adicional tercera de la norma contempla que el cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

Esta suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.

Las entidades del sector público también podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios.

La Subdirección de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado ha fijado con fecha 16 de marzo de 2020 unos criterios sobre la aplicación del RD 463/2020 a las licitaciones públicas y entiende que se produce una suspensión automática de todos los procedimientos que tramiten las entidades del sector público, y ello sin distinción de sujetos (el artículo 2.1 de la Ley 39/2015 incluye en el sector público a la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y el sector Institucional) ni de procedimientos (englobaría a los procedimientos administrativos sujetos a la LCSP, a la LPAP, a la normativa tributaria y cualesquiera otros procedimientos que, independientemente de su objeto y regulación, puedan tramitar las entidades del sector público).

También la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha interpretado la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, en relación con las licitaciones de los contratos públicos. En su nota informativa publicada el 24 de marzo de 2020, la JCCPE comenta las excepciones a la automática suspensión de términos e interrupción de plazos de los procedimientos de las entidades del sector público.

La Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica del Ministerio de Hacienda, como responsable de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) en nombre de la Dirección General del Patrimonio del Estado, ha emitido unas instrucciones relativas a la interrupción de plazos para la tramitación de los procedimientos de contratación pública en la PLACSP.

4 MIRANZO DÍAZ, J.. "Reflexiones sobre la transparencia y la integridad contrataciones relacionadas con el Covid-19", publicado en Observatorio de Contratación Pública, artículo disponible en <http://www.obcp.es/opiniones/reflexiones-sobre-la-transparencia-y-la-integridad-en-contrataciones-relacionadas-con-el>, consultado el 6 mayo 2020.

De esta forma, recoge unas reglas a seguir en los procedimientos tramitados electrónicamente a través de la PLACSP y en los procedimientos manuales o aquellos licitados electrónicamente haciendo uso de herramientas externas a la PLACSP. En ambos casos, se distingue entre los procedimientos en los que media convocatoria de licitación (por ejemplo, abiertos, abiertos simplificados, restringidos, negociados con publicidad, licitación con negociación y diálogos competitivos); y aquellos en los que la convocatoria de licitación se sustituye por una invitación a licitar (basados en acuerdo marco, negociados sin publicidad y contratos menores, en su caso).

Hay que tener en cuenta, en el caso de licitaciones sujetas a publicidad en Diarios oficiales (BOE, DOUE), la necesidad de mantener la consistencia de la información en el perfil del contratante con la anunciada en los diarios oficiales. Por tanto, tanto si se ha rectificado el anuncio de licitación como si se ha procedido a su anulación, deberá hacerse lo propio en los diarios oficiales.

La reanudación de los procedimientos que se encontraran en plazo de presentación de ofertas supondrá, en los casos en que medie convocatoria de licitación, la publicación de nuevo de los anuncios de licitación y de pliegos. En caso contrario, requerirá del envío de la invitación a licitar. Si los procedimientos se encontraran en fase de licitación, los órganos de asistencia podrán re-planificar sus convocatorias y proceder a la apertura de los sobres una vez se hay restablecido la normalidad.

Por su parte, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, con la finalidad de evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o la Administración local para combatirlo puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público, prevé en su artículo 34 un régimen específico de suspensión de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva; de los contratos públicos de obras; de concesión de obras y de concesión de servicios; y de los contratos celebrados por entidades del sector público con sujeción a la normativa sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La norma establece medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo.

En cualquier caso, dispone el apartado 6 del artículo 34 del RD Ley 8/2020 que lo previsto en los apartados 1 y 2 del citado precepto no será de aplicación en ningún caso a los siguientes contratos:

- a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
- b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.
- c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
- d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

En cuanto al Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, cabe

destacar que modifica el artículo 16 del al artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, para añadir un apartado 4 relativo a la contratación en el exterior para la atención de estas necesidades. Prevé la norma que la formalización de los contratos corresponderá al Jefe de la Misión o Representación Permanente, con sujeción a las “condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero, cuando la intervención de éste sea absolutamente indispensable para la ejecución del contrato, por requerirlo así la atención de las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, y así se acredite en el expediente”.

Los contratos deberán formalizarse por escrito y se sujetarán a las condiciones pactadas por la Administración con el contratista extranjero. Se contempla también que cuando fuera imprescindible de acuerdo con la situación del mercado y el tráfico comercial del Estado en el que la contratación se lleve a cabo, podrán realizarse la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista; y que el riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado.

También recoge medidas sobre contratación pública el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo por el que se regula un permiso recuperable para las personas trabajadoras que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, que establece en su Disposición adicional 4 que podrán continuar las actividades que hayan sido objeto de contratación a través de la tramitación de emergencia; y en su adicional 5 que el permiso retribuido recuperable que regula no resultará de aplicación a las personas trabajadoras de las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público “que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos, incluida la prestación de los mismos de forma no presencial”, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.

Por su parte, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, modifica el artículo 34 del RD Ley 8/2020 y regula la suspensión parcial en contratos de servicios de seguridad y limpieza, y aclara que en la indemnización se incluyen los costes derivados de la cotización de la Seguridad Social.

Además, modifica el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 29 LCSP 2017 para incluir la posibilidad de ampliación del plazo de duración de 5 años, junto a los contratos de servicios, a los contratos de suministros de tracto sucesivo; y añade la Disposición adicional quincuagésima quinta de la LCSP 2017, para considerar a “Hulleras del Norte S.A., S.M.E.” (HUNOSA) y sus filiales y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, como medios propios y servicios técnicos. HUNOSA lo será de la Administración General del Estado, de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador, del Principado de Asturias y de las demás Comunidades Autónomas siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 32 LCSP 2017, mientras que la FNMT-RCM actuará como medio propio personificado de los poderes adjudicadores pertenecientes a los sectores públicos estatales, autonómicos o locales.

El Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, por una parte, modifica la letra d) del art. 159.4 LCSP 2017 para permitir la publicidad electrónica del acto de apertura de ofertas, tal y como se prevé en el artículo 157.4 LCSP 2017 para los procedimientos abiertos (modificación sobre la que realizó un ajuste técnico el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia); y,

por otra parte, añade un nuevo apartado 3 a la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, con la finalidad de habilitar la interposición y tramitación, dentro de aquellos procedimientos de contratación cuya continuación hubiese sido acordada por las entidades del sector público de conformidad con lo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de recurso especial en los términos establecidos en la propia LCSP 2017, sin que el procedimiento de recurso pueda considerarse suspendido (al amparo de lo dispuesto en el apartado primero de la citada disposición adicional tercera).

El Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, aun cuando se prorrogue el estado de alarma. Esta reanudación será posible siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos. Igualmente, permite el inicio de nuevos procedimientos de contratación cuya tramitación se lleve a cabo también por medios electrónicos.

La Disposición final octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, modifica la LCSP 2017 dando una nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 33, para concretar las condiciones para la calificación jurídica de medio propio personificado cuando la entidad perteneciente al sector público que realiza el encargo no tiene la condición de poder adjudicador.

A su vez, el artículo 4 del Real Decreto-ley 17/2020 se refiere a la indemnización que corresponde al contratista por la modificación, suspensión y/o resolución de contratos de interpretación artística y de espectáculos de cuantía no superior a 50.000 euros como consecuencia del COVID-19 o de las medidas sanitarias o de contención adoptadas al respecto, que hayan sido celebrados por las entidades pertenecientes al sector público. Respecto de la modificación o suspensión de estos contratos se prevé que el órgano de contratación pueda acordar que se abone al contratista hasta un 30 por ciento del precio del contrato, como anticipo a cuenta de dicho precio. En el supuesto de resolución del contrato, el órgano de contratación podrá acordar una indemnización a favor del contratista que no podrá ser inferior al 3, ni superior al 6 por ciento del precio del contrato.

El Real Decreto-ley 17/2020 también modifica el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 para contemplar que el órgano de contratación pueda conceder a instancia del contratista un anticipo a cuenta del importe estimado de la indemnización que corresponda. Este abono del anticipo podrá realizarse en un solo pago o mediante pagos periódicos, descontándose posteriormente de la liquidación del contrato.

Debe destacarse como enseñanza importante de esta pandemia en la compra pública la necesidad de impulsar una contratación conjunta transfronteriza en el ámbito de la investigación y el desarrollo⁵.

3 LA TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

En el Derecho español, la tramitación de los expedientes de emergencia está prevista con carácter general en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

La tramitación de emergencia permite al órgano de contratación competente ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad

⁵ GARCÍA JIMÉNEZ, A.. "La contratación pública en los tiempos del coronavirus", disponible en www.obcp.es, consultado el 3 abr. 2019.

sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley. En efecto, a diferencia de la tramitación urgente, en estos casos no será necesario tramitar expediente administrativo, ni siquiera acreditar la existencia de crédito suficiente.

Los supuestos de emergencia son: acontecimientos catastróficos, las situaciones que supongan grave peligro o las necesidades que afecten a la defensa nacional.

En relación con el régimen excepcional aplicable a la tramitación de emergencia, la letra a) del apartado 1 del artículo 120 LCSP precisa en primer lugar que el órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar “la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria”.

Pero del acuerdo del órgano de contratación que decida la contratación de emergencia se debe dar cuenta, en el plazo máximo de 30 días, al Consejo de Ministros si se trata de la Administración General del Estado, de sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social o demás Entidades públicas estatales.

Una vez ejecutadas las actuaciones objeto de la tramitación de emergencia, se observará lo dispuesto en la LCSP sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación. En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo de un mes, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

La novedad más importante que recogió la LCSP 2007 en relación con la tramitación de emergencia del expediente de contratación, que han recogido después tanto el TRLCSP como la LCSP 2017 es que el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no puede ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo por el que se declare la emergencia. Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

Con esta importante previsión, se quiere evitar el abuso en la utilización de la figura, que está prevista para acontecimientos catastróficos que demanden una inmediata intervención, lo que no justifica una ejecución tardía de las prestaciones.

Por lo demás, la gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido con carácter general en la LCSP 2017.

En cuanto a los límites para la utilización de la contratación de emergencia, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 102/2017 exige:

- I) Que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia.
- II) Que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia.
- III) Que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación, quien se responsabiliza de motivar la concurrencia de una circunstancia excepcional y de acreditar su existencia.
- IV) Que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación.
- V) Que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación,

es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de España (JCCPE) 17/2019, de 4 de marzo de 2019, responde a la consulta planteada por la Subsecretaría del Ministerio del Interior acerca de si, en caso de que la contratación necesaria para el desarrollo del proceso electoral (elecciones generales del 28 de abril de 2019) no pudiera realizarse conforme a los plazos de los procedimientos previstos en la LCSP, sería ajustada a Derecho para garantizar el correcto desarrollo de dicho proceso la utilización de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 120 de la citada Ley.

A juicio de la JCCPE resulta ajustado a derecho el recurso al procedimiento de emergencia bajo el cumplimiento de las condiciones descritas en el cuerpo del informe 17/2019.

En este sentido, razona en cuanto a las situaciones que puedan producir grave peligro, que ésta es una circunstancia más amplia en la concepción que nos ofrece el legislador y que se debe plasmar o concretar en situaciones que puedan generar un significativo peligro. Dentro de esta circunstancia sí se podría encuadrar genéricamente una posible coyuntura en la que, por la falta de terminación de los procedimientos de licitación iniciados, no fuese posible celebrar las elecciones generales, con los riesgos inherentes para el normal desenvolvimiento del proceso democrático y los riesgos de orden público que todo ello puede implicar. No obstante, esta es una circunstancia que tiene que acreditar y motivar el órgano de contratación en cada caso concreto.

Tras la declaración por el Gobierno de España del estado de alarma, acordada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, como consecuencia de la situación de alerta sanitaria de máximo nivel, el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, determina la tramitación de emergencia para la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise la Administración General del Estado para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación de España ha publicado el “Informe especial de supervisión: principio de publicidad en los contratos tramitados por emergencia durante la vigencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia del COVID-19”, de 30 de abril de 2020⁶.

4 CONSIDERACIONES FINALES

La contratación pública ha sido uno de los sectores del Derecho público más afectados por el COVID-19, al hacer necesitado adquirir los Gobiernos y Administraciones nacionales, regionales y locales muchos bienes y servicios y contratar obras para hacer frente a la gravísima situación ocasionada y atender los derechos y servicios esenciales para los ciudadanos, especialmente relacionados con la protección de su vida y salud.

Ello ha dado lugar a compras públicas tramitadas en muchos casos por procedimientos excepcionales y de emergencia, que han dado lugar a graves problemas de adquisiciones con sobrepuestos, en las que no se ha controlado la necesaria calidad de los bienes y servicios adquiridos. Ha habido una competencia desenfrenada y sin sentido entre los Gobiernos nacionales y en ocasiones entre las propias Administraciones regionales y locales de los países.

Entre los aspectos más criticables a nivel global, se puede señalar la falta de publicidad

⁶ El informe y sus actualizaciones posteriores están disponibles en <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/COVID19/INFORME%20ESPECIAL%20EMERGENCIAS/VERSI%3%93N%2029-04-2020/INFORME%20ESPECIAL%20EMERGENCIAS.%20v1.2.pdf>, consultada el 3 jul. 2020.

y transparencia de muchos de estos contratos para hacer frente al COVID-19; las graves carencias de planificación y programación de las compras públicas; la ausencia de compras conjuntas por parte de distintas Administraciones, tanto a nivel nacional como internacional; así como la paralización de los contratos públicos en ejecución o de los procedimientos de licitación pública en curso no relacionados con la COVID-19 pero que afectaban a servicios públicos de los ciudadanos y que no deberían haberse suspendido. Ha fallado en este sentido la utilización efectiva de la contratación pública electrónica⁷, como en general de la Administración electrónica, que podían/deberían haber permitido que se siguieran desarrollando la mayoría de las funciones y servicios públicos.

REFERENCIAS

CANTERO MARTÍNEZ, J.. “La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación”, en *Administración electrónica, transparencia y contratación pública* (dir. MARTÍN DELGADO, I.; MORENO MOLINA, J.A.), Madrid: Lustel, 2020.

GARCÍA JIMÉNEZ, A.. “La contratación pública en los tiempos del coronavirus”, disponible en www.obcp.es.

GIMENO FELIÚ, J. M.. “La crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 86-87 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), 2020, p.42-53.

GIMENO FELIÚ, J. M.. “La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”, disponible en <http://www.obcp.es/sites/default/files/2020-04/LA-CRISIS%20SANITARIA%20COVID19.%20REFL%20EXIONES%20SOBRE%20SU%20INCIDENCIA%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA%20Y%20LAS%20SOLUCIONES%20ADOPTADASv2.pdf>. 2020.

GIMENO FELIÚ, J. M.. *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Madrid: Civitas, 2006.

GIMENO FELIÚ, J. M.. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Aranzadi: Cizur Menor, 2014.

GONZALEZ GARCÍA, J.. “COVID-19 y contratación pública”, <https://www.globalpoliticsandlaw.com>; y “Contratación pública en el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Canadá (CETA)”, disponible en http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_3-CETA-contratacion_publica_a42e6938%232E%23pdf/chk.3819594a9f80b2ae33ae795cbeec7025.

MARTÍN DELGADO, I.. “Contratación pública electrónica e innovación administrativa”, *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (Dir. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MEDINA ARNAIZ T.. “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts”, *International Handbook of Public Procurement*. Florida: International Handbook of Public Procurement, 2009, p.105-130.

MIR PUIGPELAT, O.. *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*. Madrid: Civitas, 2004.

⁷ MARTÍN DELGADO, I.. “Contratación pública electrónica e innovación administrativa”, *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (Dir. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MOLINA DEL POZO, C.. “El código europeo de buena conducta administrativa como instrumento esencial para la aplicación práctica del derecho a una buena administración”, *Derecho y Economía de la Integración*, nº 6, 2018, p.111-121.

MORENO MOLINA, J. A.. *Derecho global de la contratación pública*. México: Ed. UBIJUS y Foro mundial de jóvenes administrativistas, 2011.

NIETO GARRIDO, E.; MARTÍN DELGADO, I.. *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NIETO GARRIDO, E.; MARTÍN DELGADO, I.. *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

PINTOS SANTIAGO, J.. “El surgimiento inadvertido de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 128, 2013, p.66-69.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.. “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa*, nº 6, 2010.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.. *Contratos públicos y derecho comunitario*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

RODRÍGUEZ ARANA, J.. Los principios del derecho global de la contratación pública”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº22, 2011, p.59-78.

RODRÍGUEZ ARANA, J.. “El principio general del Derecho de confianza legítima”, *Ciencia jurídica*, nº4, 2013, p.59-70.

RODRÍGUEZ ARANA, J.. “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 16 (2012), págs. 247-274;

RODRÍGUEZ ARANA, J.. *Derecho internacional de las contrataciones administrativas* (junto a JINESTA LOBO, E.; NAVARRO MEDAL, K.; MORENO MOLINA, J. A.), Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. San José (Costa Rica): Eds. Guayacan, 2011.

RODRÍGUEZ ARANA, J.. “El Derecho Administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº76, 2010, p.15-68.

ROMERO MOLINA, C. A.; GÓMEZ MONTERROZA, L. A.. “El principio de balance en la contratación pública”, *Gabilex*, nº 22, 2020, p.265-306.

ROMERO MOLINA, C. A.; GÓMEZ MONTERROZA, L. A.. “Los principios de eficiencia en la contratación pública global”, en AAVV (dir. MORENO MOLINA; PUERTA SEGUIDO; PUNZÓN MORALEDA), *Buenas prácticas en la contratación pública (transparencia, responsabilidad social y lucha contra la corrupción)*. Toledo: Ed. Ledoria, 2019.

SANMARTÍN MORA, M. A.. “La profesionalización de la contratación pública”, AAVV, *Observatorio de Contratos Públicos 2011* (dirección GIMENO FELIÚ, J.M.), Civitas, 2012, p. 318 y ss.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*. Aranzadi: Cizur Menor, 2016.

OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES LEGAIS DOS CIDADÃOS NA PANDEMIA DA COVID-19 - TOMANDO A LEI DE PREVENÇÃO, CONTROLO E TRATAMENTO DE DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS DE MACAU COMO UM EXEMPLO

Jiang Yi Wa

PhD Candidate in Public Law from the Faculty of Law of the University of Coimbra, Portugal. Master Degree from the Faculty of Law of the University of Coimbra, Portugal. Currently Senior Instructor of the Faculty of Law of the University of Macau, China. Director of the Introduction to Macau Law Program, China. Associate Director of the Legal Research Center of the Faculty of Law of the University of Macau, China. Lawyer.

Sumário: 1 Introdução Geral; 2 Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis (lei n.º 2/2004) e mecanismo de declaração obrigatória de doenças transmissíveis (regulamento administrativo n.º 15/2008¹): aspectos gerais; 3 Obrigações legais; 3.1 Obrigação de cooperar com as medidas gerais; 3.2 Obrigação de cooperar com as medidas especiais; 3.3 Obrigação de declaração (verdadeira); 3.4 Obrigação de não divulgar rumores; 3.5 Obrigação de proteger dados pessoais; 4 Direitos e garantias; 4.1 Direitos fundamentais; 4.2 Outros direitos e garantias; 5 Conclusões; Referencias.

¹ O Diploma entrou em vigor 30 dias após a data da sua publicação que foi em 30 de Junho de 2008. Sofreu, entretanto, duas alterações posteriormente, introduzidas pelos Regulamentos Administrativos n.º 16/2013 e n.º 4/2016.

1 INTRODUÇÃO GERAL

A segunda década do século XXI iniciou-se, infelizmente, com um surto sem precedentes causado por uma doença de pneumonia gravemente infecciosa. Seguindo diretrizes previamente desenvolvidas com a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE) e a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), a OMS (Organização Mundial de Saúde) anunciou “COVID-19” como o nome oficial desta nova doença a 11 de Fevereiro de 2020, e o vírus em causa chama-se Vírus síndrome respiratória aguda grave coronavírus 2 (SARS-CoV-2)². Trata-se duma doença de fácil transmissão, longa duração da infecção, com gravidade e complexidade superiores às da doença, igualmente infecciosa, SARS. Países do mundo foram atingidos um após o outro, e nuvens negras de incerteza e, sobretudo, de medo, subiram à cabeça de todos.

Foram aprovadas e implementadas medidas várias para combater a Covid-19, quer a nível internacional, quer nacional. Medidas essas que incluem quer as que reforçam a protecção aos cidadãos perante a doença e quer também, como não há maneira de fugir, as que restringem ou condicionam a nossa vida normal, criando-nos obrigações legais cuja violação poderá determinar responsabilidades civis e criminais.

Em Macau, o primeiro passo oficial do combate a esta doença foi dado no dia 21 de Janeiro de 2020 quando o despacho do Chefe do Executivo³ criou o Centro de Coordenação de Contingência do Novo Tipo de Coronavírus. É um centro que funciona na dependência directa do Chefe do Executivo, que o preside, e dele fazem parte a Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura, a Chefe do Gabinete da Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura, o Director dos Serviços de Saúde e vários representantes da Administração Pública. O Centro é responsável pela planificação global, orientação e coordenação das acções das entidades públicas e privadas, no âmbito da prevenção, controlo e tratamento das infecções por novo tipo de coronavírus, tendo como atribuições definir medidas de diferentes fases a adoptar de acordo com a intensidade da propagação das infecções do novo tipo de coronavírus e de orientar e coordenar as acções das entidades públicas e privadas, no âmbito da prevenção, controlo e tratamento das infecções. Por outro lado, uma série de medidas para enfrentar a pandemia foram lançados pelo Governo de Macau, incluindo o controlo e restrições de entrada e saída, a dispensa do serviço, a suspensão de aulas, o encerramento temporário dos casinos, a quarentena obrigatória para determinadas pessoas, etc.. Além disso, atendendo às necessidades da economia e do mercado de trabalho, o Governo implementou também políticas de apoio financeiro e de assistência, a fim de manter a estabilidade social-económica de Macau.

Neste contexto e uma vez que as medidas tomadas pelo Governo têm profundas implicações nos direitos fundamentais de todos nós, têm-se levantado vozes de dúvida sobre qual é a base legal do isolamento obrigatório da pessoa infectada ou suspeita de ter contraído a Covid-19, ou doutras medidas de carácter temporário incluindo se são ou não suficientes as normas jurídicas existentes no sistema jurídico de Macau para responder a esta nova realidade. Importante tornar-se-á conhecer e perceber, em prol e benefício de interesses colectivos e individuais, quais são os direitos que os cidadãos usufruem e as obrigações às quais que estão sujeitas.

2 Página Electrónica da Organização Mundial de Saúde, acesso: 2020 out. 7

3 Despacho do Chefe do Executivo, n.º 23/2020.

2 LEI DE PREVENÇÃO, CONTROLO E TRATAMENTO DE DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS (LEI N.º 2/2004) E MECANISMO DE DECLARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS (REGULAMENTO ADMINISTRATIVO N.º 15/2008⁴): ASPECTOS GERAIS

Actualmente, a base legal na qual as acções relativas à prevenção, controlo e tratamento do Covid-19 têm sido desenvolvidas é principalmente a Lei n.º 2/2004, em coordenação com outros documentos legais, por exemplo, o Regulamento Administrativo n.º 15/2008.

A Lei n.º 2/2004 entrou em vigor no dia 3 de Março de 2004, com o fim de garantir a saúde pública e a prevenção, controlo e tratamento eficazes de doenças transmissíveis através dos princípios da prevenção prioritária e do tratamento adequado. Esta proposta de lei teve como razão impulsionadora a pandemia da SARS, declarada contida a Julho de 2003 pela OMS. Na realidade, até então Macau não detinha qualquer legislação de relevo para a prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis, mas a SARS causou consequências particularmente devastadoras para a saúde e a economia do sudeste asiático, a gravidade e rapidez com que o vírus se espalhou por inúmeros países (a partir do epicentro na China continental) e o elevado número de casos que se verificaram em Hong Kong (com um total de 1755 infectados, dos quais 299 vítimas mortais) demonstrou claramente que também em Macau era premente um diploma desta natureza⁵.

No entanto, é de salientar que, mesmo que a proposta desta Lei n.º 2/2004 fosse baseada no conceito técnico de doenças transmissíveis, os legisladores optaram, por indicar, na lista anexa à lei, as doenças transmissíveis pela mesma reguladas, não oferecendo uma definição legal de doenças transmissíveis. O que demonstra que na proposta original desta lei não existia a intenção exclusiva de criar normas jurídicas apenas para a aplicação de medidas de prevenção, controlo e tratamento da síndrome respiratória aguda severa, tendo, pelo contrário, uma ampla abrangência das doenças incluídas⁶.

A Lei n.º 2/2004 distribui-se por vários capítulos, começando pelos Princípios Gerais (*Cap. I*), Medidas Gerais (*Cap. II*), Medidas Especiais (*Cap. III*), Direitos e Garantias (*Cap. IV*) e Responsabilidade Criminal (*Cap. V*) e Disposições Finais (*Cap. VI*).

Nos termos desta Lei, o Governo tem a competência para a prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis com recurso à colaboração necessária das pessoas e entidades privadas. Porém, aqui trata-se de um verdadeiro dever legal de colaborar e exige-se o cumprimento das ordens e orientações emitidas pelas entidades competentes, no respeito pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação ao aplicar as medidas previstas na mesma Lei. É precisamente a disposição fundamental prevista no artigo 4.º da Lei em análise que rege a aplicação das medidas concretas, previstas nos capítulos II e III, que possam restringir o exercício de alguns direitos e liberdades

4 O Diploma entrou em vigor 30 dias após a data da sua publicação que foi em 30 de Junho de 2008. Sofreu, entretanto, duas alterações posteriormente, introduzidas pelos Regulamentos Administrativos n.º 16/2013 e n.º 4/2016.

5 Apesar de Macau ter sido poupada nessa crise de saúde pública aos efeitos mais graves, não houve dúvida de que a Região precisava duma política de saúde pública eficaz e dum quadro legal adequado com normas jurídicas suficientes face a eventuais epidemias, pois as acções de prevenção, controlo e tratamento no âmbito de doenças transmissíveis exigem uma base legal adequada e a Região precisava na altura de preencher esse vazio legal.

6 Com efeito, na redacção original da Lei, na lista anexada não só colocaram as doenças transmissíveis abrangidas por Regulamento Sanitário Internacional e outras doenças infecciosas altamente transmissíveis onde, além de Síndrome respiratória aguda severa, aparecem também doenças como Cólera, Peste ou Febre-amarela, as doenças transmissíveis de pessoa a pessoa (ex.: Lepra, Tuberculose, Sarampo, VIH, etc.) e as doenças usualmente não transmitidas de pessoa a pessoa (ex.: Tétano, Encefalite japonesa, Legionelose, etc.). no caso d o primeiro grupo de doenças, o isolamento é obrigatório para os doentes e suspeitos até os contactos com eles. No d o segundo, medidas de eventual isolamento ou afastamento temporário poderão ser aplicadas. Por fim, para o terceiro grupo de doenças, como a transmissão é veiculada através de outras fontes de contaminação, só os doentes afectados precisam de fazer um isolamento temporário.

fundamentais protegidos pela Lei Básica de Macau⁷.

Por seu turno, o Regulamento Administrativo n.º 15/2018 visa estabelecer o mecanismo de declaração obrigatória de doenças transmissíveis, respondendo às exigências levantadas nos artigos n.ºs 13, 18 e 33 da Lei n.º 2/2004. Segundo as disposições legais destes diplomas, aos responsáveis pelas instituições médicas ou médicos é imposto um dever de proceder à declaração obrigatória (no prazo de uma hora a partir do momento em que se encontram reunidos os requisitos da declaração), quando, no exercício das suas funções, tenham conhecimento de pessoas infectadas ou suspeitas de terem contraído doença transmissível.

3 OBRIGAÇÕES LEGAIS

De acordo com o artigo n.º 1 da Lei de Prevenção, Controlo e Tratamento de Doenças Transmissíveis, o objetivo da legislação é prevenir a ocorrência, propagação e disseminação de doenças infecciosas. Para isso, à Administração Pública são atribuídas as competências necessárias para utilizar os meios necessários (tais como isolamento obrigatório, afastamento, entrada e saída com limitações) no combate à doença.

Podemos começar por verificar as obrigações legais na Lei n.º 2/2004. Tal como todas as leis desta natureza, a lei prevê várias restrições que possam ser impostas aos exercícios de direitos fundamentais dos residentes de Macau – em particular no contexto de medidas como por exemplo isolamento compulsório, quarentena obrigatória e sujeição obrigatória a exames médicos – assim como os requisitos legais dessas restrições e a supervisão, pelos Tribunais, a que devem estar sujeitas.

Naturalmente, os Capítulos mais relevantes, do ponto de vista prático (o do cidadão comum), desta Lei são os Capítulos II e III, pois os mesmos enumeram as medidas que possam ser tomadas pelas autoridades (medidas gerais ou especiais) e que visam efectivamente prevenir os surtos epidémicos ou controlar os mesmos quando se manifestem. Por outras palavras, as possíveis restrições aos direitos fundamentais dos residentes da RAEM, no contexto do combate às doenças infecciosas, estão previstas nos Capítulos II e III.

3.1 Obrigação de cooperar com as medidas gerais

No âmbito das Medidas Gerais, constatmos várias medidas genéricas inerentes a qualquer controlo sanitário e a competência geral dos Serviços de Saúde para a aplicação. Pela parte dos cidadãos comuns, as obrigações legais resumem-se a um dever de colaborar com as medidas adoptadas pelas autoridades conforme a necessidade da prevenção e o controlo da doença e quando se justifiquem, dentro das quais sobressai a medida do isolamento obrigatório (arts. 14º e 15º). Esta medida pode ser aplicada a qualquer “*pessoa infectada, ou suspeita de ter contraído doença transmissível do Grupo I constante da lista anexa (...)*”⁸ e efectivamente determina a privação de liberdade do paciente a quem foi aplicada.

É de notar que, a partir do dia 22 de Janeiro de 2020, todo o pessoal que trabalha em casinos de Macau passou a ser obrigado a usar máscara durante o horário de trabalho, sendo estendido posteriormente o âmbito da aplicação dessa medida até aos transportes

7 A Lei Básica de Macau consagra, no seu artigo 40.º, que os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Com efeito, ainda que as medidas previstas na Lei em análise que limitam os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos se apliquem em casos de emergência, o trio nuclear de princípios do artigo 4.º não só funcionam como critério e condição para a aplicação de tais medidas, mas também com uma base legal de solicitar a fiscalização judicial caso haja oposição pela parte dos destinatários das tais medidas.

8 A Lei n.º 8/2013, com a entrada em vigor a partir de 25 de Junho de 2013, veio introduzir uma alteração a este anexo da Lei n.º 2/2004 onde foi acrescentada mais uma doença para o grupo I, passado assim ser incluída a Infecção respiratória severa associada a outros coronavírus.

locais públicos. Além disso, o sistema eletrónico para declaração de saúde entrou em funcionamento a 16 de Fevereiro de 2020, substituído pelo sistema do Código de Saúde de Macau, a partir de 3 de Maio, o qual é uma versão actualizada daquele que, ao mesmo tempo, integra e substitui o sistema de Declaração de Saúde nos Postos Fronteiriços, o que pode ajudar, com mais eficácia, na implementação da gestão regular de combate à Covid-19 e na gestão do confinamento à entrada de Macau e na comunidade de Macau.

Ainda em relação à medida geral de colaboração com as autoridades competentes, quem não cumprir as medidas de restrições ou condicionamentos ao exercício de determinadas actividades ou profissões, ou as medidas de isolamento obrigatório, é punido com pena de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias; quem não cumprir as medidas de observação ou exame médicos em data e local indicados, é punido com pena de prisão até 6 meses ou de multa até 60 dias.

3.2 Obrigação de cooperar com as medidas especiais

De maior relevo teórico e prático é o elenco de medidas especiais previstas no capítulo III, em particular no artigo n.º 25 da Lei n.º 2/2004. Estas medidas, de carácter muito mais gravoso e excepcional, próprias de um surto epidemiológico como o da Covid-19, só podem ser aplicadas pelo Chefe do Executivo e contém um cariz muito mais abrangente. Dos mesmos destacamos os seguintes:

- Restrições à realização de eventos sociais, culturais, recreativos ou desportivos que impliquem aglomeração de pessoas, suscetíveis de provocar a propagação de doenças transmissíveis, medida que entrou em vigor em Macau a partir do final de Janeiro de 2020 e que determinou o cancelamento, entre os outros, de todas as actividades de festejos do Ano Novo Chinês previstas a ser realizadas na quarta semana do mês de Janeiro de 2020 até a primeira semana do mês seguinte e da Conferência Ministerial do Fórum Macau prevista para os dias 29 e 30 de Junho do presente ano. Foi também com base nessa exigência legal que o Tribunal da Última Instância de Macau confirmou a decisão tomada pela autoridade competente (Corpo de Polícia de Segurança Pública de Macau, CPSP), baseada dum parecer emitido pelos Serviços de Saúde, no sentido de não permitir a realização duma vigília (com duração de 5 horas e contando com 300 participantes num pequeno lugar público do centro da cidade) em 4 de Junho de 2020¹⁰. É inquestionável que o direito de reunião se trata dum direito fundamental consagrado a todos os residentes de Macau pela Lei Básica de Macau, diploma onde diz no seu artigo 4.º que a RAEM assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes e de outras pessoas da Região. Mas é igualmente verdade que a Lei fundamental de Macau prevê também, no seu artigo 40.º/2, uma excepção (*“não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei”*), excepção essa que se encontra no número 3 do artigo n.º 1 da Lei n.º 2/93/M¹¹, onde diz que o exercício do direito de reunião apenas pode ser restringido, limitado ou condicionado nos casos previstos na lei. Ora bem, neste conflito entre o organizador da referida reunião e o CPSP, existe ou não um fundamento legal que permita abrir uma excepção restringindo o exercício do direito de reunião? A resposta é afirmativa: a Lei n.º 2/2004, com o especial

¹⁰ Ver, o Acórdão do TUI, de 29 de Maio de 2020, processo n.º 58/2020.

¹¹ É a Lei que regula o direito de reunião e de manifestações em lugares públicos, publicada em 12 de Maio de 1993, alterada e republicada pela Lei n.º 16/2018. No mesmo sentido, o seu artigo n.º 2 estipula que, sem prejuízo do direito à crítica, não são permitidas as reuniões ou manifestações para fins contrários à lei.

destaque do artigo n.º 25, número 1, alínea 1¹². A nosso ver, o indeferimento ao pedido de reunião não produz nenhuma violação ao direito fundamental de reunião dos residentes de Macau, antes pelo contrário, se a autoridade competente tivesse dado a luz verde à reunião em causa, estaria a desrespeitar as orientações técnicas dos Serviços de Saúde na matéria de prevenção e de controlo de doenças transmissíveis, o que representaria uma violação do disposto legal do artigo n.º 3 da Lei n.º 2/2004¹³.

- Imposições de restrições do acesso ou saída de determinadas áreas ou estabelecimentos até mesmo restrições ou proibição do exercício de determinado tipo de actividades ou do funcionamento de determinado tipo de estabelecimentos causadores ou suscetíveis de provocar a ocorrência ou propagação de doenças transmissíveis. Precisamente por causa dessas restrições ou proibições, o Governo de Macau deu a ordem de encerrar temporariamente todos os recintos autorizados para a prática das actividades de jogo¹⁴ e também os cinemas, teatros, parques de diversão em recintos fechados, cybercafés, estabelecimentos de saunas e de massagens, salões de beleza, bares, discotecas, ginásios¹⁵, etc.¹⁶

- Isolamento, restrição ou estabelecimento de condicionalismos ao movimento de pessoas de zonas específicas ou pertencentes a grupos específicos de risco de contágio de doenças transmissíveis, medida que determinou o isolamento temporário de todos os turistas provenientes da província Hubei¹⁷.

- Imposição de restrições à entrada na RAEM de pessoas não – residentes infectadas, suspeitas de terem contraído ou em risco de contraírem a Covid-19 e também de pessoas não residentes provenientes de países ou regiões com ocorrência, surto ou prevalência da mesma doença, medida que foi aplicada a 27 de Janeiro de 2020¹⁸.

12 O direito de reunião e de manifestações que os residentes de Macau gozam não pode ser interpretado numa forma absoluta, isto é, o seu exercício não é ilimitado, podendo ser objecto de restrições impostas em conformidade com a lei e que são necessárias para proteger os interesses públicos, tais como, os de segurança social e os de saúde pública. Portanto, os exercícios de direitos fundamentais só devem sujeitar-se às limitações quando se pretende salvaguardar outro valor ou interesse tutelado pela Lei Fundamental. No caso em apreço, o valor ou interesse que está em causa é, sem dúvida, a saúde pública que está a enfrentar um desafio visivelmente grande, com incertezas originadas pelo desconhecimento da cura eficaz da doença. O que está em causa é a saúde de todos os residentes de Macau. Uma reunião de 300 participantes e com duração de 5 horas num pequeno lugar público do centro da cidade iria causar a densidade populacional elevada, contando com pessoas a assistir no momento e também transeuntes, o risco de propagação é alto e seria muito difícil ou quase impossível de rastrear todos os infectados e contactos próximos a aqueles caso houvesse casos confirmativos da doença. Dai resulta que, face às necessidades de prevenção e controlo da Covid-19, deve dar prevalência ao interesse público, optando por restringir o exercício de direito de reunião, de modo a assegurar a higiene e saúde pública. Ver, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009; e também, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ratificado em Macau pela Lei n.º 29/78.

13 Segundo o artigo, as pessoas e as entidades públicas (CPSP no caso em apreço) ou privadas têm o dever de, nos termos legais, colaborar com as entidades competentes bem como cumprir as ordens e orientações por elas (os Serviços de Saúde) emitidas.

14 Actividade autorizada pelo Governo de Macau através do Regime Jurídico da Exploração de Jogos de Fortuna ou Azar em Casino (Lei n.º 16/2001). Segundo a Lei, a Região Administrativa Especial de Macau é considerada zona de jogo contínuo, devendo os casinos funcionar durante todos os dias do ano. Apenas em casos excepcionais e mediante autorização do Governo, pode uma concessionária suspender por um período de um ou mais dias a operação de um casino. (artigo n.º 6)

15 Actividades económicas reguladas pelos Decretos-Leis n.º 47/98/M, de 26 de Outubro e 16/96/M, de 1 de Abril.

16 No entanto, esses dois encerramentos já foram ambos abolidos pelos Despachos do Chefe do Executivo, n.º 39/2020 e n.º 50/2020, nos dias 20 de Fevereiro e 2 de Março, respectivamente, o que revela uma conformidade com as exigências do trio nuclear de princípios já analisado nos pontos anteriores.

17 De facto, o Centro de Coordenação de Contingência do Novo Tipo de Coronavírus de Macau determinou, em 26 de Janeiro de 2020, que todos os visitantes com origem da província de Hubei (Wuhan é a cidade capital da província Hubei) que estavam no território de Macau seriam testados e, os assintomáticos podiam optar por regressar a Hubei por conta própria. Caso contrário, a partir das 9h00 do dia 27, os 1.113 passageiros da província de Hubei que entraram em Macau de 1 de dezembro de 2019 a 26 de janeiro de 2020 ficariam sujeitos a uma gestão centralizada e unificada, devendo ficar isolados no centro de isolamento até à data limite do período de validade do visto ou à data final do itinerário planeado de partida de Macau. Ficaram fora desta medida os trabalhadores e estudantes da província de Hubei que possuíam documentos de trabalhadores não-residentes ou de vistos de estudante.

18 Medida que continua em vigor até à data da escrita do nosso trabalho. Na realidade, todos os indivíduos que tenham visitado qualquer outro país ou região, com excepção da China, nos 14 dias anteriores à entrada em Macau, devem ser sujeitos a observação médica durante 14 dias em locais designados, conforme exigências dos Serviços de Saúde, a partir de 17 de Março de 2020. É proibida a entrada em Macau a todos os indivíduos não residentes, com excepção dos residentes do Interior da China, da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da região de Taiwan, bem como dos titulares do Título de Identificação de Trabalhador Não Residente, a partir de 18 de Março de 2020.

- Requisição de bens ou serviços, medida que tem fundamentado a requisição de inúmeros hotéis na RAEM, a fim de os mesmos serem utilizados como locais de isolamento obrigatório.

3.3 Obrigação de declaração (verdadeira)

Outro tipo de obrigações legais que foram criadas no âmbito da prevenção e do controlo da Covid-19 foca-se nas entradas de pessoas na RAEM, exigindo as declarações verdadeiras sobre o estado de saúde pessoal. Mais do que isso, as entidades competentes podem ainda exigir às pessoas, ao entrarem na Região, a preencher declarações específicas¹⁹, atendendo à natureza e sintomas das doenças ou até mesmo a apresentar declarações médicas ou certificados de vacinação válidos.

A violação ou não-observação dessas regras legais pode levar uma pena de prisão até 6 meses ou de multa até 60 dias. Precisamente com base no artigo n.º 30, alínea 1, da Lei n.º 2/2004, houve já sentenças proferidas pelos juízos criminais do Tribunal Judicial de Base de Macau, todas tomaram o interesse público de saúde como um bem jurídico superior nos casos concretos pelo que decidiram aplicar penas de prisão, sendo em alguns casos penas de prisão efectiva e, noutros, suspensas na sua execução por até dois anos²⁰.

Ainda sobre a obrigação de declaração, juntamente com a Lei n.º 2/2004, o mecanismo de declaração obrigatória desenhado pelo Regulamento Administrativo n.º 15/2008 funciona como um alarme perante situações de pandemia. Os responsáveis das instituições médicas, quer públicas, quer privadas, são obrigados a declarar aos Serviços de Saúde, por correio, telecópia, via eletrónica ou verbalmente, no prazo de 1 a 24 horas conforme a doença concreta a alertar e através de meios permitidos (sendo uma hora de prazo no caso de Covid-19)²¹, os casos de doenças transmissíveis de que tenham conhecimento no exercício da sua actividade. As instituições médicas e o seu pessoal médico têm o dever de colaborar com os Serviços de Saúde em proporcionar todas as informações e as amostras analíticas, em devido tempo e com o máximo rigor, a fim de garantir uma vigilância permanente e eficaz dessas doenças infecciosas. Os incumprimentos da declaração obrigatória faz nascer responsabilidade disciplinar ou administrativa²², sem prejuízo da possível responsabilidade civil ou penal que ao caso couber.

3.4 Obrigação de não divulgar rumores

A fim de evitar desinformação que leve o público ao pânico, os Serviços de Saúde devem divulgar atempadamente informações actualizadas sobre a Covid-19, o que, ao respeitar o princípio de transparência e o direito à informação dos administrados, ajuda fornecer informações necessárias sobre as doenças transmissíveis, dando conhecimento aos cidadãos dos riscos que as doenças possam causar a saúde pública e privada. Por isso e também numa lógica de evitar consequências danosas e desnecessárias causadas por

19 Medida essa foi aplicada a partir de 23 de Janeiro de 2020, todos os postos fronteiriços começaram nesse dia a exigir a declaração de saúde, a qual pode ser feita em papel ou de forma eletrónica. O comprovativo de declaração de saúde tem que ser exibido aquando da passagem dos postos.
20 Por exemplo, no Processo n.º CR1 – 20 – 0107 – PCS, do 1.º Juízo Criminal do TJB, um indivíduo da China continental não prestou declarações verdadeiras, omitindo que o respectivo trajecto tinha incluído a massagem pela Coreia do Sul (considerada como país de alto risco aquando da entrada do arguido) antes de entrar na RAEM, foi condenada à pena de prisão de dois meses, suspensa por um ano. Aliás, logo após de os serviços da fronteira da China continental ter comunicado às autoridades competentes de Macau os registos da viagem do arguido, este foi prontamente contactado e colocado na observação médica obrigatória.

21 Artigos n.ºs 4 e 5 do Regulamento Administrativo 15/2008.

22 Nos artigos n.ºs 9 e 10 fala-se de sanções administrativas para os casos de não apresentação de declaração obrigatória em conformidade com as regras legais.

afirmações simuladas relativas a esta doença transmissível com intenção de provocar alarme ou inquietação na população, os cidadãos obrigam-se a não fazer ou divulgar rumores ou informações não verificadas pelas autoridades, pelo que é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias quem divulgar as tais informações falsas com consciência da sua falsidade e com esse acto perturbar a sociedade.

Até Outubro de 2020, entre os 23 casos admitidos pelo Tribunal Judicial de Base de Macau relacionados com a Covid-19, não há nenhum caso de divulgação de rumores com intenção de causar pânico ao público.

3.5 Obrigação de proteger dados pessoais

Num contexto de doenças transmissíveis, naturalmente, a população tem mais facilidade de discriminar os doentes ou suspeitos de doença da Covid-19. Por isso, a obrigação de proteger os dados pessoais traduz-se numa obrigação de sigilo, de importância significativamente relevante, quanto às informações que os profissionais de saúde ou outras autoridades competentes no combate a Covid-19 tiveram conhecimento no exercício das suas funções, de forma a evitar discriminação ou intimidação pelos doentes ou suspeitos. Assim sendo, as autoridades competentes, as instituições médicas, os médicos, os enfermeiros e os demais profissionais envolvidos ficam obrigados ao dever de sigilo no sentido de não devem divulgar os dados pessoais dos doentes ou suspeitos de infecções, dados esses incluem, como exemplo, o nome, a morada, a profissão, o estado de saúde, o histórico de tratamento médico, etc.²³.

Não se pode deixar de referir também que, em Macau, a Lei n.º 8/2005²⁴ veio aprovar o regime legal em relação à recolha e tratamento de dados pessoais, incluindo para os fins públicos, o que, se for o caso, deverá ser aplicado naturalmente também em situações de proteger os dados pessoais na pandemia da Covid-19. O dever de sigilo conjuga perfeitamente com a obrigação da protecção dos dados pessoais dos doentes ou suspeitos de contaminação no combate à Covid-19.

Com efeito, a violação do dever de sigilo origina responsabilidades disciplinares ou administrativas, sem excluir responsabilidades em termos penal ou civil que são também formas de punir não incumprimento do dever legal.

Além da Lei n.º 2/2004, o Regulamento Administrativo n.º 15/2008 exige que o pessoal que tenha acessos às informações declaradas ou que intervenha no processo de declaração assegure a confidencialidade dos documentos relativos às declarações, ficando o violador desse dever sujeito à punição de multa, de responsabilidade disciplinar, civil ou penal.

Na nossa opinião, está associado à obrigação de protecção de dados pessoais o dever de assegurar uma protecção efectiva, utilizando formas seguras e apropriadas para registar, guardar e transmitir os dados dos utilizadores de serviços médicos.

23 Contudo, apesar de se trata duma exigência legal prevista no artigo n.º 18 da Lei n.º 2/2004, o mesmo prevê situações excepcionais em que seja possível quebrar o sigilo: 1. Quando a revelação das informações seja necessária para a defesa da vida e da saúde dos membros da família e demais pessoas que viviam com o doente; 2. Quando a revelação dessas informações à autoridade pública seja imposta por disposição legal; 3. Quando a revelação dessas informações às autoridades sanitárias não resulte de disposição legal mas se torne necessária para salvaguardar interesses públicos.

24 Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada em 4 de Agosto de 2005. Posteriormente, foi criado, pelo Despacho do CE n.º 83/2007, o Gabinete para a Protecção de Dados Pessoais que exerce as atribuições naquela Lei cometidas e responsabilizando-se pela fiscalização e coordenação do cumprimento e execução daquela Lei, bem como pelo estabelecimento do regime de sigilo adequado e fiscalização da sua execução. O Gabinete funciona de forma autónoma sob tutela do Chefe do Executivo. E todos os serviços públicos administrativos, bem como as entidades públicas e privadas prestar toda a colaboração que lhes for exigida.

4 DIREITOS E GARANTIAS

Em face das restrições de direitos fundamentais que possa ocorrer por virtude de aplicação das medidas gerais ou especiais, medidas essas aplicadas quando se trata duma pessoa infectada, suspeita de ter contraído ou em risco de contrair doenças transmissíveis, com justificação de necessidades de prevenção e de controlo na crise de pandemia, a referida Lei n.º 2/2004 contém igualmente várias disposições sobre direitos e garantias dos cidadãos²⁵.

4.1 Direitos fundamentais

Articulado com o princípio fundamental de igualdade, garantido pela Lei Básica de Macau, o que se sobressai desde logo é o direito à não discriminação, segundo o qual ninguém pode ser discriminado, entre outros, na sua escolaridade, emprego, escolha de domicílio, aquisição de serviços, em razão de ter sido infectada, suspeita de ter contraído ou em risco de contrair a doença transmissível. Aliás, precisamente pela proteção deste princípio de não-discriminação, a exigência legal fala de um dever de sigilo.

Por outro lado, em termos de direitos fundamentais, os Serviços de Saúde e o Instituto de Acção Social devem conceder todos os apoios necessários, quer materiais quer psicológicos, às pessoas sujeitas à medida de isolamento obrigatório devido ao surto da Covid-19.

Também para responder às dúvidas que se possam surgir em relação ao isolamento obrigatório, qualificada como uma medida extrema (mas necessária) que sacrifica certos direitos fundamentais dos cidadãos e, como resulta do artigo 15.º da Lei n.º 2/2004, perfeitamente aplicável à situação actual da Covid-19, o paciente a quem foi aplicada a medida de isolamento obrigatório tem vários direitos e garantias, nomeadamente:

- Acesso à decisão escrita e fundamentada, dela constando, designadamente, a caracterização da doença e o período previsível de sujeição à medida (art. 14.º, n.º 2);
- Comunicação da decisão de aplicação da medida de isolamento obrigatório ao cônjuge do isolado ou ao seu ascendente ou descendente ou às pessoas por ele indicadas (art. 15.º, n.º 2), no prazo máximo de 24 horas;
- A remessa da decisão e dos respectivos fundamentos no prazo de 72 horas ao Tribunal Judicial de Base para efeitos de confirmação (n.º 4);
- Direito a recorrer para o Tribunal da Segunda Instância da decisão de confirmação pelo Tribunal Judicial de Base que confirmou a medida de isolamento obrigatório (n.º 5);
- Carácter urgente tanto da confirmação judicial como do posterior recurso para o Tribunal de Segunda Instância (n.º 6);
- Apoio necessário, designadamente psicológico, às pessoas sujeitas à medida de isolamento obrigatório (art. 16.º).

Na prática, estas medidas têm tido uma aplicação muito limitada ou quase inexistente, porquanto a totalidade das pessoas sujeitas a isolamento obrigatório tem dado consentimento voluntário à aplicação desta medida. Ou seja, em virtude de a medida recolher o consentimento do visado, torna-se desnecessária a sua confirmação pelos Tribunais, que apenas existe nos

25 Tal como afirma o Director da European Union Agency For Fundamental Rights (FRA), precisamos claramente de reacções firmes em matéria de saúde pública para proteger a vida durante a pandemia. Mas podemos proteger a saúde e respeitar os direitos humanos. Quando mais respeitarmos os direitos humanos, melhor serão as nossas estratégias de saúde pública. Essas estratégias devem também assegurar que as limitações aos direitos fundamentais só deverão durar o tempo que for necessário e que protejam as pessoas já vulneráveis que possam estar ainda mais expostas aos riscos da Covid-19. Ver, O relatório da FRA, Coronavirus Pandemic in the EU: Fundamental rights implications.

casos de carácter de isolamento compulsivo – i.e., contra a vontade do visado. Este contexto na aplicação da lei, e a preferência dos Serviços envolvidos pela sua aplicação simplificada (i.e., com o mínimo de requisitos documentais e com a fundamentação mais reduzida possível) explica porque, dos quase 15 mil casos sujeitos a isolamento obrigatório desde o início do surto epidemiológico do Covid-19 no princípio do ano até a primeira metade do mês de Outubro, apenas 5 casos foram remetidos ao Tribunal Judicial de Base (o que representa uma taxa elevadíssima de aplicação voluntária e não coerciva de medida de isolamento obrigatório)²⁶. Em todos esses cinco casos, na sequência de recusa da observação médica ou exame médico pelos indivíduos qualificados para tal e a pedido dos Serviços de Saúde, os juízos cíveis acabaram por confirmar as medidas de isolamento obrigatório determinadas pelos Serviços competentes. Nenhum dos visados decidiu interpor recurso para o Tribunal da Segunda Instância.

Por fim, destacamos o direito de que os residentes de Macau gozam que é direito a benefícios sociais nos termos da lei, sendo o bem-estar e a garantia de aposentação dos trabalhadores legalmente protegidos. Razão pela qual os residentes de Macau têm o direito de gozar das isenções de encargos, em termos gerais e quando se trata de custos de tratamento médico ou de isolamento obrigatório, causado pela Covid-19.

4.2 Outros direitos e garantias

A estes direitos fundamentais mais destacados, acrescentam-se depois os direitos a faltas justificadas. Com efeito, as faltas dadas por força de isolamento obrigatório, aplicado conforme as exigências legais consideram-se justificadas ou não contabilizáveis, para caso dos trabalhadores da Administração Pública e o dos sectores privados.

Ainda no âmbito de prevenção e controlo da Covid-19, subsídios de várias áreas, instalações e equipamentos são atribuído e disponibilizados para as pessoas destacadas ou recrutadas pelo Governo para o combate à pandemia e, aos trabalhadores da linha da frente, às instituições médicas privadas incorporadas nos trabalhos no mesmo âmbito, são igualmente conferidos os mesmos direitos. Portanto, os encargos em causa são suportados por verbas próprias a inscrever no orçamento privativo de um fundo a criar para o efeito.

É de salientar que, nos termos da Lei n.º 2/2004, os não-residentes infectados ou suspeitos de terem contraído doenças transmissíveis como a de Covid-19 podem ser isentos do pagamento total ou parcial de encargos relativos à prestação de cuidados de saúde, mediante a decisão do Director dos Serviços de Saúde.

5 CONCLUSÕES

Como vimos explicar neste artigo e resulta da análise supra, a Lei n.º 2/2004, conjugada com outros diplomas legais já existentes, tem-se revelado suficiente para resolver os problemas jurídicos que todas as políticas de prevenção, controlo, tratamento de doença transmissível da Covid-19 no ordenamento jurídico de Macau. Não obstante algumas deficiências da referida Lei, a mesma, na nossa opinião, não padece de nenhuma reforma ou actualização.

Com efeito, a Lei 2/2004 é um diploma equilibrado que veio dotar o Governo de Macau dos meios legais necessários à aplicação de medidas eficazes para a prevenção, controlo e

26 Ver, os Acórdãos de Juízos cíveis do TJB, por ex.: CV1 – 20 – 0067 – CRA, CV2 – 20 – 0077 – CRA, CV3 – 20 – 0010 – CRA.

tratamento da Covid-19. Simultaneamente, a referida Lei também atribui aos residentes e não-residentes de Macau determinados direitos e garantias que os protegem, ficando os mesmos igualmente obrigados ao cumprimento de deveres legais no combate à Covid-19.

Salienta-se que os direitos e garantias legalmente consagrados e protegidos permitem a revisão e confirmação das medidas restritivas dos direitos pelos Tribunais de Macau – caso assim o entendam necessário. Por vicissitudes várias, inerentes ao funcionamento da própria sociedade de Macau, com uma reduzida propensão dos residentes para desafiar as medidas aplicadas ao abrigo da Lei n.º 2/2004 e a preferência da Administração pela aplicação voluntária e simplificada destas medidas, só em casos muito raros é que os Tribunais de Macau têm sido chamados a aplicar estas medidas coercivamente e por meio de decisões judiciais (e não administrativas).

REFERÊNCIAS

Acórdão do Tribunal da Última Instância de Macau, de 29 de Maio de 2020, processo n.º 58/2020.

Acórdãos dos Processos ns.º CR1 – 20 – 0107 – PCS, CV1 – 20 – 0067 – CRA, CV2 – 20 – 0077 – CRA, CV3 – 20 – 0010 – CRA, todos do Tribunal Judicial de Base de Macau.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

Decreto-Lei, de Macau, n.º 47/98/M.

Despacho do Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau, n.º 23/2020.

Lei da Protecção de Dados Pessoais de Macau.

Lei de Macau, n.º 16/2001.

Lei de Macau, n.º 2/2004.

Lei de Macau, n.º 8/2013.

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos.

Página Eletrónica da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Regulamento Administrativo de Macau, n.º 15/2008.

Relatório da FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Coronavirus Pandemic in the EU: Fundamental rights implications*.

MEDICAMENTOS & PANDEMIA COVID-19

AUTORIZAÇÃO DE INTRODUÇÃO DE MEDICAMENTO NO MERCADO

Paula de Castro Silveira

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Direito Marítimo Internacional pelo International Maritime Law Institute (IMO). Professora do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (ISCAL), Portugal.

Sumário: 1 Introdução; 2 A Europeização do direito administrativo de concessão de AIM; 3 Comercialização de medicamentos para uso humano; 3.1 Procedimento de autorização nacional; 3.2 Procedimento de reconhecimento mútuo; 3.3 Procedimento descentralizado; 3.4 Procedimento comunitário centralizado; 4 Autorizações especiais; 5 Importação de medicamentos; 6 Considerações Finais; Referências.

1 O Diploma entrou em vigor 30 dias após a data da sua publicação que foi em 30 de Junho de 2008. Sofreu, entretanto, duas alterações posteriormente, introduzidas pelos Regulamentos Administrativos n.º 16/2013 e n.º 4/2016.

1 INTRODUÇÃO

As regras associadas à introdução de medicamento ou vacina para uso humano no mercado não são novas. Nem, tão pouco, foram alteradas devido à situação de Pandemia Covid-19. No entanto, a pressão sentida a nível nacional e internacional para encontrar uma “cura rápida” faz com que seja necessário compreender adequadamente o regime jurídico existente².

Antes demais, importa compreender que quando se analisa a questão da utilização merceológica dos medicamentos, existem vários “tipos” de proteção a ter em conta:

- Direitos de exclusivos de comercialização associados à emissão de uma autorização de introdução no mercado (AIM) de um medicamento;
- Direitos de patente e propriedade industrial (incluindo certificado complementar de proteção); e
- Regime de proteção dos dados de testes farmacológicos, pré-clínicos e clínicos submetidos às autoridades sanitárias competentes.

Ora, antes da introdução de um medicamento de referência³, ou seja, inovador no mercado, existe um longo e intenso trabalho de pesquisa por parte das empresas farmacêuticas⁴.

As moléculas ou matérias biológicas inovadoras que revelam potencialidades merceológicas estão sujeitas à realização de inúmeros testes e ensaios, a fim de ser determinada a sua eficácia (saber se desfrutam de propriedades terapêuticas relativamente à doença ou à síndrome em causa), segurança e biodisponibilidade, bem como para serem apurados os eventuais efeitos secundários⁵.

No entanto, após a descoberta da “cura”, para a sua comercialização ser possível, do ponto de vista do direito administrativo, existe ainda um longo e moroso caminho a percorrer relativo à obtenção da Autorização para Introdução de Medicamento (AIM) no mercado.

É esse o objeto desta análise, com vista a compreender as várias possibilidades a nível nacional e europeu existentes e as suas diferentes particularidades, bem como saber se as regras existentes são suficientes para dar resposta às necessidades evidenciadas pela Pandemia.

2 A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE AIM

Aquando da constituição da Comunidade Económica Europeia (CEE), a saúde não era, de todo, um dos objetivos principais a alcançar a nível comunitário, não existindo inicialmente políticas diretamente implementadas nesta matéria.

Foi apenas posteriormente, sobretudo devido ao escândalo mundial da Talidomida⁶, que a União Europeia começou a criar paulatinamente normas e políticas no sector da saúde.

2 REYNOLDS, Christopher. *Public and Environmental Health Law*. Annandale, N.S.W.: The Federation Press, 2011, p.282 ss.

3 Cfr. Artigo 3.º, n.º 1, al. pp, do RJMUH, “Entende-se por medicamento de referência, medicamento que foi autorizado com base em documentação completa, incluindo resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos”.

4 RAPOSO, Vera Lúcia. *Danos Causados por Medicamentos, Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu*. Coimbra: Almedina, 2018, p.25.

5 REMÉDIO MARQUES, João Paulo. “O Direito de Patentes, o Sistema Regulatório de Aprovação, o Direito da Concorrência e o Acesso aos Medicamentos Genéricos”. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p.310.

6 Nas décadas de cinquenta e sessenta, a talidomida, medicamento de venda livre, foi receitada a mulheres grávidas em vários países europeus como tratamento para os enjoos matinais; que o referido medicamento foi responsável pelo nascimento de 20 mil crianças deficientes e por 100 mil nados-mortos.

Inicialmente, a intervenção europeia era apenas subsidiária neste domínio, ou seja, apoiava os Estados-Membros, a quem cabiam a maior parte das competências. Nessa fase, os processos de aprovação de medicamentos continuavam na estrita competência dos Estados, tendo-se apenas implementado procedimentos de reconhecimento mútuo⁷.

Em 1995, com a criação da Agência Europeia do Medicamento (EMA, na sigla inglesa) cria-se um procedimento de aprovação de medicamentos europeu.

Com efeito, a partir de então, podemos dizer que existe uma base legal sólida que justifica a atuação da União Europeia neste sector. Esta base consubstancia-se juridicamente no artigo 35.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), que impõe como princípio fundamental da União Europeia a proteção da saúde ao dispor que “[t]odas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União é assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana”.

E, ainda, no artigo 168.º, n.º 1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que respeita à Saúde Pública, que refere que “[n]a definição e execução de todas as políticas e ações da União será assegurado um elevado nível de proteção da saúde”. Adotando-se, nesta matéria, uma competência complementar das políticas nacionais.

Consequentemente, hoje, como refere Remédio Marques, o direito administrativo que regula a concessão de AIM em Portugal é um direito administrativo europeu concretizado. Resulta ele da transposição da Diretiva n.º 2001/83/CE, na versão atualizada, para o ordenamento português⁸.

3 COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS PARA USO HUMANO

Em Portugal, a comercialização de medicamentos para uso humano já não era livre há muito tempo. Esta questão foi regulada pelo Decreto n.º 19331, de 6 de fevereiro de 1931, e, posteriormente, pelo Decreto n.º 41448, de 18 de dezembro de 1958⁹.

No entanto, em 1988, o legislador português procedeu à transposição para o ordenamento jurídico nacional da Diretiva n.º 65/65/CEE do Conselho, de 26 de janeiro, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes às especificidades administrativas (já na redação da Diretiva n.º 75/319/CEE do Conselho, de 20 de maio de 1975), através da Portaria n.º 57/88, de 27 de janeiro.

Atualmente, a regulação respeitante à comercialização dos medicamentos para uso humano encontra-se plasmada no Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto (adiante “RJMUH”), que transpõe para o ordenamento interno a Diretiva n.º 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de novembro de 2001, a qual sofreu várias alterações sendo de salientar a realizada pela Diretiva n.º 2004/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

Nos termos do artigo 14.º do RJMUH (equivalente ao artigo 6.º da Diretiva), atualmente, no espaço europeu, a regra, com algumas exceções, é que todos os medicamentos usados carecem de aprovação por parte das autoridades competentes dos Estados-Membro ou

7 RAPOSO, Vera Lúcia. *Danos Causados por Medicamentos, Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu*. Coimbra: Almedina, 2018, p.29.

8 REMÉDIO MARQUES, João Paulo. *Medicamentos versus Patentes, Estudos de Propriedade Industrial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.212.

9 REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Licença de Medicamento – As Interconexões entre a Propriedade Industrial e a Regulação Administrativa no Sector dos Medicamentos. *Revista Themis*, Ano XI, n.ºs 20/21, Almedina, 2011, p.21.

pela própria autoridade competente da União Europeia (*in casu*, a Agência Europeia do Medicamento)¹⁰. Em Portugal, salvo disposição em contrário, a comercialização no território nacional está sujeita a autorização do órgão máximo do INFARMED, I.P.¹¹.

No que respeita aos procedimentos de autorização de introdução no mercado, saliente-se a crescente variedade dos mesmos. Assim, existem quatro tipos de procedimentos:

- Procedimentos de autorização nacional;
- Procedimento de reconhecimento mútuo;
- Procedimento descentralizado;
- Procedimento comunitário centralizado.

3.1 Procedimento de autorização nacional

As empresas farmacêuticas podem optar por submeter o pedido de AIM exclusivamente a um único Estado-Membro para que o medicamento seja comercializado apenas naquele Estado¹². Nesse caso, inicia-se um *procedimento de autorização nacional*.

Em Portugal, a entidade responsável pela emissão dessa autorização é o INFARMED, I.P. e a decisão de autorização de introdução no mercado para um medicamento deve assentar exclusivamente em critérios científicos objetivos de qualidade, segurança e eficácia terapêuticas do medicamento em questão, tendo como objeto essencial a proteção da saúde pública, independentemente de quaisquer considerações de carácter económico ou outro¹³.

A autorização é concedida a requerimento do interessado, dirigido ao presidente do INFARMED, I.P, do qual deve constar um conjunto de informações relativas à identificação do autor, do medicamento proposto, e, deve ser acompanhado se um conjunto de elementos e documentação previstos no artigo 15.º, n.º 2 do RJMUH, em língua portuguesa ou inglesa.

Todos os pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos, independentemente do procedimento a que os mesmos obedecem são publicitados na página eletrónica do INFARMED¹⁴.

O INFARMED tem então 10 dias para verificar a regularidade do requerimento apresentado e, quando for caso disso, dos elementos comprovativos da aplicação do disposto nos artigos 19.º a 22.º, podendo solicitar ao interessado que forneça, no prazo que fixar para o efeito, os elementos e os esclarecimentos que sejam considerados necessários. Decorrido esse prazo sem que devolva o requerimento ao requerente ou sem que o notifique para fornecer os elementos e os esclarecimentos que sejam considerados necessários, o pedido é considerado válido¹⁵.

Sempre que tome conhecimento de que um pedido de autorização de introdução no mercado relativo ao mesmo medicamento foi anteriormente apresentado e se encontra em apreciação noutro Estado membro, suspende-se a instrução do pedido, informando-se o requerente do procedimento aplicável, nos termos previstos no RJMUH e na legislação comunitária aplicável. A decisão referida é notificada ao requerente da autorização de

10 REMÉDIO MARQUES, João Paulo. "O Direito de Patentes, o sistema Regulatório de Aprovação, o Direito da Concorrência e o Acesso aos Medicamentos Genéricos". In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p.310.

11 Artigo 14.º, n.º 1, do RJMUH.

12 RAPOSO, Vera Lúcia. *Danos Causados por Medicamentos, Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu*. Coimbra: Almedina, 2018, p.32.

13 Artigo 14.º, n.º 1, e 2 do RJMUH.

14 Artigo 15.º-A, n.º 1 do RJMUH.

15 Artigo 16.º, n.º 1, e 3 do RJMUH.

introdução no mercado e à autoridade competente do Estado membro em causa.¹⁶

O INFARMED, I.P., decide sobre o pedido de autorização de introdução no mercado de um medicamento no prazo de 210 dias, contados da data da receção de um requerimento válido, sendo, porém, que este prazo se suspende sempre que necessário.¹⁷

3.2 Procedimento de reconhecimento mútuo

Se o medicamento já estiver autorizado num Estado-Membro e a empresa farmacêutica pretender estender a AIM a outros Estados, o procedimento adequado é o reconhecimento mútuo.

Este procedimento de reconhecimento mútuo aplica-se em Portugal, nos termos dos artigos 40.º a 46.º RJMUH, em casos de:

- Reconhecimento noutra Estado membro de uma autorização de introdução no mercado de um medicamento concedida em Portugal;
- Reconhecimento em Portugal de uma autorização de introdução no mercado de um medicamento concedida noutra Estado membro.

Nesses casos, o Estado-Membro que concedeu a AIM funcionará como Estado-Membro de Referência (EMR), e enviará o seu relatório aos Estados-Membros Envolvidos (EME's) e caso não seja invocada nenhuma objeção fundada na saúde pública a AIM será alargada a todos os EME's.¹⁸

Consequentemente, o INFARMED atua na qualidade de EMR quando a primeira autorização do medicamento objeto do procedimento de reconhecimento mútuo tiver sido concedida em Portugal.¹⁹

No entanto, se se verificar uma falta de acordo das autoridades nacionais envolvidas, terá lugar necessariamente a intervenção decisória do Comité dos Medicamentos para Uso Humano da Agência (CHMP), sendo o litígio submetido a um procedimento de arbitragem, nos termos da legislação comunitária aplicável²⁰.

3.3 Procedimento descentralizado

No caso de o medicamento não ter sido, ainda, autorizado em nenhum Estado-Membro pode optar-se pelo procedimento descentralizado.

Nesse caso, a empresa farmacêutica apresenta os seus pedidos de AIM nos vários Estados onde pretenda comercializar o seu produto²¹.

Com efeito, o pedido de autorização de introdução no mercado apresentado perante o INFARMED, I.P., deve conter a indicação da apresentação em simultâneo de igual pedido noutra ou noutros Estados membros, bem como a indicação do Estado-Membros de Referência²².

Importa, portanto, salientar que, nesses casos, apenas um dos Estados-Membros intervenientes no procedimento agirá na qualidade de EMR. A esse caberá a tarefa de avaliar

16 Artigo 16.º, n.º 7, e 8 do RJMUH.

17 Artigo 23.º, n.º 1 do RJMUH.

18 RAPOSO, Vera Lúcia. *Danos Causados por Medicamentos, Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu*. Coimbra: Almedina, 2018, p.32.

19 Artigo 42.º, n.º 1 do RJMUH.

20 MARQUES, João Paulo Remédio. "O Direito de Patentes, o sistema Regulatório de Aprovação, o Direito da Concorrência e o Acesso aos Medicamentos Genéricos". In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, volume III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p.310.

21 RAPOSO, Vera Lúcia. *Danos Causados por Medicamentos, Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu*. Almedina, 2018, p.32.

22 Artigo 47.º, n.º 1 do RJMUH.

o pedido de AIM e preparar um relatório que será enviado aos restantes Estados-Membros onde o pedido foi igualmente apresentado, designados Estados-Membros Interessados ou Estados-Membros Envolvidos (EME).

Nos termos do artigo 49.º, n.º 1 do RJMUH, o INFARMED, I.P. atua na qualidade de EMR quando o requerente o solicitar. Nesses casos, deve preparar e apresentar o relatório de avaliação, ao requerente e aos restantes EME, no prazo de 120 dias, a contar da receção de um pedido válido, bem como os projetos de resumo das características do medicamento, rotulagem e folheto informativo. Esses dispõem de 90 dias contados da notificação suprarreferida para aprovar, ou não, o relatório e informar esse facto ao INFARMED, que em consequência encerrará o procedimento e notificará os interessados²³.

Nos casos em que o INFARMED, I.P. não atuar na qualidade de EMR, mas sim de EME, dispõe igualmente de 90 dias para aprovar, ou não, o relatório apresentado, ou quando todos os EMEs estiverem em concordância, 30 dias²⁴.

A AIM que vier a ser concedida abrangerá todos os EME's a menos que se argumente uma objeção fundada no potencial risco para a saúde pública, situação em que existirá um parecer desfavorável por parte do INFARMED I.P., ou outro EMR, que será notificado aos demais interessados no procedimento²⁵. Nessas situações, pode ser solicitada a intervenção da CHMP, no âmbito de um procedimento de arbitragem com vista a encontrar uma solução para o impasse verificado.

3.4 Procedimento comunitário centralizado

O procedimento centralizado corre junto da EMA e permite a concessão de uma AIM que abrange todos os Estados-Membros.

Com efeito, o pedido de AIM é gerido diretamente junto da Agência Europeia de Medicamentos. No seu âmbito funciona um Comité dos Medicamentos para Uso Humano (CHMP, na sigla inglesa) nomeados por cada estado membro. É selecionado dentre os seus membros um perito relator e um co-relator, que procedem a uma avaliação independente. O relatório de avaliação é aprovado pelo CHMP, e com base nele a Comissão Europeia toma uma decisão. Esta decisão é publicada no site da Comissão Europeia²⁶.

Os titulares de uma autorização de introdução no mercado concedida ao abrigo da legislação referida no número anterior requerem ao INFARMED, I.P., apenas, a atribuição de um número de registo de autorização de introdução no mercado do medicamento²⁷.

4 AUTORIZAÇÕES ESPECIAIS

Nos termos do disposto no artigo 77.º do RJMUH, só podem ser comercializados no território nacional medicamentos que beneficiam de uma autorização ou um registo, válidos e em vigor, concedidos pelo INFARMED, I.P., ou por órgão competente da Comunidade europeia²⁸. Ou seja, com a emissão da autorização de comercialização de medicamentos de referência, concedida a nível nacional ou comunitário, são reconhecidos direitos exclusivos

23 Artigo 49.º, n.º 2 e 4 do RJMUH.

24 Artigo 50.º, do RJMUH.

25 Artigo 51.º, n.º 1 do RJMUH.

26 Disponível em: https://www.infarmed.pt/web/infarmed/entidades/medicamentos-uso-humano/autorizacao-de-introducao-no-mercado/procedimentos_de_aim. Acesso em: 23 jan. 2021

27 Artigo 54.º, n.º 2 do RJMUH.

28 Artigo 77.º do RJMUH.

de comercialização do medicamento de referência²⁹.

No entanto, em situações excepcionais e expressamente definidas na lei, O INFARMED, I.P., pode autorizar a utilização em Portugal de medicamento não possuidor de qualquer das restantes autorizações referidas, ou que, possuindo uma dessas autorizações, não esteja efetivamente comercializado, quando se verifique uma das seguintes condições³⁰:

- Mediante justificação clínica, sejam considerados imprescindíveis à prevenção, diagnóstico ou tratamento de determinadas patologias, desde que seja demonstrada a inexistência de alternativa no conjunto de medicamentos com autorização de introdução no mercado;
- Sejam necessários para impedir ou limitar a propagação, atual ou potencial, de agentes patogénicos, toxinas, agentes químicos, ou de radiação nuclear, suscetíveis de causar efeitos nocivos;
- Em casos excepcionais, sejam adquiridos por serviço farmacêutico ou farmácia (é preciso definir este conceito) e dispensados a um doente específico.

A autorização especial não pode ser concedida, se se verificar qualquer uma das seguintes condições:

- Sejam medicamentos experimentais que estejam a ser sujeitos a ensaio clínico para a indicação terapêutica em causa;
- Na situação em que sejam adquiridos por serviço farmacêutico ou farmácia e dispensados a um doente específico.
- A Comissão Nacional de Farmácia e Terapêutica, tendo sido consultada pelo INFARMED, I.P., emita parecer desfavorável à utilização do medicamento.

Para além disso, o INFARMED, I.P., pode autorizar, por razões fundamentadas de saúde pública, a comercialização de medicamentos que não beneficiem de autorização ou registo válidos em Portugal ou que não tenham sido objeto de um pedido de autorização ou registo válido³¹.

A concessão ou a revogação de uma autorização especial é notificada à Comissão Europeia, acompanhada do nome ou firma e domicílio ou sede do titular da autorização³².

O INFARMED, I.P., define os requisitos, prazos e demais elementos a que devem obedecer os pedidos de autorização especial, os documentos com que os mesmos devem ser instruídos, bem como os elementos, documentação e registos que devem ser conservados pelas instituições de saúde e pelos requerentes³³.

Com efeito, pode indeferir o pedido sempre que não estiver devidamente demonstrada a segurança, a eficácia ou a qualidade do medicamento, designadamente quanto às condições de aquisição ou de transporte do mesmo³⁴.

5 IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Intimamente ligada com a AIM estão as normas relativas à importação e exportação de medicamentos.

29 MARQUES, João Paulo Remédio. "O Direito de Patentes, o sistema Regulatório de Aprovação, o Direito da Concorrência e o Acesso aos Medicamentos Genéricos". In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p.320.

30 Artigo 92.º do RJMUH.

31 Artigo 93.º, n.º 1, do RJMUH.

32 Artigo 93.º, n.º 1, do RJMUH.

33 Artigo 93.º, n.º 1, do RJMUH.

34 Artigo 93.º, n.º 1, do RJMUH.

Com efeito, através do Ofício Circulado n.º 15775 de 19 de junho de 2020, a Autoridade Tributária Portuguesa, atendendo à relevância e importância de esclarecer a matéria em causa, aprovou instruções sobre os procedimentos a adotar na importação e exportação de medicamentos de uso humano³⁵.

Desta forma, os portadores de AIM e de autorização especial supra elencadas, no cumprimento das formalidades de importação de medicamentos de uso humano, devem apresentar junto à entidade aduaneira, juntamente com a declaração de introdução no consumo com introdução em livre prática simultânea de mercadorias que não são objeto de uma entrega isenta de IVA, os documentos referidos no Ofício Circulado suprarreferido para cada uma das situações em causa, nomeadamente:

- Importação de medicamentos com AIM. Distinguindo-se os casos em que o importador é titular de AIM ou não. Nesses casos, as alfândegas aceitarão o print da informação de um medicamento retirada do site do INFARMED, da Internet, onde consta que o medicamento tem AIM, em substituição da cópia da AIM, podendo as alfândegas consultar o site do INFARMED, em caso de dúvidas³⁶;
- Importação de Medicamentos com AIM centralizada. Sempre que um importador apresente, em apoio da respetiva declaração aduaneira, uma AIM emitida ao abrigo de um procedimento centralizado pela Agência Europeia de Medicamentos, que se consubstancia numa Decisão da Comissão Europeia, deverá a mesma ser aceite em substituição da AIM emitida pelo INFARMED.

O medicamento autorizado por procedimento centralizado só pode ser comercializado em Portugal desde que tenha um número de registo da(s) apresentação(ões) de embalagens atribuído pelo INFARMED, como supra indicado, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 54.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto.

Pelo que, no caso de importação deverá ser apresentado à Alfândega, em apoio da declaração aduaneira, um documento emitido pelo INFARMED onde constará o n.º de registo da (s) apresentação(ões) de embalagens. Em caso de dúvidas poderá ser consultado o site do INFARMED;

- Importação de medicamentos com autorização de utilização especial (AUE). Na importação de medicamentos que possuem Autorização de Utilização Especial (AUE) e que se destinam a hospitais, clínicas ou estabelecimentos de saúde: o importador, distribuidor grossista, tem que apresentar: cópia da Autorização de Distribuição por Grosso e cópia da Autorização de Utilização Especial (AUE), emitida pelo INFARMED, em nome do detentor da AUE do medicamento.

Quando se tratar da importação de medicamentos objeto de uma Autorização de Utilização Especial que possa ser utilizada em várias operações, para as quantidades autorizadas, durante um período de três anos, deverão as Alfândegas registar diretamente no formulário da AUE, manualmente, a quantidade utilizada em cada declaração aduaneira, tendo em vista efetuar uma “gestão” das quantidades utilizadas em cada operação de importação de medicamentos a coberto daquela autorização.

Alerta-se para o facto de que neste novo formulário da AUE constam os campos para o referido registo, em concreto, quantidade imputada; número da declaração

35 Disponível em: https://infoaduanero.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/oficios_circulados/Pages/Oficio_Circulado_15775_2020.aspx.

36 Disponível em: https://info-aduanero.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/oficios_circulados/Pages/Oficio_Circulado_15775_2020.aspx.

aduaneira; data da importação; alfândega onde é efetuada a importação.

Acresce referir que as respetivas declarações aduaneiras irão necessitar de aceitação manual tendo em vista a necessidade de apresentação física do formulário da AUE respetiva para efeitos do registo das quantidades utilizadas em cada Importação.

Quando se tratar da importação de medicamentos objeto de uma Autorização de Utilização Especial que seja importado em várias remessas, ou que não sejam importados de uma só vez, os operadores económicos deverão requerer ao INFARMED adendas, ou sejam parcelares à AUE previamente emitida para cada remessa.

- Importação de medicamentos com autorização de utilização especial (AUE) a título excepcional. Na importação de medicamentos que possuem Autorização de Utilização Especial (AUE) a título excepcional, que se destinam a hospitais, clínicas ou estabelecimentos de saúde, em situações de rutura de stocks de medicamentos, que têm AIM válida em Portugal, mas cuja rotulagem não está em português: se o importador for distribuidor grossista tem de apresentar: cópia da Autorização de Distribuição por Grosso e cópia da Autorização de Utilização Especial a título excepcional emitida em nome do detentor da AUE a quem se destinam os medicamentos em causa; se o importador for o detentor (Titular da AUE / AIM) só tem que apresentar a cópia da Autorização de Utilização Especial a título excepcional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, pode-se verificar que o procedimento administrativo de obtenção de autorização para introdução de medicamento no mercado (AIM), a nível europeu, pode ser realizado através de várias formas: procedimentos de autorização nacional; procedimento de reconhecimento mútuo; procedimento descentralizado; e procedimento comunitário centralizado.

De facto, o regime de introdução de medicamentos para uso humano no mercado foi sofrendo ao longo dos anos alterações no sentido de aperfeiçoar, simplificar e, sobretudo, facilitar a livre circulação de medicamentos no seio da UE, nomeadamente com a possibilidade de apresentar um único pedido junto da EMA e este conceder o direito de comercialização em todos os Estados-Membros.

No entanto, a verdade é que depois dos anos despendidos na fase de *Research & development*, a empresa farmacêutica deve contar ainda com um procedimento de concessão de AIM (independentemente do tipo escolhido) pesado, lento e burocrático, fazendo com que a introdução “rápida” de medicamentos inovadores no mercado seja, hoje, uma utopia.

Para dar resposta a uma situação de pandemia, como a que vivemos, mostra-se necessário que o regime seja mais ágil e flexível, de modo a conseguir resultados mais expeditos, mas ainda assim confiáveis e seguros

REFERÊNCIAS

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Licença de Medicamento: As Interconexões entre a Propriedade Industrial e a Regulação Administrativa no Sector dos Medicamentos. *Revista Themis*, Ano XI, n.ºs 20/21, Almedina, 2011, p.19-89.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. *Medicamentos versus Patentes, Estudos de Propriedade Industrial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. “O Direito de Patentes, o sistema Regulatório de Aprovação, o Direito da Concorrência e o Acesso aos Medicamentos Genéricos”. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p.299-388.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Danos Causados por Medicamentos, Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu*. Coimbra: Almedina, 2018.

REYNOLDS, Christopher. *Public and Environmental Health Law*. Annandale, N.S.W.: The Federation Press, 2011.

DUCTILIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE EMERGENCIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19 EN HONDURAS: LA JURIDICIDAD DEL ESTADO COMO LÍMITE A LA EXCEPCIÓN NORMATIVA

César Stuardo Rivera Liconá

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Profesor Titular de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Investigador del Instituto de Inv. Jurídica (IJ-UNAH), Tegucigalpa, Honduras. Abogado.

Sumário: 1 Introducción; 2 Normalidad constitucional: principios e institutos jurídicos administrativos; 2.1 Burocracia y Estructura de Gobierno; 2.2 Carrera Administrativa; 2.3 Control de los recursos públicos; 3 Excepción normativa y excepcionalidad. Fuente de la indeterminación jurídica; 3.1 Gobernanza, una excepción a la burocracia; 3.2 El interinato, el contrato temporal y pasantías profesionales: inclusión por exclusión a la carrera administrativa; 3.3 Contratación especial del Estado; 3.4 Los particulares como administradores del patrimonio público; 4 Conclusiones; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La estructura del Estado, las funciones de sus órganos y sus institutos jurídicos vienen determinados constitucionalmente para condiciones normales. Lo normal en el derecho es una norma jurídica que establece una fórmula, un patrón de conducta aplicable tanto a cualquier miembro de la sociedad, como también al Estado¹. Estas fórmulas regulan casos de denominador común, vía de regla, prescriben el actuar del Estado y la consecuencia o dispositivo, para: Reparar, Reprimir o Invalidar el actuar que escape a la regla².

La normalidad se quiebra ante la contingencia, esta impone situaciones de interés público en las que la regla no permite un actuar efectivo, eficaz ni eficiente³. Ante la premura del actuar se recurre a la excepción normativa. Tal caso de contingencia es la emergencia sanitaria nacional, declarada en todo el territorio, para prevenir y controlar la infección por coronavirus (SARS-CoV-2), situación de alta demanda de los servicios sanitarios, de restricciones de actividades sociales y laborales, situaciones de la esfera funcional de la administración pública. Esta situación lleva a la administración pública a la excepción normativa, al derecho de emergencia. Se objetiva en este trabajo, por lo tanto, analizar ese derecho administrativo durante la pandemia COVID-19 en Honduras.

La excepción en el derecho no es nada nuevo, la especialidad y excepción son producto del sistema jurídico dinámico⁴. Sin embargo, el derecho de excepción trae consigo sus propios problemas, como ser: La indeterminación jurídica de coexistencia de dos órdenes normativos, el de la normalidad y el de la excepción⁵ y la necesidad de la ductilidad del Derecho Administrativo. Los límites de la excepcionalidad son límites de tiempo y de poder en el ejercicio; y los límites en la ductilidad del derecho son límites normativos⁶. Así, cabe preguntarse: ¿Cuáles son los límites normativos a la ductilidad del derecho administrativo de emergencia?

Se plantea que el límite de la ductilidad del derecho administrativo de emergencia son los principios. Siguiendo la premisa de Herbert Hart de clasificación de las normas en: Principios, aquellos que expresan los valores constitucionales positivados; y Reglas, aquellas dictadas para reforzar y realizar los principios normativos. Se puede, en consecuencia, alterar únicamente las reglas, las cuales obligatoriamente deben realizar los principios normativos ya establecidos. Los principios, pues, derivan de la finalidad constitucional, la cual solo puede ser alterada por los mecanismos constitucionales, no por el Derecho de Emergencia. Para la realización de esta investigación se utilizó el método sistemático-estructural-funcional⁷: Este es un método, especialmente sistémico, que permite ubicar en un sistema al objeto, y determinar su función en la estructura de este, es decir ¿Por qué existe y para qué sirve? Corresponde a la corriente teórica del estructuralismo funcional del derecho⁸.

1 JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. México: FCR, 2000.

2 KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

3 SALOMONI, J. L. Interés Público y Emergencia. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, p.1-25, 2003.

4 GÓMEZ, P. C. El sistema jurídico como un sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica, 2008. Disponible em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186329>. Acceso em: 28 ago. 2020.

5 ROZO, A. B.. Normalidad Y Excepcionalidad: La Indescifrable Regularidad Contemporánea de la Excepción. *Revista Jurídica UP*, p.1-23, 2006.

6 ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: Ley, Derecho, Justicia*. Madrid: Torra, 2002.

7 VILLABELLA, C. M.. Los Métodos de la Investigación Jurídica. Algunas Precisiones. In: VILLABELLA, C. M.. *Enseñanza e investigación jurídica*. Monterrey: Tecnológico de Monterrey, 2015.

8 RIVERA LICONA. *Iniciación a la Investigación Jurídica*. Tegucigalpa. M.D.C.: IJ, 2020.

2 NORMALIDAD CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS E INSTITUTOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS

En el Estado Constitucional de Derecho, la constitución como norma suprema del Estado además de limitar el poder público, lo sustenta⁹. En este binomio de poder y su sustento, los límites del poder público no son únicamente la racionalidad y proporcionalidad, sino también la razonabilidad¹⁰. No basta que una norma revista el carácter de legalidad y justificación legal, sino que debe ser justificable ante la sociedad según sus principios positivados.

Las constituciones contemporáneas positiván sus principios al disponer sobre los derechos fundamentales, y sobre las garantías para hacerlos valer. Mandan la creación de normas que regulan dichos derechos y los principios que las informan, juntas, estas normas forman subsistemas jurídicos¹¹. Los principales subsistemas jurídicos son: El Laboral, que regula las relaciones entre el capital y el trabajo, El Civil, que regula las relaciones entre particulares, El penal regulando el *ius puniendi* del Estado, finalmente, El Administrativo, que regula la Administración Pública.

Se puede afirmar que el sistema jurídico nace con el establecimiento de una Constitución Política (*Lato Sensu*), en la cual se regula el funcionamiento y objetivos de los institutos jurídicos, entre estos La administración Pública. Con el establecimiento de los principios constitucionales, surgen sus objetivos, que cimientan los institutos jurídicos de la constitución, entre los principales, de estos últimos, están: La burocracia y estructura de gobierno, la carrera administrativa, el control de los recursos públicos y la contratación estatal.

2.1 Burocracia y Estructura de Gobierno

La burocracia como un sistema de gobierno, es aquella cuya implementación está completamente en manos de funcionarios que basan sus actuaciones en normas aceptadas como legítimas. La Constitución Política de Honduras (CH), vigente desde 1982, contiene las bases fundamentales de la administración pública y establece como sus principios: *La legalidad, planificación, eficiencia, eficacia, celeridad, desconcentración y descentralización*. Todo esto dentro de un Estado unitario de gobierno republicano y representativo, ejercido por tres órganos; El Legislativo, Ejecutivo y El Judicial.

La constitución establece una estructura basada en la descentralización de la administración pública, mediante las instituciones autónomas, los municipios creados y otorgados de su ley constitutiva por el poder legislativo. En suma, llevando a la doctrina y la misma ley a clasificar la administración pública hondureña en; (1) centralizada, constituida por los órganos del poder ejecutivo, (2) descentralizada, constituida por las instituciones autónomas, los institutos que no persiguen fin de lucro, las empresas públicas, y las corporaciones municipales, (3) desconcentrada, formada por los órganos con independencia funcional, Recientemente se ha reconocido una cuarta categoría, denominada como (4) Administración pública adjunta, formada por los órganos e instituciones que pertenecen al gobierno relacional¹² que opera como una forma de gobierno especial, en algunos casos, hasta excepcional.

9 KRIELLE, M. *Introdução à Teoria do Estado: Os fundamentos históricos de legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Porto Alegre: Fabris, 2009.

10 ALEXY, R. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

11 LICONA, C. S. R. *Control de legalidad de la actividad administrativa del gobierno relacional*. Minas Gerais, 2016.

12 LICONA, C. S. R. *Control de legalidad de la actividad administrativa del gobierno relacional*. Minas Gerais, 2016.

2.2 Carrera Administrativa

El régimen legal administrativo comprende el conjunto de normas que regulan la relación entre la administración Pública y los administrados, quienes entablan una relación con aquella, ya sea de forma activa o pasiva. De esta manera el vínculo se liga intrínsecamente a las principales actividades del Estado a través de la Administración Pública; La prestación de Servicios Públicos, y la Función Administrativa.

Dentro de las relaciones constantes y reciprocas entre la administración y los administrados, se encuentran las relaciones laborales. Quien se relaciona de forma laboral con la administración pública puede tener un vínculo jurídico, de forma (a) contractual, o, (b) legal o estatutario. Los principales objetivos de la carrera administrativa son la Selección, Retención y Perfeccionamiento del talento humano, mediante la concesión de incentivos y exigencias, en justo equilibrio para la profesionalización del servicio público. La carrera administrativa en general tiene las características siguientes:

1) *Proceso Selectivo Público*; La carrera administrativa es un desenvolvimiento del derecho humano de la participación en el gobierno, el derecho fundamental de acceso a la función pública. Es decir, se encuentra sometida a un *principio democrático de participación universal*, recogido en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 257 de la Constitución Hondureña (CH) establece que la carrera administrativa se fundamenta en especialmente en las “condiciones de *ingreso* a la administración pública; las *promociones y ascensos a base de méritos y aptitudes...*” (énfasis agregado). En otras palabras, deben acceder a la carrera administrativa quien pruebe sus méritos, y demuestre su aptitud para el empleo, su capacidad, en base a un procedimiento previamente establecido.

2) *Estabilidad Laboral*; El artículo 256 párrafo último manda que “El Estado protegerá a sus servidores dentro de la carrera administrativa.” Quizás la oración recogida en este artículo no presenta la claridad lingüística que se desearía, por estas características es necesario echar mano de las técnicas de interpretación para estos casos, es decir la interpretación gramatical.

De los elementos contenidos queda claro que el Estado protegerá a sus servidores, la pregunta es ¿de qué o quién? Y ¿Cómo? La primera interpretación es que los protegerá de todos y contra todo, defendiendo sus derechos y el sistema de servicio público establecido. Es decir, defender la meritocracia, establecida en el *caput* del artículo 256, “... la administración de personal estará sometida a métodos científicos basados en el sistema de méritos.” (Énfasis agregado).

La segunda interpretación, quizás más simplista, es considerar que el Estado protegerá que los servidores que entren a la carrera administrativa permanezcan en ella, así, surge la pregunta, ¿que limita esa protección de la estabilidad laboral del servidor público? Por ser el estado contemporáneo, un Estado Democrático Constitucional de Derecho, le impone al intérprete, técnicas lógicas de interpretación, para el caso se puede establecer que la protección estatal está limitada al mantenimiento de los méritos y las aptitudes que le hicieron merecedor de tal protección. Sin importar la interpretación que se prefiera, ambas conducen al imperio del sistema constitucional de servicio público, la meritocracia. Así la estabilidad laboral presenta las siguientes características:

Permanencia: Se garantiza a todo aquel que mantenga o incremente sus méritos y aptitudes, su permanencia en el cargo. De ahí, que la única forma para salir de forma no voluntaria de la carrera administrativa sea la pérdida de los méritos y/o aptitudes, lo cual se deberá comprobar en el correspondiente proceso administrativo y bajo los principios constitucionales correspondientes y las causales legales. Si la salida fuese punitiva; Por

medida disciplinaria atendida a los *principios de juridicidad, legalidad y defensa*; En caso de causales no volitivas, ni punitivas, se deberá atender la especialidad del caso concreto; En caso de motivos de salud, se estará a los derechos constitucionales de seguridad y protección social que le asistan al servidor, como ser pensión por salud o vejez y así sucesivamente.

Estatus: La protección del servidor no puede ignorar los principios generales de la administración pública, como la eficacia, efectividad y eficiencia de la prestación del servicio. Estos principios valen concretamente a la disposición de centros de trabajo y asignación de personal a lo que mejor convenga a los fines de la administración pública. No en tanto, esa liquidez de la estructura laboral no debe afectar el estatus reconocido al servidor en virtud de sus méritos, razón por la cual, *cualquier movilidad laboral* sea de centro de trabajo, lugar o jerarquía, cuando no sea voluntaria del servidor, *tiene que respetar la igualdad de condiciones y estatus previo a la movilización*.

2.3 Control de los recursos públicos:

Se entiende a los recursos públicos como:

... [El] conjunto de bienes, dinero, valores, derechos (inclusive morales) y créditos pertenecientes a los entes públicos [...], cuya administración sea de interés público y difuso, estando vinculados a su protección y defensa, no solamente los administradores, sino también los administrados. Debido a su origen público, estos elementos no pierden su calidad de dominio público, aunque se encuentren en posesión de particulares¹³.

De acuerdo con el TÍTULO V, capítulo III de la Constitución de la República de Honduras de 1982, y la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas de la República de Honduras, decreto 14-2002, la administración de los recursos públicos debe hacerse con una *conducta proba, imparcial, eficiente, ética y transparente*, de la misma forma que del uso y manejo de los bienes.

3 EXCEPCIÓN NORMATIVA Y EXCEPCIONALIDAD. FUENTE DE LA INDETERMINACIÓN JURÍDICA

La excepción en el derecho no es nada nuevo, la especialidad y excepción son producto del carácter dinámico de los sistemas jurídicos¹⁴. Los principales institutos constitucionales administrativos mandan la creación de las reglas que realicen los principios constitucionales, como también prevé la excepción de esta en circunstancias calificadas. Verbigracia: la excepción a las compras por licitación, concurso o subasta que prevé el art. 360 de la Constitución de la República. El problema no es la excepción normativa, sino el estado de excepcionalidad que acarrea sus propios problemas, como la indeterminación jurídica y la ductilidad del derecho.

En la excepcionalidad normal, aquella prevista por la Constitución de la República, se encuentra para cada instituto administrativo su figura de excepción, como sigue:

3.1 Gobernanza, una excepción a la burocracia: El acto administrativo negociado

La gobernanza opera como una forma de gobierno especial, cuando se establece de forma permanente para construir el objetivo público junto a los actores sociales, en algunos

13 MARTINS, F. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo, 2013.

14 GÓMEZ, P.C. El sistema jurídico como un sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica, 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186329>. Acesso em: 28 ago. 2020.

casos opera como forma de gobierno excepcional, al ser temporal, delimitada y determinada a ciertos asuntos. En esta forma de gobierno excepcional, se integran las diferentes administraciones (la centralizada, desconcentrada y desconcentrada) y los actores sociales, surge de esta integración el Sistema Nacional de Riesgos (art. 2 de la ley del SINAGER), por ejemplo. Con este cambian las relaciones del poder con la administración pública. Se da lugar a la *gobernanza relacional*, entendida como el proceso que "... se refiere a la manera de cómo se toman las decisiones en una sociedad, de cómo los ciudadanos y grupos interactúan en la formulación de los propósitos públicos." ¹⁵

Este nuevo esquema relacional, la actuación administrativa, la producción del acto como expresión de voluntad de la administración pública, se da bajo el principio de *Coordinación*. Las administraciones actúan de forma concertada y armónica hacia propósitos y objetivos comunes (Art. 4. ley SINAGER), respetando la participación de los actores sociales. Surgiendo aquí tres problemas de indeterminación:

a. *Naturaleza jurídica del acto administrativo relacional*: Cuando las administraciones públicas actúan juntas, estas pueden expresarse mediante un Acto Colectivo, que a rigor es un solo acto pues tiene un mismo motivo y objetivo. La actividad del SINAGER, sin embargo, implican concurso de voluntades, pero a diferencia de los actos colectivos, la finalidad de los entes no es idéntica, como tampoco es el dar lugar a una situación jurídica individual, emitiendo Actos Unión¹⁶. En estos casos uno de los entes actúa con motivación diferente, siendo actos autónomos propiamente dichos. Como tal, la legitimidad, legalidad o juridicidad del acto debe ser cuestionada de forma independiente.

La forma del acto unión, no necesariamente debe ser separada, esta puede revestir la forma de Convenio sustituto del acto administrativo; Estos convenios suelen presentarse en un solo documento que contiene todos los actos emitidos juntos, siempre que cumplan los requisitos legales, pues el principio de legalidad sigue vigente.

b. *Situación Jurídica Individualizada de los sectores sociales*: Los representantes de los actores sociales no son meramente informantes de sus estimaciones sobre los procesos de decisión. Estos forman parte de la gestión del acto administrativo, de la negociación de este. Su participación tiene trascendencia jurídica, les habilita y les autoriza dentro del propio marco normativo de sus entidades (ONG's, asociaciones, fundaciones, municipalidades etc.) a actuar. Se convierte en motivo de sus actos, necesarios para alcanzar los fines y objetivos trazados, revistiéndolos de legitimidad y legalidad. Además, que les faculta para recibir los incentivos y fomentos ofrecidos en la ley, así como les legitima para impugnar el acto administrativo¹⁷.

c. *Límite de la actuación administrativa*: La indeterminación jurídica para la administración pública significa, siempre, *poderes discrecionales*. La anormalidad implica un ejercicio de mayor discrecionalidad, su legalidad depende de la prudencia o rectitud del agente. Es una determinación de la voluntad dentro de límites establecidos, como ser; *la racionalidad, la proporcionalidad, juridicidad*.

3.2 El interinato, el contrato temporal y pasantías profesionales. La excepción como exclusión

La Ley General del Servicio Civil y los regímenes estatutarios de las carreras administrativas prevén los casos en los que no es posible el procedimiento común de ingreso a la carrera

15 DENHART, R. *Teoria da administração pública*. São Paulo, 2012.

16 CALAFELL, J. E. T. Teoría del Acto Administrativo. *Revista de Ciencias Jurídicas (UNAM)*, México D.F., p.122-143, 2009.

17 LICONA, C. S. R. *Derecho Educativo Hondureño*. Tegucigalpa M.D.C., 2017.

administrativa. Obedece a la premura de incorporar nuevos recursos humanos o por razones de eficiencia, recomendarse la temporalidad del nuevo cargo. A estos ingresos excepcionales se les reconoce el carácter de interinato, no pasan a formar parte de la carrera administrativa, por incumplimiento de los principios del Servicio Civil, especialmente a la *igualdad de acceso*. La libre oportunidad de ingresar o no, sin condicionamientos sociales, económicos o políticos.

La excepción normativa, como apunta Barreto,¹⁸ se utiliza como una técnica de gobierno para huir de la regla. Cuando se instaura esta técnica de gobierno, se usan y se crean múltiples figuras de excepcionalidad, que no necesariamente derivan de situaciones de emergencia, reales o aparentes. Estas figuras, como excepcionales, alteran los principios de acceso, permanencia y promoción en el empleo o función pública. Al escapar de los principios constitucionales de la carrera administrativa, priva a sus beneficiarios de los derechos consecuentes como la permanencia y beneficios sociales, constituyendo a largo plazo una exclusión, una inclusión por exclusión.

Como inclusión por exclusión se tiene el interinato, actualmente son miles de profesionales en Honduras en esta situación. Se han evitado el formalismo de ingreso a la carrera administrativa y lo que ello implica, engorrosos procedimientos de concurso, de oposición, etc. Todo esto a costa de ser excluidos de sus derechos de permanencia y estatus, a sus beneficios sociales a los cuales no tendrán derecho mientras se encuentren en situación excepcional.

Estas mismas características presenta la última inclusión por exclusión realizada por el Estado de Honduras al otorgar permanencia a los empleados de la salud que estando ya bajo una figura excepcional – pasantía profesional o contrato- asisten a infectados por COVID-19. De acuerdo con el Decreto 39-2020, estos no gozarán de primera mano del derecho de estatus, pues, después de la pandemia podrán ser reubicados en otros centros de trabajo, a discrecionalidad de la institución donde se encuentren. Los problemas que surgen en materia de contratación y acceso a la carrera administrativa son:

1. *Principios mínimos de proceso de selección:* El principio básico es la *publicidad*, no basta cualquier tipo de publicidad, debe ser un tipo de publicidad oficial. La publicidad oficial comunica, siempre, un acto administrativo. *Selección por méritos*, Debe existir al menos un procedimiento mínimo de revisión de mérito y perfil del puesto.

2. *En cuanto a la permanencia:* el ingreso al trabajo público deberá ser siempre temporal, aunque cabe la opción a optar por la permanencia mediante procesos flexibles como los concursos internos, una opción normal.

3.3 Contratación especial del Estado

La excepción a la regla constitucional de licitación o concurso en la adquisición es la contratación directa, que tampoco es nada nuevo para la administración pública. Los supuestos de excepción, en situación de emergencia, son los siguientes:

1. Cuando tenga por objeto proveer a las necesidades ocasionadas por una situación de emergencia;

Cuando se trate de adquisición de repuestos u otros bienes o servicios especializados cuya fabricación o venta sea exclusiva de quienes tengan patente o marca de fábrica registrada, siempre que no hubiere sustituto conveniente;

18 ROZO, A. B. Normalidad Y Excepcionalidad: La Indescifrable Regularidad Contemporánea de la Excepción. *Revista Jurídica UP*, p.1-23, 2006.

La emergencia debe ser declarada, ser concreta, Inmediata e imprevista. De acuerdo con la Ley de Contratación del Estado una vez declarada la emergencia y autorizada la compra directa el control sale del ámbito de contratación y pasa el ámbito de rendición de cuentas, es decir al control del Tribunal Superior de Cuentas.

El control del Patrimonio público obedece siempre a los mismos principios, sin importar el tipo de control, sea este control interno, externo o social. Finalmente, sin importar la naturaleza jurídica de quien administra el patrimonio, siempre que cumplan los presupuestos de aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Cuentas. Los principios que manda la referida ley, en su art 2, son:

- i. Economía:* Adquisición de bienes y/o servicios en condiciones de calidad, cantidad apropiada y oportuna entrega o prestación, al mínimo costo y precio posible.
- ii. Eficacia:* Cumplimiento de los objetivos y metas programadas en un tiempo establecido.
- iii. Eficiencia:* Relación idónea entre los bienes, servicios u otros resultados producidos y los recursos utilizados para obtenerlos y su comparación con un estándar establecido.
- iv. Transparencia:* Gestión clara, veraz y objetiva por medio de la ejecución y desarrollo de sistemas de control, fiscalización, probidad y ética, promoviendo la participación ciudadana.

El control del patrimonio público va desde el ingreso al patrimonio de los bienes hasta que, los mismos salen de este. El ingreso puede suceder por adquisición, por donación o transferencia, de igual forma salen del patrimonio los bienes por inutilidad, venta o transferencia.

En un modelo de gobernanza, de participación de los particulares en la gestión pública, surge el problema de control de estos en la gestión del patrimonio. La responsabilidad por la administración de patrimonio público incluye tanto los administrados, como los particulares, pues está dirigida a cualquiera que lo posea, siendo indiferente la naturaleza del particular, sea pública o privada. El control del patrimonio público en manos de particulares no es tan claro en este nuevo modelo de gobierno en Honduras.

Los modelos en gobernanza forman parte de los sistemas jurídicos administrativos subjetivos, que prevén un control de la conducta de la administración pública. Nuestro sistema general administrativo, sin embargo, es un sistema jurídico administrativo objetivo, que controla únicamente los actos administrativos. Al incluir modelos de gobernanza torna a nuestro sistema jurídico administrativo híbrido, en el cual las deficiencias de los sistemas objetivos tienen que ser superada mediante la integración normativa y disposiciones legales específicas de integración de los particulares (tercer sector) al gobierno.

La integración consta en el art. 2 de la Ley General de la Administración Pública (decreto 266-13) clasifica los particulares que participan en la gestión pública en: 1) *Colaboradores:* Aquellos que coadyuban a la administración en el cumplimiento de sus fines. 2) *Auxiliares:* definidas como “las personas jurídicas de derecho privado que por propiedad o gestión sean controladas por la Administración Pública”. A ambas se exenta de la aplicación de las leyes administrativas a no ser “para la aprobación de estos organismos auxiliares de la Administración Pública y en el nombramiento de su personal”. Al conservar su naturaleza privada, salen del control administrativo general, sujetándose a su control especial acorde a su naturaleza.

3.4 Los particulares como administradores del patrimonio público

Para que los particulares integren la administración pública es supuesto necesario que persigan los mismos fines que el estado (Art. 2 LGAP). Los fines del Estado se pueden resumir en un macro fin: El interés público. Cuando los particulares persiguen el interés público lo

hacen de forma colectiva mediante la organización social, su estrategia de actuación es: La incidencia, resistencia y disidencia, en otras palabras, exigencia de cambio, oposición y proposición de alternativas, respectivamente. La incidencia se da mediante los mecanismos de participación en gobernanza, la oposición es una figura política, finalmente la disidencia se da mediante la oferta de alternativas a los servicios y prestaciones del Estado. Estos últimos se conocen como Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD)¹⁹, cuya ley regulatoria es la Ley Especial de Fomento de las ONGD.

La transferencia de patrimonio público a particulares está limitada a las Organizaciones no Gubernamentales de Desarrollo. Los fondos transferidos pasan a formar parte del patrimonio de la Organización, quedando, sin embargo, sujeta a control de gestión y ejecución de los fondos por la Unidad de Registro y Seguimiento de las Asociaciones Civiles (URSAC), El Tribunal Superior de cuentas (TSC), Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP) y Los órganos de dirección interna. No habiendo un control directo por la Administración pública directa, más allá de su derecho de recibir información.

Existen otras formas bajo las cuales el patrimonio público queda bajo tutela de particulares, en manos privadas mientras sigue siendo público, como por ejemplo las concesiones y las asociaciones público-privadas (APP). Sin embargo, el campo de actuación, naturaleza y responsabilidades del vínculo de los particulares es restricto y limitado. Estas últimas gestionan los recursos que les son otorgados, los usan para los fines y en la forma que se les ha indicado, mientras quienes administran recursos públicos tienen mayor libertad²⁰, estando sometidos a los fines, el macro fin del Estado, el Interés público.

4 CONCLUSIONES

La normalidad jurídica es el funcionamiento de los institutos jurídicos de forma prevista en la constitución, el derecho de emergencia surge de la excepción normativa a esa forma, lo que derivan de la necesidad de ductilidad del derecho administrativo para hacer frente a la contingencia de forma eficaz, efectiva y eficiente. El límite a las excepciones es la finalidad del Estado expresada en los principios constitucionales, los cuales solo pueden ser modificados a través de los mecanismos constitucionales para ello, pudiendo el legislador y administrador público, únicamente, modificar las reglas de funcionamiento de tal forma que le permitan la eficacia, efectividad y eficiencia en su actuar. Estas reglas excepcionales deben respetar los principios constitucionales para sus institutos jurídicos, so pena de comprometer la legalidad, legitimidad y juridicidad de las normas y actos que los contienen y desarrollan.

La ductilidad del derecho administrativo deriva en la indeterminación jurídica provocada por el derecho de emergencia, como toda indeterminación jurídica significa para la administración pública poderes discrecionales, aquella libertad de actuar ceñida a la racionalidad y la proporcionalidad de la actuación, ceñida a los límites normativos.

19 LICONA, C. S. R. *Derecho Educativo Hondureño*. Tegucigalpa M.D.C., 2017.

20 GALLARDO-GALLARDO, E.. *Fundamentos de la Administración*, 2011. Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/17604/6/fundamentos_administracion_egallardo.pdf. Acceso en: 29 ago. 2020.

Es así, que, si el derecho de emergencia encuentra su legalidad, legitimidad y juridicidad determinada por los principios, la forma de realizar el control administrativo por la gestión del riesgo o la emergencia que lo motiva, será la misma que para controlar actos administrativos discrecionales, sea en autotutela o heterotutela.

Con esta apertura el uso del poder se controla tanto en forma cuantitativa o cualitativa, con base en la finalidad de la ley que permite la discrecionalidad. En la doctrina estos defectos se conocen como abuso de poder y desvío de poder respectivamente, que es cuando la actividad se encuentra revestida de legalidad formal, pero persigue una finalidad distinta de la que manda la ley, o usa medios de realización excesivos para tal fin. Este desvío da lugar a las ilegalidades (a) orgánicas (usurpación y evasión de funciones), (b) formales, (c) materiales (de motivo, objeto y fin) y las llamadas ilegalidades (d) personales, referentes a defectos en la manifestación de voluntad del agente (conocidos en los clásicos italianos como defectos de voluntad).

Los límites a la discrecionalidad administrativa lo constituyen los principios normativos administrativos constitucionales, los cuales son independientes a las reglas, sin los cuales la legalidad y juridicidad de la actuación administrativa se pierde. Así, verbigracia, se tiene que: La *burocracia* vertical puede dar paso a la ductilidad, ceder ante formas de gobierno horizontal, a la gobernanza, sin embargo, deberá seguir realizando los principios constitucionales. Los particulares pueden participar de la construcción de los objetivos públicos, pero es la administración la encargada de velar por el interés público en la intervención de los particulares, de discriminar entre lo político (mera lucha de obtención de poder político) y lo auténtico de las necesidades en las exigencias sociales para evitar exceso, desvío y abuso de poder.

En estos mismos términos se entiende que la *contratación administrativa* puede dar lugar a la contratación directa, una forma de selección de ofertantes menos democrática bajo la dirección del funcionario, a cuya ética y moral se apela en la buena gestión del proceso. Por apelarse a condiciones personales este responde personalmente por el buen uso de los fondos públicos, ya no como funcionario, sino como persona en el orden patrimonial y penal. Si infringe los principios de probidad, economía, etc. responderá civil y penalmente de forma personal, sale de la esfera funcional y pasa a la esfera personal, un empeoramiento de la situación jurídica nada deseable en países con justicia efectiva.

Los recursos pueden ser administrados por particulares siempre que estos sean usados en la realización del interés público, una acción idéntica a la del Estado, así, la única forma de garantizar el cumplimiento de los principios de administración de patrimonio público es someter a los particulares a un *control de recursos públicos* igual al del Estado, como lo es el sometimiento a controles del Tribunal Superior de Cuentas.

Finalmente, la *Carrera Administrativa* puede permitirse el ingreso de nuevos recursos humanos en forma mas inmediata, pero no violando los derechos fundamentales de quienes pueden tener un interés legítimo en los procesos de selección. Se debe observar la publicidad de la convocatoria y requisitos mínimos de concurrencia para optar al puesto. No cumplirlo implica una violación de derechos fundamentales por parte del Estado, la violación del derecho, de quienes tienen el perfil del cargo o puesto de trabajo, de quienes tienen un interés legítimo y sus expectativas frustradas.

REFERENCIAS

- ALEXY, R. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- CALAFELL, J. E. T. Teoría del Acto Administrativo. *Revista de Ciencias Jurídicas (UNAM)*, México D.F., p.122-143, 2009.
- DENHART, R. *Teoria da administração pública*. São Paulo, 2012.
- GALLARDO-GALLARDO, E.. *Fundamentos de la Administración*, 2011. Disponible em: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/17604/6/fundamentosadministracionegallardo.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020.
- GÓMEZ, P. C. *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, 2008. Disponible em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=186329>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. México: FCR, 2000.
- KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRIELLE, M. *Introdução à Teoria do Estado: Os fundamentos históricos de legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Porto Alegre: Fabris, 2009.
- LICONA, C. S. R. *Control de legalidad de la actividad administrativa del gobierno relacional*. Minas Gerais 2016.
- LICONA, C. S. R. *Derecho Educativo Hondureño*. Tegucigalpa M.D.C 2017.
- MARTINS, F. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo 2013.
- RIVERA LICONA, C. S. *Iniciación a la Investigación Jurídica*. Tegucigalpa. M.D.C.: IIJ, 2020.
- ROZO, A. B. Normalidad Y Excepcionalidad: La Indescifrable Regularidad Contemporánea de la Excepción. *Revista Jurídica UP*, p.1-23, 2006.
- SALOMONI, J. L. Interés Público y Emergencia. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, p.1-25, 2003.
- VILLABELLA, C. M. Los Métodos de la Investigación Jurídica. Algunas Preciosiones.. In: VILLABELLA, C. M. *Enseñanza e investigación jurídica*. Monterrey: Tecnológico de Monterrey, 2015.
- ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: Ley, Derecho, Justicia*. Madrid: Torra, 2002.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO, REGULAÇÃO E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19¹

Carlos Roberto de Oliveira

Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Secretário-Executivo da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, Institucionais e de Governança da Associação Brasileira de Agências de Regulação. Diretor da Agência Reguladora de Saneamento de São Paulo.

Sumário: 1 Introdução; 2 Os desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da pandemia da Covid-19; 2.1 Situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento; 2.2 Falta de clareza na definição normativa; 2.3 Fragilidade de conteúdo dos contratos; 2.4 Ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos; 3 Posição do regulador diante da pandemia; 4 Modelagem proposta pela Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR; 4.1 Aspectos jurídicos e institucionais; 4.2 Aspectos operacionais; 4.3 Aspectos econômico-financeiros; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.197-213, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

A crise mundial provocada pela COVID-19 ressaltou ainda mais a importância dos serviços de saneamento básico, bem como a provisão de condições adequadas de serviços públicos às populações vulneráveis.

A essencialidade dos serviços de saneamento básico no enfrentamento da pandemia da COVID-19, com destaque para o abastecimento de água e esgotamento sanitário, remete ao aumento da responsabilidade das instituições que atuam nesses setores.

A pandemia evidenciou, ainda, a importância da universalização desses serviços públicos, pois, hoje, apenas 83,6% dos brasileiros são atendidos com abastecimento de água tratada, 53,2% têm acesso à coleta de esgoto e 46,3% desse esgoto coletado é efetivamente tratado.²

O atual cenário de atraso, atrelado à crise de saúde, isolamento social e forte abalo nas atividades econômicas, impactam fortemente nas prestadoras de serviços de água e esgoto, assim como nos demais setores, causando, naturalmente, impactos em sua operação e em suas receitas.

Por se tratar de serviços essenciais e, muitas vezes, insubstituíveis, a demanda de usuários residenciais não é fortemente afetada, tendendo a aumentar com o distanciamento social. Entretanto, a diminuição das atividades comerciais e a desaceleração da produção industrial podem resultar em significativas reduções nas receitas das empresas prestadoras desses serviços.

Além disso, com o objetivo de proteger a população mais vulnerável e garantir o acesso irrestrito aos serviços de saneamento básico, várias responsabilidades foram impostas às prestadoras de serviço de água e esgoto por parte dos mandatários do Executivo, que emitiram decretos (municipais e estaduais) de calamidade pública³, potencializando riscos ao adequado funcionamento e à sustentabilidade do setor, gerando impactos regulatórios e quedas na arrecadação, sem que houvesse a obrigatória articulação⁴ com as agências reguladoras setoriais de saneamento⁵.

Idêntica preocupação reservada ao atendimento da população vulnerável em tempos de pandemia é o tratamento futuro que se dará aos impactos gerados pelas medidas

2 Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020. Dados disponíveis, também, no site: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>.

3 Acompanhamos o entendimento de que é cabível a estruturação ou rearranjo de medidas de políticas públicas em situações calamitosas, poderes esses que foram conferidos pelo escrutínio popular (voto) aos mandatários eleitos. Shirley Alonso Rodrigues Silverio Lopes e Carlos Roberto Pegoretti Júnior destacam: “As atribuições de governo compreendem o exercício do mandato, a condução dos negócios públicos municipais, as relações com as demais autoridades, as funções colegislativas relativas à iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação de leis, a fixação de diretrizes, o planejamento da administração local e a representação do Município”. (LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio; PEGORETTI JÚNIOR, Carlos Roberto. *Da autonomia municipal*. Disponível em: <https://www.semanaacademica.org.br/system/files/artigos/meu4oartigo.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020).

4 A Lei federal nº 13.979/2020, em seu art. 3º, §10, estabelece: “As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do *caput*, observado o disposto nos incisos I e II do § 6º-B deste artigo, quando afetarem a execução de serviços públicos e de atividades essenciais, inclusive os regulados, concedidos ou autorizados, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que haja articulação prévia com o órgão regulador ou o poder concedente ou autorizador”.

5 Destaca Pedro Filipe Gonçalves da Rocha: “A par de uma abertura e desregulação dos mercados, e de uma conseqüente regulação dos mesmos, foi-se verificando, no evoluir de um Estado Regulador, um fenômeno de desgovernamentalização da regulação. Foi-se percebendo, nesse sentido, que a importância da atividade regulatória exigia a sua proteção não apenas face à força de *lobbying* dos agentes econômicos, para evitar a captura do regulador pelos regulados, mas também face a ingerências governamentais, de modo a garantir uma regulação estável, eficiente e eficaz, já que livre da incerteza da política e da mobilidade dos governos”. (ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*, Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abril 2020, p. 9. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf. Acesso em: 09 set. 2020).

supracitadas, em especial as discussões acerca do reequilíbrio econômico-financeiro do setor, que certamente serão postos à mesa e serão impactados pelo ambiente de recessão econômica e aumento expressivo na taxa de desemprego.

No presente artigo, além de levantamentos sobre a atuação das agências reguladoras de saneamento básico, será apresentado debate acerca do exercício do poder normativo⁶ em tempos de crise e o papel da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR⁷, em sua condição de associação representativa de classe para orientar, através de diretrizes, as discussões que serão imprescindíveis para o reequilíbrio do setor de saneamento diante desta pandemia.

O estudo apresenta comparações, aponta críticas e destaca os méritos da forma de melhor condução das políticas públicas de saneamento básico na inovadora relação jurídica decorrente da pandemia, explorando os desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da COVID-19, dividindo o trabalho em três capítulos. O primeiro aborda os desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da pandemia da covid-19, em especial a situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento, a falta de clareza na definição normativa, a fragilidade de conteúdo dos contratos e a ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos. Já o segundo destaca a posição do regulador diante da pandemia, e o terceiro, a modelagem proposta pela Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, para o enfrentamento das contingências da pandemia.

2 OS DESAFIOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19

O cenário da pandemia da COVID-19 era impensado na clássica modelagem dos contratos administrativos de concessão e nenhum contrato público tinha tratamento adequado para o enfrentamento de todas as novas medidas que são esperadas – tanto no campo das adaptações técnicas para manutenção do serviço adequado, quanto na perspectiva econômica, para a viabilidade do negócio.

O direito administrativo clássico não responde adequadamente a esses novos desafios e as clássicas fórmulas de reequilíbrio ou de readequação são desafiadas pelos futuros impactos que serão enfrentados diante do “novo normal”.

Não estamos diante de situações imponderáveis, mas necessitaremos de uma nova leitura de institutos clássicos, com revisitação de conceitos tradicionais e eventuais alterações legislativas.

Uma nova postura também é esperada dos órgãos de controle externo (TCU, TCEs e Ministérios Públicos Federal e Estaduais), todos imbuídos no propósito de entender as reais dificuldades que os gestores enfrentaram no momento mais agudo de combate à pandemia⁸.

6 Com destaque para as experiências portuguesas, Maria Fernanda Maçãs observa: “sobressai o reconhecimento de que a regulação tem uma lógica específica, que deve ser separada tanto quanto possível da lógica política propriamente dita, em especial a dos ciclos eleitorais, tornando-se necessário estabelecer adequada distância entre a política e o mercado, de modo a conferir-lhe a estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade”. (MAÇÃS, Maria Fernanda. *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, Coimbra: Cadernos de Justiça Administrativa, nº 58, jul./ago. 2006, p.23).

7 A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR foi fundada em 8 de abril de 1999. É uma entidade de direito privado, criada sob a forma de associação civil, sem fins lucrativos e de natureza não partidária. Seu objetivo é promover a mútua colaboração entre as associadas e os poderes públicos, na busca do aprimoramento da regulação e da capacidade técnica, contribuindo para o avanço e consolidação da atividade regulatória em todo Brasil. Para maiores informações, sugerimos a consulta do site: <http://www.abar.org.br>.

8 Vale destacar as recentes alterações introduzidas no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), que fomentam a precaução na interpretação das normas sobre gestão pública, levando em conta as dificuldades dos gestores quando da tomada de decisão. Nesse sentido, a regulamentação pelo Decreto federal nº 9.830/2019: “Art. 8º. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público”.

Oren Gross⁹, pensando em soluções legislativas, apresenta a ideia de “legislative accommodation” (modificação de leis existentes ou aprovação de legislação de emergência) como modelo estratégico para enquadrar o acionamento de poderes de emergência diante de situações como a vivenciada.

O novo desafio normativo, aliás, não é apenas apresentado ao Brasil. A busca por consensualismo para preservar a prestação dos serviços e a manutenção da saúde dos cidadãos deve orbitar na esfera de decisões do Poder Público, o que se mostra como fator inédito na interpretação de contratos de concessão.

Nesse sentido, destaca Pedro Costa Gonçalves¹⁰:

Da situação de emergência associada à epidemia da COVID-19 não emergiu um necessário “buraco negro legal”, resultante de o Estado se ver na obrigação de se conferir a si mesmo o poder de atuar “sem lei”, num vazio de legislação (“emptiness of law”). Bem pelo contrário, o que temos tido, por todo o lado e também em Portugal, é uma situação de facto que, desde o início, conduziu à estipulação de medidas idealizadas, refletidas e até cientificamente apoiadas, postas e publicadas como normas ou regras para aplicação à situação; aliás, normas que, em geral, se revelaram claras, precisas e determinadas, que, por isso mesmo, promoveram o que podemos designar por racionalização da emergência.

Os desafios apresentados devem, portanto, repensar e rearranjar regras e normas regulatórias (de fiscalização da qualidade dos serviços e tarifárias) dos serviços públicos de saneamento básico e devem equacionar e conciliar:

1) A saúde financeira dos prestadores de serviços públicos, que precisam de receitas para operar seus serviços, honrar seus compromissos e realizar os investimentos previstos em contrato e Plano Municipal de Saneamento; e

2) A necessidade de atendimento às populações carentes e vulneráveis que sofrem com limitações financeiras decorrentes da pandemia da COVID-19, bem como propiciar condições sanitárias mínimas para que todos possam ultrapassar a fase mais aguda da pandemia.

2.1 Situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento

Ponto a ser destacado é que a pandemia afetou com grande severidade um segmento de serviço público que já é bastante deficitário e que ainda luta para a obtenção de recursos para a universalização. Os índices de atendimento para os serviços de água, esgotamento sanitário, coleta e destinação de resíduos sólidos e drenagem urbana ainda precisam avançar.

Como anteriormente destacado, muito ainda há de ser feito para que os números bastante desfavoráveis de atendimento no saneamento sejam alçados a patamares satisfatórios em determinadas regiões do Brasil.

A situação excepcional vivenciada desafia todas as modelagens jurídicas de prestação de serviços de saneamento, independentemente se operados pelo poder público ou pela iniciativa privada.

A falta de previsibilidade trouxe incertezas e inseguranças jurídicas para contratos de concessão plena (Lei federal nº 8.987/1995), que tiveram afetados: fluxo de caixa e previsão

9 Cf. GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p.1064 e segs. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjl/vol112/iss5/8>. Acesso em: 02 set. 2020.

10 GONÇALVES, Pedro Costa. Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. In: *Observatório Almedina*, Lisboa - maio/2020. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>. Acesso em: 10 set. 2020.

de receitas para os investimentos; contratos de parceria público-privada (Lei nº 11.079/2004), que não detêm clareza na definição de compartilhamento de riscos de tal natureza e contratos de programa (Lei nº 11.107/2005) que, operados por prestadores públicos, padecem dos mesmos problemas relatados para as concessões.

Melhor sorte não foi reservada para as operações diretas (departamentos municipais) ou indiretas (autarquias e empresas públicas) da administração pública local, já que muitas legislações locais orientaram pela proibição de corte de fornecimento em período de calamidade pública, elevando a preocupação dos operadores que possuem obrigações de investimentos com base no Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB e nas orientações das agências reguladoras infranacionais¹¹ de saneamento básico.

Diante do quadro impensado da pandemia e do vazio de regras, coube ao regulador, em sua missão institucional e legal¹², criar ambiente de padronização mínima e de orientação para que se pudesse criar uma metodologia adequada de atendimento à população.

Evidente que o dever de vigilância não ocorre somente na atenção ao usuário, razão pela qual ações emergenciais e pontuais devem ser tomadas para preservar a continuidade e a saúde financeira do prestador de serviços públicos.

Uma das estratégias mais adotadas foi a redução temporária de investimentos e a criação de soluções alternativas para a continuidade dos serviços, com vistas a mitigar eventual onerosidade excessiva¹³ do prestador. A hipótese parece bastante ajustada, pois não é legítimo obrigar a manutenção integral de obrigações de investimentos diante de cenário de perda de receitas (ainda que temporária).

2.2 Falta de clareza na definição normativa

A falta de clareza e de uniformidade na definição de normas trouxeram incremento de dificuldades ao processo de enfrentamento da pandemia no âmbito dos serviços públicos de água e esgoto.

Várias são as justificativas que podem ser acrescentadas ao ineditismo e à falta de previsibilidade para um evento pandêmico dessa natureza. A primeira delas é a fase ainda de consolidação e o caminho para a maturidade institucional que está sendo trilhado pela regulação infranacional¹⁴.

11 A nomenclatura infranacional tem sido adotada para designar as agências reguladoras que não foram criadas pela União. São as agências reguladoras de saneamento básico, que podem ser constituídas no âmbito do município (agências municipais), por união de municípios formando consórcios públicos (agências intermunicipais) ou no âmbito do Estado da Federação (agências estaduais). Essa particularidade na modelagem da agência decorre da titularidade municipal dos serviços públicos de saneamento básico e teve tratamento disciplinado pelo art. 31 do Decreto federal nº 7.217/2010. A tese da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico resulta de interpretação do art. 30, inc. V, da Constituição Federal, segundo o qual: “Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]”

12 Cf. art. 23 da Lei federal nº 11.445/2007.

13 O tema da onerosidade excessiva é tratado no âmbito privado pelo art. 317 do Código Civil: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” A Lei de Licitações, no art. 65, II, ‘d’, estabelece: “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. Para as hipóteses de delegação mediante contrato de concessão, o art. 9º da Lei nº 8.987/95 enxerga que existe a necessidade de reequilibrar os contratos de concessão quando: a) há a criação de encargos que provocam impacto na equação econômico-financeira (§ 3º) ou b) há uma alteração unilateral que afete o equilíbrio (§ 4º).

14 Destaca Juliana Bonacorsi de Palma: “É inigualável o tamanho da burocracia e a quantidade de funções públicas que o legislador a impõe, tanto que a função administrativa apenas é definível residualmente. Administrar não é aplicar a lei de ofício. Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, maio/ago. 2020, p.227).

Como sabemos, as agências reguladoras infranacionais foram criadas com o intuito de profissionalizar o saneamento básico¹⁵ e definidas como componentes da política pública setorial somente no ano de 2007, com a edição da Lei Federal nº 11.445.

Muitas dúvidas afloraram com a Lei e vários reguladores somente foram criados ou passaram a atuar com maior envergadura a partir de 2010, com o Decreto federal nº 7.217, que regulamentou a Política Nacional de Saneamento Básico¹⁶.

Ora, como se vê, a lei setorial tem pouco mais de 10 anos e a sua regulamentação só foi implantada na última década. Sabemos dos desafios e obstáculos para implantação de uma política pública em âmbito nacional, já que muitas são as assimetrias sociais e econômicas, além dos percalços próprios de estruturação administrativa da Administração Pública.

Nesse sentido, a falta de uma regulação consolidada e com padrões uniformes de ações trouxe preocupações aos setores regulados.

Segundo ponto de destaque é o modelo constitucional que reconhece a competência (titularidade) dos serviços de saneamento básico aos Municípios, o que evidenciou a falta de racionalidade e as disputas por competências normativas entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades reguladoras nos temas ligados à pandemia.

Na tentativa de minimizar a falta de racionalidade normativa, já que muitas foram as leis e decretos com conteúdo atrelado à prestação de serviços e cobrança para água e esgoto, a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei COVID), determinou a articulação normativa prévia com o regulador para tomada de decisões dessa natureza (art. 3º, §10).

Foram poucos os casos efetivos de articulação prévia com os reguladores e, diante da situação de excepcionalidade, muitos foram os decretos ou atos equivalentes que trataram de organização do serviço (horário de atendimento do prestador), redução de mobilidade para contenção da pandemia, mediante sanção premial¹⁷ (isenção de multa e alteração da data de vencimento), bem como alteração do regime de cobrança de serviços (alteração de vencimento das contas, isenção para categorias e suspensão de reajustes), sendo que essas últimas providências serão, a posteriori, quantificadas e equacionadas pelo ente regulador.

2.3 Fragilidade de conteúdo dos contratos

Os contratos administrativos firmados para a prestação de serviços de saneamento básico, em especial os contratos de concessão e de programa, sempre foram bastante frágeis e rasos para a previsão de fatos evidenciados como pandemias, como é o caso da COVID-19.

15 Destaca Floriano Azevedo Marque Neto: “Dentre todos os setores de infraestrutura que envolvam indústrias de rede e serviços de universalização obrigatória, o saneamento é um dos mais complexos do ponto de vista regulatório. É que nele vemos características típicas de uma atividade passível de exploração econômica (como é o tratamento de efluentes industriais), um núcleo caracterizador de um serviço público, e, ainda, uma infinidade de interfaces com políticas públicas específicas (saúde, ambiental, recursos hídricos, urbanismo). Tudo isso sem falar na interminável disputa em torno da titularidade do serviço”. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009, p. 175).

16 As agências reguladoras somente passam a integrar a realidade brasileira na década de 1990, com o programa de privatizações do Governo Federal. O modelo que se mostrava bastante inovador já era muito utilizado por outros países, como destaca Pedro Filipe Gonçalves da Rocha: “Se, no panorama europeu, as autoridades reguladoras começaram a surgir apenas no pós-guerra, a sua origem remonta a muito antes, com a aprovação, pelo Governo Federal dos Estados Unidos da América do *Interstate Commerce Act*, em 1887, e com a instituição da *Interstate Commerce Commission*, que reunia importantes poderes no domínio ferroviário. Coube a Thatcher a importação, para o panorama europeu, da experiência regulatória estadunidense. Daí, o fenômeno da regulação por autoridades reguladoras difundiu-se por toda a Europa, nomeadamente visando a abertura dos mercados”. (ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*. Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abr. 2020, p. 4. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf. Acesso em: 09 set. 2020).

17 Destaca Sílvio de Salvo Venosa: “Quando o ordenamento desejar estimular certos comportamentos sociais, incentiva determinadas condutas, estas assim denominadas sanções premiaias, prevendo que determinada ação ou omissão seja estimulada de alguma forma. Assim, é possível concluir que as sanções punitivas são os castigos, e as positivas são as premiaias. As sanções punitivas decorrem da violação da norma, enquanto que as sanções premiaias ou compensatórias decorrem de ações positivas benéficas para a sociedade”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 10 ago. 2020).

A definição da partilha de riscos sempre foi uma crítica apontada à Lei Geral de Concessões¹⁸, que tem delimitação insuficiente. A previsão expressa, e com detalhamento para a existência de matriz de riscos específica, surge somente na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei federal nº 11.079/2004).

Diante desse cenário de incertezas jurídicas, foi instalada a controvérsia sobre a distribuição dos riscos por conta dos efeitos (de receita e de despesas) decorrentes da pandemia. Teses defendem o risco integral da Administração Pública, por fato do príncipe ou de força maior; outros defendem o compartilhamento de ônus em virtude da ausência de causa por parte do Poder Público.

Não são raras as opiniões que vociferam contra os contratos, alegando que são mal dimensionados ou que apresentam falha na concepção, o que não pode ser tomado como uma verdade absoluta.

Há de se frisar que os contratos de concessão de serviços públicos, por sua grande parcela de investimentos e infraestrutura, são de longa duração e com grande complexidade, o que gera uma característica natural de incompletude. É absolutamente impossível prever em um único instrumento contratual todas as hipóteses de acontecimentos passíveis de serem enfrentados em duas ou três décadas.

A teoria da incompletude dos contratos pressupõe que estruturação é sempre de longo prazo, o que torna fundamental o reconhecimento da sua natural incompletude e, por conseguinte, da necessidade de mecanismos que confirmem flexibilidade às partes para adaptação às novas realidades. Quanto mais incompleto, mais naturalmente mutável será o contrato, o que coloca em causa, por se tratar de contrato submetido ao Direito Público, a contraposição de limites e valores como a concorrência, que tornam mais complexa a sua adaptabilidade¹⁹.

As lacunas do contrato, principalmente quando tratam de partilha de riscos, trazem para o regulador a árdua tarefa de mediar conflitos e instaurar procedimentos que podem levar a grandes discussões regulatórias ou até mesmo judiciais, o que aponta, infelizmente, como um dos caminhos futuros para a responsabilização pelas perdas econômicas decorrentes da pandemia da COVID-19. Como bem destaca Flávio Amaral Garcia²⁰:

A incompletude contratual e a construção de soluções participativas, negociadas e dialógicas, conta, nos setores duplamente regulados, com o papel fundamental da Agência que tem, entre outras, a missão de manter o equilíbrio sistêmico de todos os interesses que estão em jogo e que transcendem apenas àqueles afetos as partes no contrato. Daí se cogitar de uma função integrativa que, a partir do método da ponderação, contribua para a evolução dinâmica do marco regulatório traçado no contrato, com a sua releitura como fruto de novas circunstâncias e contingências que surjam no decorrer da sua execução.

2.4 Ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos

Aliado aos desafios dos contratos incompletos, que pedirão forte atuação do ente regulador na integração das normas e interpretação dos instrumentos contratuais, temos

18 A grande controvérsia sobre a divisão de riscos decorre da equivocada redação da Lei federal nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), pois o art. 2º, III, atribuiu ao concessionário um conjunto de riscos ao cravar a expressão “por sua conta e risco”, dando-se a entender que todo risco oriundo do contrato seria de exclusiva responsabilidade do concessionário desde a assunção da delegação dos serviços públicos. (OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.81).

19 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago., 2014, p. 79.

20 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago., 2014, p.80.

um histórico bastante consistente – principalmente nos contratos antigos –, de ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos.

A regulação setorial do saneamento básico trouxe para a agência reguladora uma tarefa relevante para a resolução de conflitos entre prestador e poder concedente, em especial por sua função de regular e fiscalizar o contrato. Entretanto, havendo discordância dessa mediação ou insatisfação das partes, é possível que outras arenas e avaliações possam ser acionadas, notadamente a arbitragem.

O procedimento arbitral conquistou recentemente a simpatia dos contratantes por conta da especialidade que reveste a atuação do árbitro (em detrimento das incertezas do Poder Judiciário diante de casos extremamente complexos), além da possibilidade de maior agilidade no deslinde da controvérsia.

Ocorre que os contratos mais antigos simplesmente não possuem cláusulas para a arbitragem e mediação e os mais recentes contam com cláusulas vazias²¹, o que dificulta o processo de busca por soluções otimizadas e mais céleres que o Judiciário diante da existência de conflitos.

Dessa forma, emerge a relevância do regulador na busca por soluções consensadas e ponderadas na distribuição dos riscos decorrentes das perdas oriundas da pandemia da COVID-19, não só pela incompletude dos contratos no tocante à matriz de riscos, mas também pela ausência ou deficiência de cláusulas de soluções alternativas.

A remessa de tais debates ao Poder Judiciário não se mostra adequada por vários fatores, principalmente: 1) ausência de conhecimentos técnicos sobre os serviços regulados (especialidade); 2) os crônicos e notórios problemas de morosidade (que não podem refletir em serviços contínuos); e 3) o papel de articulador especialmente conferido ao ente regulador.

3 POSIÇÃO DO REGULADOR DIANTE DA PANDEMIA

Diante das dificuldades elencadas, que impuseram desafios ao setor de saneamento básico, não só pela falta de regras claras nos contratos, mas também pela necessidade de assegurar aos usuários a continuidade da prestação dos serviços em cenário de severos impactos sociais e econômicos, o regulador foi chamado a se manifestar.

Algumas ações propositivas foram traçadas, sendo a primeira a postura colaborativa do regulador. Evitar ambiente de hiper-regulamentação e assumir o papel de ouvinte otimizam o entendimento dos problemas e trazem clareza para compreensão das soluções tomadas pelos prestadores para assegurar a continuidade dos serviços. Nesse sentido, as recomendações da ABAR²²:

Levando em consideração a regulação infranacional, visando garantir a continuidade da prestação dos serviços de água e esgoto na fase crítica da crise, tem-se como macro diretriz que o regulador deve assumir postura colaborativa, compreendendo as dificuldades do momento e o nível de informações reportadas pelos regulados (art. 20 e 24 da Lei de Introdução às Normas do direito Brasileiro (LINB)).

21 Na cláusula incompleta, ou vazia, as partes precisam de consenso para iniciar a arbitragem, pois os elementos essenciais de validade não estão explícitos, como o número de árbitros ou sua forma de escolha, o lugar da arbitragem, entre outros. Não havendo convergência quanto aos elementos incompletos, somente resta à parte buscar o Poder Judiciário para que seja suprido o vazio.

22 Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020, p.4.

Outra ação foi o intercâmbio constante de informações e levantamento de dados, com o especial propósito de mensurar os impactos decorrentes da pandemia e diminuir assimetrias de informações.

Pautou-se, também, o problema da onerosidade excessiva. Como os prestadores apresentam queda considerável nas receitas e não conseguem fazer frente aos investimentos inicialmente pactuados, foram propostas revisões das metas impostas pelo regulador, do cronograma de investimentos do contrato e das não-conformidades apontadas na prestação dos serviços.

Para atendimento às necessidades básicas dos usuários, foram sugeridas medidas que suspendem cortes, prorrogam vencimentos de contas e outros incentivos concedidos por ato do titular para garantir o isolamento social sem prejuízo dos serviços.

São incentivadas as trocas de correspondências e documentos para comprovação das dificuldades dos prestadores em momento de epidemia, para que não haja dúvidas sobre o mérito de pleitos futuros, nos termos do art. 22 da LINDB²³, que pondera os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (princípio da precaução e nível de informações disponíveis à época dos fatos).

Diante desse cenário e respeitando o poder normativo de cada agência reguladora infranacional, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR editou, em caráter voluntário²⁴, recomendações para suporte aos reguladores.

Evidente que as diretrizes balizadoras tem a finalidade de sugerir ações positivas de uniformização, o que não exclui a liberdade de atuação empresarial dos prestadores para a busca de soluções gestadas pelo próprio serviço, notadamente após a edição da Lei de Liberdade Econômica²⁵.

4 MODELAGEM PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR²⁶

Dentre as recomendações de caráter voluntário que foram emitidas pela ABAR, destacamos três blocos temáticos: i) jurídicos e institucionais; ii) operacionais; e iii) econômico-financeiros.

23 Nesse sentido, conferir: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago., 2020.

24 Com a sanção da Lei federal nº 14.026/2020, passamos a ter a delegação de competências para edição de normas de referência por parte da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, sendo que a não adoção das normas de referência impede o acesso dos prestadores de serviços a recursos orçamentários da União ou a financiamento com entidades federais.

25 Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica (Lei federal nº 13.874/2019), ao evidenciar hipóteses de abuso do poder regulatório: “Art. 4º. É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

26 Destaca-se que as 20 ações aqui apresentadas configuram recomendações às Agências Reguladoras do país, reforçando a necessária articulação entre Regulador, Poder Concedente, Prestadoras e Usuários, dentro de um ambiente de Governança Regulatória dotado de segurança jurídica, considerando-se as especificidades de cada prestadora e de seus respectivos contratos e/ou forma de constituição/atuação. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020, p.9).

4.1 Aspectos jurídicos e institucionais

Recomendação nº 1. Ações recomendadas quando a prestação de serviços de água e esgoto é realizada mediante contrato.

Em se tratando de hipótese de prestação de serviços mediante contrato (concessão plena, contrato de programa e parceria público-privada), cientes da ausência de regras específicas e claras acerca de eventos como a pandemia – o que é próprio de contratos de longo prazo, que não conseguem capturar todos os cenários possíveis de imprevisão (incompletude dos contratos), recomenda-se ao regulador:

- Acionar junto aos regulados o dever de informar, minimizando, assim, as assimetrias de informações que possam existir em eventual revisão ou repactuação de investimentos ou cláusulas do contrato;
- Analisar a matriz de riscos do contrato, quando existente, e avaliar a distribuição de responsabilidades diante de eventos imprevistos, como os relacionados à pandemia;
- Verificar a existência de cláusula de solução negociada (autocompositiva) de mediação, para consulta às partes sobre eventual interesse em acordo de consensualidade (intermediado pelo regulador), em busca de configuração da partilha de riscos (quando inexistente ou incompleta no contrato);
- Verificar a existência de seguro contratual para a cobertura de danos decorrentes de caso fortuito ou de força maior (redução de receita, por exemplo);
- Levantar informações sobre Termos de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público e avaliar potenciais impactos na prestação dos serviços; e
- Reavaliar prazos processuais, Termos de Ajustamento de Conduta assinados com a Agência e aplicação de sanções pelo regulador, na busca de soluções alternativas em casos que não afetem a continuidade e a qualidade dos serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 2. Ações recomendadas quando não há contrato para prestação de serviços de água e esgoto.

Em se tratando de hipótese de prestação de serviços sem contrato, quer seja em razão da ausência de contrato de programa ou por prestação por entidade de Administração Direta (Departamentos) ou Indireta (Autarquia) dos Municípios, recomenda-se à Agência:

- Procedimentalizar, por meio de Resolução ou Deliberação, a relação jurídico-regulatória entre regulador e regulado em situação de pandemia, impondo-se ao ente regulado o dever de informar sobre receitas, isenções e prorrogações de pagamentos, bem como ações emergenciais tomadas que possam impactar na tarifa;
- Orientar, em ação coordenada com os titulares dos serviços, a emissão de qualquer ato administrativo que impacte na prestação de serviços regulados, como: proibição de corte, suspensão de pagamentos, isenções para tarifas sociais, entre outros;
- Levantar informações sobre Termos de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público e avaliar potenciais impactos na prestação dos serviços; e
- Reavaliar prazos processuais, Termos de Ajustamento de Conduta assinados com a Agência e aplicação de sanções pelo regulador, na busca de soluções alternativas em casos que não afetem a continuidade e a qualidade dos serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 3. População vulnerável.

Passada a etapa mais crítica da pandemia, recomenda-se às Agências a organização de uma base de informações acerca de áreas vulneráveis e assentamentos irregulares, em geral, não cobertas por ações das prestadoras de serviços nos contratos e planos municipais de saneamento básico. O objetivo é prover subsídios para que o Poder Concedente estabeleça políticas públicas para a prestação de serviços formais a essa população, em parceria com as prestadoras de serviços e outros entes públicos. Ademais, cabe ainda estabelecer procedimento de atualização da base de dados dos usuários beneficiados pelas tarifas sociais.

4.2 Aspectos operacionais

Para o enfrentamento de emergências de saúde pública, além das ações de proteção individual para os trabalhadores do setor, recomenda-se que sejam adotadas as seguintes ações técnicas e operacionais, bem como a realização de investimentos que visem minimizar os impactos para o usuário e para a prestadora de serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 4. Suspensão temporária dos cortes por inadimplência.

É recomendável que as Agências Reguladoras, quando for o caso, regulamentem a suspensão temporária dos cortes de fornecimento de água, em especial de usuários das categorias sociais e de serviços essenciais. Além disso, que solicitem às prestadoras reguladas, em prazo a ser estipulado pela Agência, levantamento dessas ocorrências e a apresentação de propostas contendo critérios que balizem a religação de usuários que tiveram o fornecimento de água cortado, visando minimizar tanto os impactos sociais como os impactos financeiros para os outros usuários e para a prestadora;

Recomendação nº 5. Calendário para retomada dos cortes por inadimplência.

As Agências podem estabelecer, em conjunto com as prestadoras reguladas, um calendário planejado da retomada do corte por inadimplência para momento oportuno, com possibilidade de renegociação e parcelamento de débitos, considerando a retomada gradual da economia e a fragilidade financeira de uma parcela dos usuários. É fundamental que seja dada publicidade ao calendário, bem como aos critérios de renegociação e parcelamento de débitos;

Recomendação nº 6. Canais de atendimento adequados aos usuários.

Considerado o estado de calamidade pública por conta da pandemia da COVID-19, muitos dos serviços presenciais foram suspensos. Nesse sentido, é recomendável que as Agências Reguladoras atuem junto às prestadoras, avaliando e monitorando a disponibilidade e efetividade de canais alternativos de atendimento aos usuários, em especial para registros de reclamações sobre a qualidade e a falta de água, bem como problemas de cadastro na tarifa social. Além disso, recomenda-se às Agências o estabelecimento de canais alternativos de comunicação que orientem os usuários quanto às formas de contato com as prestadoras;

Recomendação nº 7. Fiscalizações de campo.

A recomendação é que as Agências avaliem a possibilidade de suspender temporariamente as fiscalizações de campo que não estejam diretamente ligadas a garantir a continuidade e a qualidade do fornecimento de água, priorizando a atuação em regiões mais vulneráveis e com registros de intermitências. No serviço de esgotamento sanitário, recomenda-se que as Agências solicitem das prestadoras informações acerca dos procedimentos adicionais de segurança que estão sendo adotados pelas equipes de manutenção e operação, haja vista a possibilidade de a COVID-19 ser transmissível pelo esgoto. Excetuam-se casos emergenciais, em que a presença da Agência Reguladora é indispensável;

Recomendação nº 8. Fiscalizações remotas/indiretas.

As fiscalizações podem seguir de maneira remota, por meio de monitoramento e avaliação de indicadores, e de acompanhamento de informações de incidentes, interrupções programadas e reclamações de usuários. É importante que sejam monitorados, em especial, os registros de reclamações de falta de água ou redução de pressão, com o menor intervalo de tempo possível, para identificação tempestiva de problemas sistêmicos de abastecimento de água;

Recomendação nº 9. Ações de contingência/emergência.

É importante que as Agências Reguladoras acompanhem as ações de contingência/emergência planejadas pelas prestadoras, de forma a garantir o abastecimento de usuários das categorias sociais e de serviços essenciais, nos casos em que essas se fizerem necessárias;

Recomendação nº 10. Prazos de regularização de não conformidades.

Visando otimizar as ações de equipes operacionais das prestadoras, recomenda-se que as Agências Reguladoras avaliem a possibilidade de suspensão temporária de prazos para a regularização de não conformidades de menor impacto aos serviços, e que não estejam diretamente relacionadas à qualidade da água e/ou que possam gerar danos ao meio ambiente. Oportunamente, podem estabelecer um cronograma para repactuação dos prazos de regularização, de acordo com o cenário local;

Recomendação nº 11. Planos de investimentos.

A partir de uma análise da gravidade dos impactos no fluxo de caixa das prestadoras, na disponibilidade de recursos para financiamento, nas questões sanitárias e trabalhistas para a retomada das obras e outras, sugere-se que seja avaliada, em conjunto com prestadoras e municípios e/ou estados, a suspensão ou postergação de alguns investimentos, levando-se em conta o previsto nos planos municipais de saneamento básico. Em casos extremos, em que essa medida contribua para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras e cause menor impacto aos usuários, sugere-se a repactuação formal de metas e de planos de investimentos, visando dar maior segurança jurídica aos atores envolvidos na prestação de serviço. É importante atentar para possíveis impactos no processo de universalização dos serviços;

Recomendação nº 12. Prazos de atendimento de serviços acessórios.

Sugere-se que as Agências Reguladoras avaliem, em conjunto com as prestadoras reguladas, a possibilidade de flexibilização temporária dos prazos de atendimento de serviços acessórios (fornecimento de diretrizes, reposição de pavimentos, emissão de certificados, entre outros) e que não estejam diretamente relacionados à qualidade, continuidade e universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. O período e o nível da flexibilização devem ser avaliados de acordo com o cenário local;

Recomendação nº 13. Leitura de hidrômetros.

Sugere-se que as Agências Reguladoras avaliem, em conjunto com as prestadoras reguladas, a possibilidade de flexibilização do faturamento, permitindo a utilização da média de medições anteriores e/ou a alteração do período de leitura, considerando as restrições locais e o risco de contaminação dos funcionários que exercem tal atividade de leitura. No caso de adoção da autoleitura, garantir que os canais de atendimento operem de maneira adequada; e

Recomendação nº 14. Aprimoramento dos planos de contingência/emergência.

Considerando as lições aprendidas por conta da crise causada pela COVID-19, recomenda-se às Agências Reguladoras a revisão de normativos afetos ao tema, notadamente, medidas de contingência e de emergência, utilizando a crise como catalisador de melhorias e inovações para o aumento da resiliência do setor de saneamento.

4.3 Aspectos econômico-financeiros

Em decorrência da pandemia, instaurou-se uma crise econômica no país. Os parágrafos seguintes apresentam diretrizes que objetivam mitigar os impactos aos usuários e garantir a sustentabilidade econômico-financeira das prestadoras de serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 15. Processos tarifários.

No contexto da pandemia, recomenda-se avaliar a pertinência de suspensão temporária das revisões e reajustes tarifários. Os usuários, em geral, enfrentam considerável redução de renda e conseqüente perda do poder de compra. Essa medida visa reduzir o comprometimento da renda das famílias nesse momento crítico. Entretanto, é essencial que haja mensuração dessas perdas e compensação futura para as prestadoras de serviços;

Recomendação nº 16. Inadimplência.

Estabelecer regramentos para endereçar o possível crescimento da inadimplência, especialmente em função de medidas de limitação nos cortes por ausência de pagamento. Recomenda-se a realização de estudos sobre alterações nos parâmetros de inadimplência, bem como a adoção de medidas que garantam, no mínimo, o parcelamento de débitos acumulados durante a pandemia;

Recomendação nº 17. Tarifa Social.

É necessário resguardar a saúde e a segurança dos usuários, especialmente daqueles em situação de vulnerabilidade social, promovendo medidas de negociação de multas e juros por atraso de pagamento. Adicionalmente, recomenda-se fornecer a esses usuários condições adequadas de renegociação de débitos, bem como fomentar a criação de canais virtuais para cadastramento na Tarifa Social, uma vez que a limitação de atendimento presencial tem sido uma constante nesse período de isolamento;

Recomendação nº 18. Monitoramento de indicadores e informações.

É de suma importância o monitoramento de informações e indicadores que permitam uma correta mensuração dos efeitos da pandemia. É recomendável que a frequência de apuração desses dados seja mensal e que observe, no mínimo, questões relacionadas a faturamento, arrecadação, liquidez, endividamento e inadimplência;

Recomendação nº 19. Impactos sobre fluxo de caixa.

Recomenda-se a solicitação às prestadoras reguladas de uma avaliação dos impactos em seus fluxos de caixa decorrentes das medidas de suspensão de corte e de isenções ou postergações de cobranças aos usuários. Devem ser observadas também outras ações que impactam o fluxo de caixa das prestadoras de serviços, tais como renegociações de empréstimos, reavaliação de investimentos, cumprimento e revisão de *covenants*; e

Recomendação nº 20. Equilíbrio econômico-financeiro.

Os reguladores devem procurar manter o equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras e, simultaneamente, reduzir o impacto aos usuários. Para isso, deve ser avaliada, conforme a situação e disponibilidade de caixa dos regulados, a possibilidade de que os impactos da pandemia sejam compensados de forma fracionada no tempo. Além disso, pode-se avaliar, em conjunto com os diferentes poderes, formas alternativas para buscar o reequilíbrio, tais como o acesso a recursos de orçamento geral e eventuais prorrogações contratuais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho pretendeu mostrar, em breves linhas, os impactos provocados pela pandemia da COVID-19 nos serviços de saneamento básico, notadamente para o abastecimento de água e esgotamento sanitário e as estratégias regulatórias adotadas para o enfrentamento da crise.

Ao ente regulador infranacional, coube a missão de adotar postura colaborativa para apoiar os prestadores na tarefa de conciliar a manutenção dos serviços em condições adequadas, mesmo diante de restrições sanitárias, dificuldades operacionais e queda de arrecadação.

Dentre os comandos normativos mais comuns, estão: i) a proibição de interrupção no fornecimento de água, mesmo em situações de inadimplência; ii) a gratuidade do serviço para os usuários beneficiários da tarifa social; iii) o abastecimento, mesmo que de forma alternativa, às populações que ainda não têm acesso aos serviços; iv) a proibição de cobrança de multas e juros sobre contas que não forem pagas; v) a postergação/diferimento

de reajustes e revisões tarifárias; e vi) a obrigatoriedade de utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs) específicos.

Em termos contratuais e de modelagem econômica, o cenário da pandemia desafia a clássica formatação dos contratos administrativos de concessão e de programa. A falta de mecanismos legais para o adequado enfrentamento das novas medidas esperadas – tanto no campo das adaptações técnicas para manutenção dos serviços, quanto na perspectiva tarifária para a viabilidade do negócio –, gera expectativas e insegurança jurídica.

Nesse sentido, com o intuito de agregar um padrão mínimo de segurança jurídica e de previsibilidade, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, respeitando o poder normativo inerente a cada agência reguladora infranacional, em caráter voluntário, editou recomendações para suporte aos reguladores.

As diretrizes balizadoras são apenas orientações e têm a finalidade de sugerir ações positivas de uniformização, e não excluem a liberdade empresarial e a gestão do negócio por parte dos prestadores na busca por soluções otimizadoras dos serviços.

As vinte recomendações emitidas abrangem aspectos jurídicos e institucionais, questões operacionais relevantes e aspectos econômico-financeiros.

O documento da Associação enfrenta com rigor os seguintes pontos: 1) desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da COVID-19 (dificuldades operacionais e alterações de protocolos para redução de riscos de contaminações); 2) a situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento, tanto na prestação direta, quanto nos serviços delegados mediante concessão; 3) a falta de clareza na definição das normas diante da imprevisibilidade que caracteriza a pandemia, bem como as fragilidades de conteúdo dos contratos de concessão; 4) a ausência de cláusulas contratuais de autocomposição; 5) dificuldades de posicionamento do ente regulador diante do impensado cenário de pandemia; e 6) a solução jurídica proposta, por ato voluntário, através de vinte recomendações da ABAR.

Questões de maior complexidade, que envolvam reequilíbrio de tarifas, revisão de cronograma de obras e investimentos, eventual discussão sobre matriz de riscos e o devido compartilhamento de responsabilidades, serão pensadas após a fase aguda da crise, momento em que haverá espaço para rodadas de negociações consensuais – sempre com a mediação preponderante da agência reguladora –, buscando adaptar os padrões da prestação de serviços ao “novo normal”.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018*. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657/1942, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Decreto federal nº 7.217/2010, de 21 de junho de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Decreto federal nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.107/2005, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.445/2007, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 13.874/2019, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 14.026/2020, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6. Acesso em: 08 set. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago., 2014.

GONÇALVES, Pedro Costa. Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. In: *Observatório Alameda*, Lisboa – maio/2020. Disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>. Acesso em: 10 set. 2020.

GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 1064 e segs. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol112/iss5/8>. Acesso em: 02 set. 2020.

LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio; PEGORETTI JÚNIOR, Carlos Roberto. *Da autonomia municipal*. Disponível em: <https://www.semanaacademica.org.br/system/files/artigos/meu4oartigo.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MAÇÃS, Maria Fernanda. O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes, Coimbra: *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, jul./ago., 2006.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago., 2020.

ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*. Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abr. 2020, p.4. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf. Acesso em: 09 set. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 10 ago. 2020.

COVID-19 E CORRUPÇÃO NO BRASIL: DESAFIOS E RECOMENDAÇÕES DE GOVERNANÇA EM SITUAÇÃO DE CRISE¹

Ligia Maura Costa

Pós-doutora em Negociações Internacionais pela Sciences Po/Paris. Doutora em Direito Internacional pela Université de Paris-X. Mestra em Direito do Comércio Internacional (DESS) pela Université de Paris-X. Livre-Docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Professora Titular e Coordenadora do Centro de Pesquisas FGVethics da Escola de Administração de Empresas de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas (FGV EAESP). Membro da Academic Initiative Against Corruption (ACAD) e do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Revisão da literatura; 3 Recomendações; 4 Conclusão; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.214-225, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

Os países ao redor do mundo enfrentam uma crise global de saúde pública com a rápida disseminação do vírus SARS-CoV-2 e da doença que ele causa – a COVID-19. O surto pandêmico está afetando a todos os países, desenvolvidos e em desenvolvimento. As nações estão lutando para controlar a pandemia da COVID-19. A promoção da saúde e da segurança para todos os cidadãos é uma prioridade dos governos. Mais de 38 milhões de pessoas tiveram o vírus e mais de 1 milhão de pessoas já morreram na batalha contra ele. Esses números são preocupantes e aumentam dia após dia. O SARS-CoV-2 é um vírus invisível, mas a corrupção também. Infelizmente, a corrupção pode prosperar em tempos de crise, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil. Esta pandemia expôs mais do que nunca rachaduras nos sistemas públicos de saúde em todo o mundo e mostrou várias possibilidades e oportunidades de condutas corruptas. A corrupção pode prejudicar a resposta governamental à pandemia e certamente negar às pessoas o acesso ao sistema público de saúde. De acordo com um relatório da Transparência Internacional, a corrupção no setor da saúde, a nível global, gera perdas regulares de mais de US\$500 bilhões por ano. A corrupção prejudica a capacidade governamental de oferecer os cuidados de saúde adequados, principalmente para os mais necessitados.

O Brasil atualmente está entre os cinco países mais afetados, no mundo, pela COVID-19, de acordo com o site Worldometer². De acordo com o site do Ministério da Saúde³, o país tem mais de 5.000.000 de pessoas infectadas e mais de 150.000 mortos, até 12 de outubro de 2020, a maioria desses casos está localizada na rica região sudeste, representada pelos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro. Ainda assim, os sistemas de saúde dos estados mais pobres do Brasil são os que mais sofrem com as deficiências sistêmicas que estão tornando, praticamente, impossível uma resposta eficaz à COVID-19. Responder a um surto, requer velocidade e não burocracia. O Congresso Brasileiro aprovou o Decreto Legislativo nº 6, em 20 de março de 2020⁴, que reconheceu o estado de calamidade pública no país a vigorar até 31 de dezembro de 2020, e o governo estabeleceu um pacote emergencial de apoio com recursos de mais de R\$ 500 milhões para combater a COVID-19.⁵ Esta pandemia é vista, por muitos, como uma oportunidade de práticas corruptas. Devido ao estado de calamidade pública, houve um “relaxamento” legal das regras de contratação pública no país. Sem depender de políticas e programas anticorrupção tradicionais para identificar e prevenir a corrupção, os recursos públicos poderão ser desviados e seus respectivos documentos falsificados.

A corrupção pode minar a resposta do governo brasileiro à pandemia e, com isso, certamente negar o acesso das pessoas mais necessitadas ao sistema público de saúde. Com esses grandes desembolsos de recursos públicos, pode ocorrer a tentação de alguns atores dos setores tanto público quanto privado de posicionar a urgência e a rapidez acima de tudo, inclusive acima da integridade. Como a pandemia da COVID-19 continua se espalhando por todo o país, é importante discutir sobre as vulnerabilidades do Brasil, que o tornariam mais suscetível à corrupção no seu sistema de saúde pública. Identificar a corrupção antes que ela aconteça pode ajudar a levar os cuidados necessários de saúde pública para aqueles que mais precisam.

2 WORLDOMETER. *Coronavirus update*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>. Acesso em: 10 set. 2020.

3 Ministério da Saúde. *Painel Coronavirus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 set. 2020.

4 Decreto Legislativo n.6, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso em: 10 set. 2020.

5 V. Tesouro Transparente. *Monitoramento dos gastos da União com combate à COVID-19*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2020.

2 REVISÃO DA LITERATURA

A corrupção emerge nas fronteiras entre os setores público e privado⁶. Ela afeta a eficiência e a legitimidade das atividades do Estado e distorce os critérios pelos quais as políticas públicas são decididas⁷. A corrupção prejudica a boa governança. Na maioria dos países em desenvolvimento, como o Brasil, a corrupção se tornou sistêmica.

Tabela 1 – Brasil: Índice de Percepção da Corrupção TI

BRASIL		
Ano	Índice/ Pontos	Ranking/Países
2019	35/100	106/180
2018	35/100	105/180
2017	37/100	96/180
2016	40/100	79/176
2015	38/100	76/167
2014	43/100	69/174

Fonte: Transparência Internacional, 2020

Em termos gerais, a corrupção é compreendida como o uso indevido de recursos públicos por funcionários públicos, para ganhos privados. Dentre as definições mais aceitas na literatura especializada, a corrupção é definida como “abuso de cargo público para ganho privado”⁸. É uma definição usada por uma ampla gama de instituições internacionais e ONGs, incluindo o Banco Mundial (BM), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Transparência Internacional (TI). Considerada pela TI como um dos maiores desafios do mundo moderno, a corrupção pode paralisar a boa governança governamental, distorcer políticas públicas, causar má alocação de fundos e recursos públicos, prejudicar o setor privado e afetar principalmente a população mais vulnerável⁹. Como já escrevia Nye, em sua obra clássica, a corrupção é um “comportamento que se desvia dos deveres formais da função pública (eleita ou nomeada) por causa da riqueza dos ganhos ou do status privado (pessoal, família próxima, camarilha privada)”¹⁰. A corrupção pode ter várias formas, significados e funções em diferentes circunstâncias, que vão desde subornos simples até o mau funcionamento de todo o sistema político, econômico e jurídico.

A estrutura jurídica brasileira, tanto sob o prisma doméstico quanto internacional, estabelece padrões anticorrupção e inclui: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)¹¹, a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários

6 ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption: a study in political economy*. Academic Press: New York, 1978.

7 YOU, J.-S.; KHAGRAM, S. A Comparative study of inequality and corruption. *American Sociological Review*, v.70, n.1, p.136-157, 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/241644122_A_Comparative_Study_of_Inequality_and_Corruption. Acesso em: 10 set. 2020.

8 ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*, London: Cambridge University Press, 1999; KAUFMANN, D. Corruption: the facts. *Foreign Policy*, n. 107, 1997. Disponível em: http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp_summer97.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

9 Transparência Internacional. 2001. *Annual report 2001*. Disponível em: https://www.toronto.ca/ext/digital_comm/inquiry/inquiry_site/cd/gg/add_pdf/77/Procurement/Electronic_Documents/Miscellaneous/Transparency_Internation.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

10 NYE, J. S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, v.61, n.2, p.417-427, jun. 1967, p.418.

11 V. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/UN-convention-against-corruption.html. Acesso em: 10 set. 2020.

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE contra a Corrupção)¹², a Convenção da OCDE contra a Corrupção, a Lei Anticorrupção dos Estados Unidos da América (*Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*)¹³, Convenção Interamericana contra a Corrupção¹⁴, Lei Anticorrupção Brasileira¹⁵, Código Penal¹⁶, Código de Processo Penal¹⁷, Lei Antitruste¹⁸, Lei sobre Licitações e Contratos Públicos¹⁹.

Como as doenças, a corrupção existirá sempre. Mas esse fato não pode impedir uma tentativa de enfraquecer a doença, nem paralisar os esforços para curá-la. No Brasil, a corrupção pode desempenhar um papel negativo no lento combate ao surto, disseminação e contenção da COVID-19. Em grande medida, a corrupção sistêmica é um indicador de um estado não eficiente, o qual deve ser compreendido dentro de um contexto teórico mais amplo do que simplesmente o de uma governança frágil. A corrupção é permitida, senão estimulada, por alguns problemas no país e floresce devido à falta de responsabilização nos processos de licitação, da atuação de servidores públicos e atores privados, no controle dos recursos públicos²⁰. A impunidade reina.

A Constituição Federal de 1988 (Constituição) diz em seu art. 196 que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.²¹

Ela estrutura o sistema de saúde brasileiro com base nos seguintes pilares: equidade, descentralização política e operacional, financiamento tripartite e universalização²². Além disso, a Constituição, no seu art. 199, determina que a saúde é uma atividade econômica livre à iniciativa privada, da seguinte forma: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”²³ A Lei Complementar n. 8.080/1990²⁴ estabelece as atribuições, competências e responsabilidades do Sistema Único de Saúde (conhecido pela sigla SUS) e a Lei

12 V. Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

13 V. *Foreign Corrupt Practices Act*. 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

14 V. Convenção Interamericana contra a Corrupção. 1996. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp. Acesso em: 10 set. 2020.

15 V. Brazilian Clean Company Act. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%2C%20nacional%20ou%20estrangeira. Acesso em: 10 set. 2020.

16 V. Código Penal Brasileiro. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

17 V. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

18 V. Lei Antitruste. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso. Acesso em: 10 set. 2020.

19 V. Lei sobre Licitações e Contratos Públicos. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

20 COSTA, L. M. The dynamics of corruption in Brazil: From trivial bribes to a corruption scandal. *Corruption scandals and their global impact*, ed. Abingdon-Thames: Routledge, 2018. pp. 189-203.

21 Constituição Federal. 1988. Art. 196. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

22 Constituição Federal. 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

23 Constituição Federal. 1988. Art. 199. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

24 Lei n. 8.080. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

Complementar n. 8.142/1990²⁵ determina sobre a participação social e as transferências de recursos intergovernamentais no SUS. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (conhecida pela sigla ANS) foi assim criada para regular as relações contratuais públicas com o setor privado de assistência médico-hospitalar²⁶.

Cohen, Mrazek e Hawkins lembram que embora a corrupção no sistema público de saúde, durante uma crise pandêmica, possa afetar toda a população de um país, geralmente são sobre os pobres e os mais vulneráveis que seus efeitos destrutivos são mais sentidos²⁷. Alguns estudiosos argumentam que a corrupção pode ser considerada como a ameaça mais generalizada à gestão eficiente do setor da saúde pública, visto que esse setor está muito mais exposto às práticas corruptas, em razão de um grande número de motivos. As grandes somas de dinheiro envolvidas, o grande número de diferentes partes interessadas e a relação assimétrica entre profissionais de saúde e pacientes são apenas alguns desses motivos²⁸.

De todas as atividades governamentais, as compras públicas são uma das atividades mais vulneráveis à corrupção²⁹. Transparência, integridade, justiça, concorrência e responsabilidade são provavelmente os pontos mais importantes do mecanismo de compras públicas³⁰. De certa forma, os países fazem uso das regras e regulamentos sobre compras públicas para promover objetivos de política pública, como o combate à corrupção³¹. De acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime³², cerca de 10-25 por cento dos recursos mundiais desembolsados nas compras públicas é desperdiçado em esquemas de corrupção. E, a sua maior parte está relacionada com às compras governamentais de suprimentos médicos e medicamentos.

A obra de Becker sobre crime e punição traz uma estrutura útil para projetar um sistema ideal de aplicação da lei contra a corrupção, onde criminosos racionais comparam o benefício de violar a lei com o possível custo da violação – probabilidade e severidade da punição (valor da pena, anos em prisão, etc.)³³. O cálculo favorável a uma conduta corrupta deriva do resultado econômico feito por um indivíduo que acredita que não será pego e, portanto, nunca pagará por seu crime³⁴. Os grandes montantes e a velocidade dos gastos de recursos públicos para o combate à COVID-19 pelo governo brasileiro, a execução das penas de prisão somente após esgotadas todas as opções de recursos, bem como, a “flexibilização” da regulamentação e do controle das compras públicas podem interferir no controle de fiscalização dos mecanismos anticorrupção e permitir que atores sejam eles do setor público quanto privado tirem proveito da crise pandêmica para ganho próprio e/ou benefício privado.

25 Lei n. 8.142. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

26 BARBOSA, A. P.; MALIK, A. M.. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. *Rev. Adm. Pública*, v. 49, n. 5, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000501143&lng=en&nrm=iso&tlng=pt#B5. Acesso em: 10 set. 2020.

27 COHEN, J.; MRAZEK, M.; HAWKINS, L. Corruption and pharmaceuticals: strengthening good governance to improve access. In: CAMPOS, J. E.; PRADHAN, S. (Eds.) *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. World Bank, Washington, DC (USA), 2007, pp. 29-62. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/6848>. Acesso em 10 de setembro de 2020.

28 AVELINO, George; BARBERIA, L. G.; BIDERMAN, C. Governance in managing public health resources in Brazilian municipalities. *Health Policy and Planning*, v.28, p.1-9, 2013. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/biderman_-_governance_in_managing_public_health_resources_in_brazilian_municipalities.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

29 OCDE. *Principles for integrity in public procurement*, 2009. <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

30 OCDE. *Principles for integrity in public procurement*, 2009. <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

31 NIJBOER, K.; SENDEN, S.; TELGEN, J. Cross-country learning in public procurement: An exploratory study. *Journal of Public Procurement*. v.17, n.4, p.449-482, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JOPP-17-04-2017-B001>. Acesso em: 10 set. 2020.

32 UNODC. *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances*. 2013. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf, p.1. Acesso em: 10 set. 2020.

33 BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v.76, n.2, p.169-217, mar./apr., 1968.

34 BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v.76, n.2, p.169-217, mar./apr., 1968.

As compras públicas são uma atividade econômica importante para os governos, representando um percentual importante do produto interno bruto (PIB) dos países. O setor da saúde, a aquisição pública de suprimentos médicos e medicamentos é uma das áreas mais vulneráveis à corrupção. Os recursos dedicados ao combate da COVID-19 podem ser desviados, ou podem ser mal administrados por corruptos e, assim, podem representar a diferença entre a vida e a morte para a população mais necessitada. A experiência mundial de epidemias anteriores mostra que se trata de um ambiente perfeito para o florescimento da corrupção, com perdas de mais vidas e diminuição da confiança do público. Isso nos traz algumas questões, tais como, i) se a corrupção no Brasil está desempenhando um papel negativo no controle do surto dessa doença, bem como, ii) se os fundos emergenciais estão sendo utilizados de forma adequada.

Elinor Ostrom apontou que

[...] um importante desafio que enfrentam os cientistas políticos é desenvolver teorias da organização humana com base na avaliação realista das capacidades e limitações humanas para lidar com uma variedade de situações que inicialmente compartilham alguns ou todos os aspectos de uma tragédia de comuns.³⁵

Vários estudiosos afirmam que a corrupção deve ser vista como uma solução de problemas por meio de uma ação coletiva, e isso particularmente num contexto de corrupção sistêmica³⁶. Ação Coletiva é definida como

[...] um processo colaborativo e sustentado de cooperação entre as partes interessadas ... [que] aumenta o impacto e a credibilidade da ação individual, traz jogadores individuais vulneráveis em uma aliança de organizações com ideias semelhantes e nivela o campo de jogo entre os concorrentes.³⁷

A ação coletiva tem sido usada com sucesso como um método para combater a corrupção³⁸. Existem quatro tipos principais de ação coletiva: i) declarações anticorrupção, ii) iniciativas baseadas em princípios, iii) certificação de coalizões empresariais e iv) pactos de integridade. O combate à corrupção deve permanecer sendo uma prioridade em tempos de crise e, neste caso particular, no surto da COVID-19. Uma ação coletiva de autorregulação do setor saúde contra a corrupção pode ser uma ferramenta importante.

3 RECOMENDAÇÕES

Este artigo se baseia numa seleção de relatórios de políticas públicas, livros e artigos de pesquisa, principalmente sobre corrupção e, em particular, sobre o setor da saúde. Seu principal objetivo é assim tentar promover o combate à corrupção durante as crises pandêmicas no setor da saúde pública por meio da autorregulação da indústria em projetos de ação coletiva. Para garantir transparência, prestação de contas e integridade nos processos

35 OSTRUM, E. *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Disponível em: https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

36 ROTHSTEIN, B. Anti-corruption: the indirect 'big bang' approach. *Review of International Political Economy*, v. 18, n. 2, p. 228-250, 2011; MUNGIU-PIPPIDI, A. Contextual choices in fighting corruption: lessons learned, NORAD, Report 4/2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/countries/vietnam/48912957.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

37 WORLD BANK INSTITUTE. *Fighting corruption through collective action. A guide for business*, 2008. Disponível em: https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting_corruption_through_collective_action.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

38 PERSSON, A.; ROTHSTEIN, B.; TEORELL, J. Why anticorruption reforms fail. Systemic corruption as a collective action problem. *Governance*, v. 26, n. 3, p. 449-471, 2013.

de contratação pública, os projetos de ação coletiva devem contar com a participação de todas as partes interessadas (ONGs, academia, empresas multinacionais e domésticas, outros grupos de interesse e governos nos níveis federal, estadual e municipal). O objetivo final dos projetos de ação coletiva é criar condições para que todas as partes interessadas evitem as tentações da corrupção, em especial devido ao estado de calamidade pública e ao “relaxamento” das regras de contratação pública no país. Ao fortalecer a transparência, usar novas tecnologias e inteligência artificial e desenvolver um plano robusto de prevenção e detecção por meio de uma ação coletiva de autorregulação do setor de saúde contra a corrupção, o Brasil poderia estar em melhor posição para responder a uma pandemia em grande escala, como a COVID-19.

Dentre as modalidades de ação coletiva, nos parece que o pacto de integridade é o instrumento mais eficaz para prevenir a corrupção nas contratações públicas. Ele é um documento formal assinado pelo poder público contratante e pelos licitantes para cumprimento das melhores práticas e com a máxima transparência e prestação de contas. Um terceiro ator, geralmente uma organização da sociedade civil, monitora o processo e os compromissos assumidos por ambas as partes. As organizações da sociedade civil podem desempenhar um papel de supervisão, como atores para apoiar no monitoramento das ferramentas de responsabilização e na função de compartilhamento de informações, para impedir práticas corruptas. Todos os relatórios do monitoramento e dos resultados do projeto do pacto de integridade são disponibilizados ao público³⁹.

Os pactos de integridade têm um importante custo operacional e podem, por essa razão, não ser a primeira escolha, principalmente durante uma crise pandêmica. Mas, nesta circunstância única, a corrupção não pode jamais ser ignorada. O monitoramento eficaz é a única maneira de evitar que atores corruptos avancem com seus comportamentos corruptos e de aumentar as ações disciplinares, sanções e penalidades contra eles. Pode-se argumentar que o monitoramento eficaz não é um custo, mas sim um investimento que pode salvar vidas. Na verdade, o surgimento de novas tecnologias digitais oferece ferramentas valiosas para todas as partes interessadas – principalmente, os governos, o setor privado e os cidadãos – para melhorar a transparência e a eficiência dos investimentos públicos no setor da saúde⁴⁰.

Há alguns exemplos encorajadores de ferramentas digitais que são meios poderosos para erradicar a corrupção governamental, praticada por funcionários públicos inescrupulosos e por seus parceiros no crime no setor privado. Por exemplo, o Observatório da Despesa Pública (conhecido pela sigla em português ODP⁴¹) visa a contribuir para o aprimoramento do controle interno e funcionar como uma ferramenta de apoio à gestão pública brasileira; os resultados do ODP servem de subsídio para a realização de auditorias e fiscalizações conduzidas pela Controladoria-Geral da União (conhecida pela sigla CGU) em decisões estratégicas de monitoramento dos gastos públicos (site do ODP). Além disso, a plataforma InvestmentMap, lançada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)⁴², permite ao usuário acompanhar o andamento físico e financeiro de projetos de investimento público em

39 World Bank Institute. *Fighting corruption through collective action. A guide for business*. 2008. Disponível em: https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting_corruption_through_collective_action.pdf, p. 4. Acesso em: 10 set. 2020.

40 MORENO, L.A. How tech can fight corruption in Latin America and the Caribbean. *World Economic Forum*, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/12/how-technology-is-becoming-a-powerful-ally-in-the-fight-against-corruption-in-latin-america-and-the-caribbean>. Acesso em: 10 set. 2020.

41 Observatório da Despesa Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/informacoes-estrategicas/observatorio-da-despesa-publica>. Acesso em: 10 set. 2020.

42 Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

países da América Latina, por meio de visualizações de dados e mapas georreferenciados. A plataforma incentiva a participação dos cidadãos por meio de comentários, recomendações e demandas aos formuladores das políticas públicas, bem como, através do compartilhamento de fotos relativas ao andamento dos projetos (site do BID⁴³). Diante do desafio histórico da COVID-19 à corrupção, a plataforma InvestmentMap já desenvolveu um módulo específico para monitorar os gastos de recursos nesta crise pandêmica. (site do BID⁴⁴).

A Transparency International Brasil analisou sites de todos os 26 estados brasileiros e do Distrito Federal, com relação às informações fornecidas para os contratos de licitação pública relacionados à Covid-19, no início de maio de 2020⁴⁵. A conclusão de primeiro relatório sobre o tema mostra que 4 dos 26 estados e o Distrito Federal apresentam um excelente nível de transparência. Poucos têm um bom nível e a maioria tem um nível regular de transparência. Dois estados têm um nível de transparência muito baixo.

Transparência nas Contratações Públicas.	
Nível de Transparência	Número de estados e DF
Excelente	4
Ótimo	9
Bom	12
Ruim	2

Fonte: Transparência Internacional, 2020

No que diz respeito às recomendações para o combate à corrupção no setor saúde durante a crise da COVID-19, este estudo propõe o que segue:

- Formulação de estratégias de longo prazo para reforçar os compromissos com a boa governança.
- Promoção da transparência e da responsabilidade através das publicações no site dos governos (federal, estadual e municipal) de todas as informações relacionadas aos recursos liberados e dos contratos públicos para aquisição, com nomes e informações sobre a propriedade das empresas que celebraram os contratos etc.
- Incentivo às ferramentas de tecnologias digitais, como meio poderoso para erradicação da corrupção no setor saúde.
- Limitação da utilização de processos emergenciais e sem licitação, finda a crise pandêmica.
- Fortalecimento de projetos de ações coletivas para autorregulação, visando monitorar as condições de mercado para evitar conluios ou superfaturamentos.
- Realização de auditoria com auditores internos (CGU) e auditores

43 Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

44 Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

45 Transparência Internacional. *Ranking de transparência no combate à covid-19*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 10 set. 2020.

independentes (ações coletivas, cidadãos etc.) relacionadas à utilização dos recursos emergenciais para a COVID-19.

- Fortalecimento das legislações anticorrupção e de lavagem de dinheiro para enfrentar as atuais lacunas e limitações legais.

4 CONCLUSÃO

O surto da COVID-19 afeta os países desenvolvidos e em desenvolvimento, que lutam para controlar a crise pandêmica. Uma resposta a um surto pandêmico requer rapidez, não burocracia. Mas, sem depender das tradicionais políticas e programas anticorrupção para identificar e prevenir a corrupção, os recursos públicos podem desaparecer. A corrupção pode desviar os recursos para aquisição de suprimentos médicos e remédios necessários para combater a crise pandêmica. A corrupção é encorajada, por alguns fatores no Brasil. Floresceu devido à falta de prestação de contas nos processos de licitações, devido o desempenho de funcionários públicos e atores privados e na falta de controle de recursos públicos. A aquisição pelo governo de suprimentos médicos e medicamentos é uma das áreas mais vulneráveis à corrupção no setor da saúde. A experiência mundial em epidemias anteriores traz um ambiente de tempestade perfeito para a corrupção. Isso levanta questões sobre se a corrupção no Brasil está desempenhando um papel relevante na ausência efetiva de controle da doença, bem como, se os fundos emergenciais estão sendo usados de forma adequada. Em um contexto de corrupção sistêmica, alguns argumentam que a corrupção deve ser vista como um problema que pode ser resolvido por meio de ação coletiva.

Com base numa seleção de relatórios de políticas públicas, artigos e livros sobre corrupção em geral e, em particular, sobre o setor de saúde, este artigo tem como objetivo recomendar fortemente a necessidade do combate à corrupção durante crises pandêmicas no setor da saúde pública, por meio da autorregulação da indústria em projetos de ação coletiva. As medidas de autorregulação ajudam a elevar os padrões da indústria. Ao fortalecer a transparência, usar novas tecnologias e inteligência artificial e desenvolver um plano robusto de prevenção e detecção por meio de uma ação coletiva de autorregulação do setor de saúde contra a corrupção, o Brasil poderia estar numa melhor posição para responder a uma pandemia de grande escala, como a COVID-19.

Esse estudo tem várias limitações. Em primeiro lugar, ele se baseia em relatórios de políticas públicas disponíveis, artigos e livros sobre corrupção em geral e, em particular, no setor da saúde; devido às limitações de tempo, não inclui informações de fundo que poderiam ser obtidas explorando dados qualitativos ou quantitativos por meio de entrevistas com os principais interessados no setor da saúde. Em segundo lugar, não traz evidências empíricas para respaldar quais projetos de ações coletivas funcionam melhor e porque alguns são limitados. Embora esta pesquisa possa ter alguns limites, ainda assim tem valor no sentido de ajudar a trazer uma proposta de combate à corrupção no setor saúde durante uma crise pandêmica. Os resultados deste estudo encorajam pesquisas futuras sobre estudos de caso em outros países, que podem ajudar na construção de dados empíricos, cujas intervenções podem funcionar de forma mais eficaz.

REFERÊNCIAS

AVELINO, George; BARBERIA, L. G.; BIDERMAN, C. Governance in managing public health resources in Brazilian municipalities. *Health Policy and Planning*, v.28, p.1-9, 2013. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/biderman_-_governance_in_managing_public_health_resources_in_brazilian_municipalities.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

BARBOSA, A. P.; MALIK, A. M.. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. *Rev. Adm. Pública*, v.49, n.5, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000501143&lng=en&nrm=iso&tling=pt#B5. Acesso em: 10 set. 2020.

Banco Interamericano de Desenvolvimento. Covid-19 Module. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/reform-modernization-state/covid-19-module>. Acesso em: 10 set. 2020.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v.76, n.2, p.169-217, mar./apr., 1968.

BRASIL. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Seção II. Artigos 196 a 200. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 6. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-249090982>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei Anticorrupção. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei Antitruste. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.080/1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.142/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei sobre Licitações e Contratos Públicos. (1993). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde, *Painel Coronavirus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 set. 2020.

CARTIER-BRESSON, J. Corruption network, transaction security and illegal social exchange. *Political Studies*, v. 45, n. 3, p. 463-476, 1997.

COHEN, J.; MRAZEK, M.; HAWKINS, L. Corruption and pharmaceuticals: strengthening good governance to improve access. In: CAMPOS, J. E.; PRADHAN, S. (Eds.) *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. World Bank, Washington, DC (USA), 2007, pp. 29-62. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/6848>. Acesso em: 10 set. 2020.

- COSTA, L. M. The dynamics of corruption in Brazil: From trivial bribes to a corruption scandal. *Corruption scandals and their global impact*, ed. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2018, pp.189-203.
- FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. 1977. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- KAUFMANN, D. Corruption: the facts. *Foreign Policy*, n. 107, 1997. Disponível em: http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp_summer97.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.
- MORENO, L.A. How tech can fight corruption in Latin America and the Caribbean. *World Economic Forum*, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/12/how-technology-is-becoming-a-powerful-ally-in-the-fight-against-corruption-in-latin-america-and-the-caribbean>. Acesso em: 10 set. 2020.
- MUNGIU-PIPPIDI, A. Contextual choices in fighting corruption: lessons learned, *NORAD*, Report 4/2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/countries/vietnam/48912957.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- NIJBOER, K.; SENDEN, S.; TELGEN, J. *Cross-country learning in public procurement: An exploratory study*. *Journal of Public Procurement*. v. 17, n. 4, p. 449-482, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JOPP-17-04-2017-B001>. Acesso em: 10 set. 2020.
- NYE, J. S. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*. v. 61, n. 2, p. 417-427, 1967.
- OAS. Convenção Interamericana contra a Corrupção. (1996). Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.asp. Acesso em: 10 set. 2020.
- Observatório da Despesa Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/informacoes-estrategicas/observatorio-da-despesa-publica>. Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. *Principles for integrity in public procurement*, 2009. <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- ONU. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, 2004. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.
- OSTROM, E. *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Disponível em: https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.
- PERSSON, A.; ROTHSTEIN, B.; TEORELL, J. Why anticorruption reforms fail. Systemic corruption as a collective action problem. *Governance*, v. 26, n.3, p.449-471, 2013.
- ProZorro. Disponível em: <https://prozorro.gov.ua/en>. Acesso em: 10 set. 2020.
- ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption: a study in political economy*. Academic Press: New York, 1978.
- ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*, London: Cambridge University Press, 1999.
- ROTHSTEIN, B. Anti-corruption: the indirect 'big bang' approach. *Review of International Political Economy*, v. 18, n. 2, p. 228-250, 2011.

SILVA, M. F. da The political economy of corruption in Brazil. *RAE*, v. 39, n. 3, p. 26-41, 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901999000300004. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Annual report 2001*. 2001. Disponível em: https://www.toronto.ca/ext/digital_comm/inquiry/inquiry_site/cd/gg/add_pdf/77/Procurement/Electronic_Documents/Miscellaneous/Transparency_Internation.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2014. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2014/results>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2015. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2015>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2016. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2017. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2018. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Corruption perception index*. 2019. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2019>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *The ignored pandemic. How corruption in healthcare service delivery threatens universal health coverage*. 2019. Disponível em: <http://ti-health.org/wp-content/uploads/2019/03/IgnoredPandemic-WEB-v3.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Ranking the transparência no combate à covid-19*. 2020. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 10 set. 2020.

TESOURO TRANSPARENTE. *Monitoramento dos gastos da União com combate à COVID-19*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2020.

WORLD BANK INSTITUTE. *Fighting corruption through collective action. A guide for business*, 2008. Disponível em: https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting_corruption_through_collective_action.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

YOU, J.-S.; KHAGRAM, S. A Comparative study of inequality and corruption. *American Sociological Review*, v. 70, n. 1, p. 136-157, 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/241644122_A_Comparative_Study_of_Inequality_and_Corruption. Acesso em: 10 set. 2020.

WORLDOMETER. *Coronavirus update*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>. Acesso em: 10 set. 2020.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/20 E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ANALISAR A SUA CONSTITUCIONALIDADE¹²

Felipe Dalenogare Alves

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto (FDA). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Militar pela Faculdade Futura (FFut.). Especialista em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito (IbiJus), da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito e Sociedade” vinculado ao Instituto Educacional Estudos de Direito.

Gabriela de Souza Graeff

Especialista em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito e Sociedade”. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 A Responsabilidade Civil do Estado e do agente público no ordenamento jurídico brasileiro: evolução histórica e conceitos; 3 A medida provisória n. 966/20, a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da Covid-19 e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal; 4 Conclusão; Referências.

1 Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.226-239, set./dez. 2020.

2 Artigo resultante das pesquisas realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito e Sociedade”, coordenado pelo Prof. Dr. Felipe Dalenogare Alves e vinculado ao Instituto Educacional Estudos de Direito.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática da responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, tendo como objetivo principal analisar, levando em consideração o período excepcional, os contornos da Medida Provisória n. 966/20 e, ainda, os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da concessão de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acerca do tema.

Analisa-se, sumariamente, o contexto histórico da responsabilidade civil do Estado, que tem início com a irresponsabilidade dos agentes públicos, chegando-se a responsabilidade subjetiva por dolo ou erro grosseiro de seus agentes, prevista inicialmente na LINDB e reproduzidas na MP n. 966/20, analisando-se as teorias adotadas no Direito brasileiro para a responsabilização do Estado (pelo particular) e do Agente público (pelo Estado).

Posteriormente, passa-se ao estudo da Medida Provisória n. 966/20, que regula a responsabilidade civil dos agentes públicos (perante o Estado) no período da pandemia causada pela COVID-19, restringindo a responsabilização dos agentes por decisões e opiniões técnicas apenas em caso de dolo ou erro grosseiro, analisando-se as decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6428 e 6431, julgadas de forma conjunta, demonstrando-se a interpretação conforme a Constituição realizada pelo STF e o receio de reflexo restritivo ao conceito jurídico indeterminado.

Formado o contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes que cercam a temática, como o seguinte problema: é juridicamente possível que haja a restrição da responsabilidade civil dos agentes públicos aos casos de dolo ou erro grosseiro e a predefinição de suas hipóteses?

A hipótese levada a teste é a de que o legislador poderá restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

Para tanto, são abordados aspectos importantes referentes ao tema, como a Responsabilidade Civil do Estado e do agente público no ordenamento jurídico brasileiro, a edição da Medida Provisória n. 966/20, versando sobre a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da COVID-19, e o julgamento que compreendeu pela constitucionalidade da Medida Provisória n. 966/20, dando-a interpretação conforme a Constituição, com fixação de tese, a nosso ver restritiva, objetivando-se, ao final, confirmar a hipótese lançada ao problema.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITOS

A responsabilidade civil surge com o pressuposto de que, ao causar um dano a outrem, o sujeito será responsável por sua conduta, através de uma sanção. Esse dano, atualmente, perpassa o conceito básico de dano patrimonial e compreende, ainda, o que atinge as íferas mais íntimas do indivíduo, conhecido como dano moral.³

Por sua vez, o dever do Estado em reparar o dano que causa a um particular nem

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.593.

sempre foi reconhecido por todos os Estados. Alguns países como os Estados Unidos e a Inglaterra somente passaram a admitir tal responsabilização a partir dos anos 1940, embora cada país apresente características distintas.⁴

Tal responsabilidade engloba os três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, tendo em vista a excepcionalidade da responsabilização nos dois últimos casos, torna-se mais evidente a responsabilidade em atos decorrentes do Poder Executivo.⁵

No que tange à evolução da responsabilidade civil do Estado, compreendida na obrigação da Fazenda Pública reparar um dano a terceiro causado por agentes públicos, esta inicia com o conceito de irresponsabilidade do Estado, comum em regimes absolutistas, em que se negava qualquer responsabilidade pública por atos de seus agentes.⁶

A partir do princípio da igualdade, surgiu o dever de responsabilização por danos causados a direitos alheios e, sendo assim, tornou-se ilógico que o Estado tivesse a prerrogativa de lesar um particular sem a necessidade de reparação.⁷

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade não foi aplicada pelo Judiciário, que sempre reconheceu a responsabilidade do Estado em ressarcir prejuízos causados por seus agentes a particulares. Algumas legislações, inclusive, já versavam sobre prejuízos causados em decorrência de linhas telegráficas, estradas de ferro ou até mesmo aos serviços de Correios.⁸

O reconhecimento da responsabilidade do Estado teve seu marco em 1873, no aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, como um princípio de responsabilização, sem lei específica ou regulado por regras especiais. A partir de sua expansão, surgiu a responsabilidade subjetiva, com necessidade de comprovação de culpa do agente.⁹

Conforme elucida Mello, para caracterizar a responsabilidade subjetiva “é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado aos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis”. Sendo assim, quando o Estado age em desacordo com os padrões dos quais deveria ou deixa de agir em determinada situação em que deveria, há possibilidade de responsabilização.¹⁰

Surge, posteriormente, a teoria da responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, tendo em vista as prerrogativas do Estado em detrimento aos particulares e, ainda, devido a necessidade da aplicação de princípios do Direito Público na fixação da responsabilidade. A partir daí, surgiram as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, pautadas na responsabilidade objetiva da administração pública.¹¹

Na teoria do risco administrativo, a responsabilidade estatal encontra limites em caso de participação total ou parcial do particular lesado em que, no primeiro caso, não haverá qualquer responsabilização e, no segundo, a indenização será atenuada. Por outro lado, na teoria do risco integral, utilizada em raríssimos casos¹², a responsabilização ocorrerá mesmo

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1019.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 697.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 680-681.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1027.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1054-1055.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 1030-1031.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1033.

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 680.

12 Pode-se destacar como exemplos de aplicabilidade da teoria do risco integral o dano nuclear ocasionado pelo Estado (art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, da CF/88 com regulamentação na Lei nº 6.453/77), dano ocasionado por queda de aeronaves de matrícula brasileira – excluídas as de táxi aéreo – por ato de guerra, terrorista ou correlatos (art. 1º da Lei nº 10.744/03, regulamentada pelo Decreto nº 5.035/04) e dano ambiental ocasionado pelo Estado (art. 225, § 3º, da CF/88 e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81).

quando a culpa for da vítima e, ainda, independe denexo causal.¹³

No Brasil, ainda no Código Civil de 1916, houve grande divergência doutrinária acerca da responsabilidade, vez que o artigo que versava sobre o tema não deixava clara a necessidade ou não de comprovação de culpa em caso de dano. Não obstante as divergências, a teoria adotada foi a subjetiva, com a necessidade de comprovação de culpa.¹⁴

Por conseguinte, a partir da Constituição de 1946, que retirou pressupostos relacionados à culpa positivados no Código Civil de 1916, tornou-se pacífico o entendimento entre doutrina e jurisprudência que a teoria utilizada para auferir a responsabilidade civil do Estado é a objetiva.¹⁵

A concepção da Constituição de 1946, que expressamente admitiu a teoria do risco administrativo, derogando, assim, os dispositivos do Código Civil que versavam sobre o tema, fora mantida até a Constituição atual e a responsabilidade civil do Estado passou a, de fato, compactuar com o ordenamento jurídico atual e as complexidades que o direito contemporâneo aponta.¹⁶

Sendo assim, seguindo a linha das constituições anteriores, a Constituição Cidadã manteve a teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração. No parágrafo 6º do art. 37, a Constituição de 1988 dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”.¹⁷

Por sua vez, o Código Civil de 2002, no artigo 42, dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros”.¹⁸ Ainda, ficam ressalvados o direito de regresso do Estado contra terceiros, desde que comprovado, neste caso, dolo ou culpa.

Em relação ao termo agente público, empregado em ambos dispositivos, este engloba todas as espécies de agentes públicos, em sentido amplo, qual seja, todas as pessoas incumbidas de um serviço público, permanente ou transitório, desde que na qualidade de agente público, mesmo que não estejam no exercício de suas funções^{19 20}.

Outro ponto pertinente ao estudo refere-se aos danos causados pela omissão estatal, em que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva. É possível responsabilizar o Estado quando há o descumprimento de uma obrigação em que possui o dever de evitar o evento danoso. Nesse sentido, coexiste a necessidade de comprovação desta obrigação estatal para responsabilização, na forma de dolo ou culpa. Nas palavras de Mello, “é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”.²¹

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 597.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p.684.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1027.

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 685.

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

18 BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 de ago. 2020.

19 Corroborando com o entendimento de Meirelles, veja-se como exemplo a responsabilidade civil objetiva do Estado, nos casos de crime praticado por policial militar durante o período de folga, usando arma da corporação, amplamente reconhecida pelo STF (RE 418.023 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 9-9-2008, 2ª T, DJE de 17-10-2008, ARE 751.186 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 2-12-2014, 2ª T, DJE de 17-12-2014, RE 213.525 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 9-12-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009, RE 630817, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-03-2011, DJE de 21-03-2011).

20 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 687.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p.1042.

A responsabilidade subjetiva, aplicada à omissão estatal, também é aplicada ao agente causador do dano na via regressiva. Há de se perceber, assim, que a responsabilidade civil no Brasil possui duas relações jurídicas distintas: primeiro a do Estado com a pessoa lesada e, segundo, do Estado com o agente público causador do dano. Sendo assim, em relação ao dano causado pelo Estado em detrimento de particular, a responsabilidade será objetiva, sem necessidade de comprovação de culpa em sentido amplo. No entanto, em relação ao direito de regresso do Estado contra o agente público, a responsabilidade é subjetiva e, portanto, será necessária a comprovação de culpa^{22 23}.

Caminhando ao propósito específico do estudo, relacionado à responsabilidade do agente pelas suas decisões ou opiniões técnicas durante o estado de Pandemia da COVID-19, há de se dizer a jurisprudência brasileira, há algum tempo, já vinha cunhando o entendimento de que, nestas hipóteses, o agente público responderia em caso de dolo ou culpa inexcusável (erro grosseiro).

Em 2012, ao julgar o MS 29137, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se analisava a responsabilidade de advogado público pela manifestação jurídica em parecer, a 2ª Turma do STF já havia fixado que estes, eventualmente, poderiam “ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro”. O mesmo se assegurou no julgamento do ARE 739881, de relatoria do Min. Dias Toffoli, em 2013, quando se analisou eventual indenização por dano moral em virtude de oferecimento e recebimento de denúncia contra Delegado de Polícia, em que se destacou a “inexistência de dolo ou erro grosseiro de parte das referidas autoridades”.

A necessidade da demonstração de dolo ou erro grosseiro para responsabilização do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas continuou a ser exigida pelo STF, como se observa no julgamento do AgRegREA 1.090.515, de relatoria do min. Gilmar Mendes, julgado em 20 de fevereiro de 2018, e no REA 1.210.470, de relatoria do Min. Roberto Barroso, no ano de 2018.

Atento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e codificando um anseio dos agentes públicos em busca da segurança jurídica²⁴, o legislador editou a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu o art. 28 na LINDB, com a seguinte redação: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.²⁵

O artigo 28 refere-se a decisões e orientações de agentes públicos e abrange desde contribuições técnicas até ações concretas que causem transformações a nível prático. No mais, para responsabilização, o artigo deixa clara a necessidade de dolo ou erro grosseiro nas opiniões ou decisões e, em caso de pareceres, tal responsabilização independe de seu teor decisório ou inclusive de seu caráter vinculante.²⁶

22 No Brasil, embora a literalidade do art. 37, § 6º, seja latente, durante muito tempo se discutiu se o agente público causador do dano poderia ou não ser demandado juntamente com o Estado nas ações indenizatórias. A impossibilidade foi assentada em 14 ago 19, por ocasião do julgamento do RE 1027633, em que o Supremo Tribunal Federal assentou a seguinte tese de repercussão geral: “A teor do disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”

23 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 604.

24 O projeto de Lei (PL 349/2015) que resultou na inserção legislativa foi apresentado pelo Senador Antonio Anastasia e se assentou em estudo realizado pelos Administrativistas Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, junto à Fundação Getúlio Vargas e publicado no ano de 2013 (*Contratações Públicas e Seu Controle*, São Paulo: Malheiros, 2013). O PL original, além da redação inalterada do caput, previa dois parágrafos vetados, nos quais se sustentava que: “§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais” e “§ 2º. O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa”.

25 BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 30 ago. 2020.

26 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 210.

Nestes casos, o dolo ocorre quando o agente pratica ou recomenda um ato de forma intencional contra à Administração Pública e, ainda, pode ser de difícil dilação probatória. Todavia, no que tange o conceito de erro, trata-se de uma falsa percepção da realidade e, no caso do artigo da LINDB, a punição somente ocorre em caso de erro grosseiro.²⁷

E é nesse sentido que Binebojm e Cyrino elucidam “será erro grosseiro, e.g, a aplicação de norma jurídica revogada, ou a decisão (e/ou opinião) que ignore a ocorrência de uma prescrição, a despeito de as informações pertinentes constarem do processo administrativo”.²⁸

Embora não se discorde dos exemplos trazidos pelos autores, defendemos que o legislador não poderia estabelecer um rol taxativo do que pode ou não ser considerado erro grosseiro. Isso porque este conceito jurídico indeterminado só atingirá sua zona de certeza positiva ou negativa na análise do caso concreto, tratando-se, portanto, de um conceito fático-jurídico, dependendo de apreciação concreta para aferição. Veja-se o porquê da impossibilidade de codificação de suas hipóteses: atualmente, com o avanço dos recursos de tecnologia de informação e da difusão dos meios de comunicação, até pode ser que a aplicação de uma norma jurídica revogada constitua erro grosseiro por parte do agente público. Pergunto: há vinte anos tal erro poderia ser considerado grosseiro?

Nesse sentido, no âmbito federal, o Decreto nº 9.830/19, ao regulamentar o erro grosseiro, cingiu-se a traçar parâmetros interpretativos, no art. 12, §1º ao § 5º, estabelecendo-se que “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Ao mesmo passo, resguardou que “não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizá-los”.

Buscou, por fim, dar segurança jurídica para sua aferição concreta, assegurando que “o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público”, que “a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público” e que “o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo”.²⁹No que toca a responsabilidade civil do Estado, o tema envolve diversas nuances e está em constante evolução. A mais recente alteração acerca do assunto ocorreu em 2020, durante o período excepcional enfrentado pelo Direito: a pandemia causada pela COVID-19. A Medida Provisória n. 966, a ser estudada na próxima seção, dispôs sobre a responsabilização dos agentes públicos pelos atos e decisões tomados durante o estado de calamidade pública, sendo, inclusive, objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

27 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 212.

28 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 213.

29 BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 8 de set. 2020.

3 A MEDIDA PROVISÓRIA N. 966/20, A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E A POSIÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2020, o mundo foi surpreendido com a pandemia da COVID-19 que causou, dentre outros setores, diversas consequências para o mundo jurídico. Com o fim de combater a aceleração da doença e uma possível crise econômica, o Presidente da República editou diversas medidas provisórias acerca do assunto, dentre elas, a polêmica MP n. 966.

Esta Medida Provisória, publicada em 13 de maio de 2020³⁰, dispõe acerca da responsabilidade dos agentes públicos por atos e omissões relacionados a pandemia da COVID-19, a fim de resguardar atos praticados com boa fé e não responsabilizar agentes por atos que não foram praticados por vontade própria ou falha grosseira.³¹ Passa-se, então, a análise da exposição de motivos da referida Medida Provisória.

A razão para edição da Medida Provisória, pautada na relevância e urgência, conforme exposto nos motivos, justifica-se pela insuficiência das normas reguladoras da LINBD, que já versaram de forma superficial sobre o tema, como visto anteriormente.³²

A condição de pandemia e estado de calamidade pública também são utilizadas como justificativas para tal medida, vez que, neste período excepcional, são necessárias ações contundentes dos agentes públicos nos mais diversos ramos e com pouca previsibilidade dos resultados, com ações e decisões, inclusive, contrárias ao habitual.³³

Através da necessidade de “salvaguardar vidas e combater os efeitos econômicos e fiscais da população brasileira” torna-se possível a flexibilização na interpretação de regramentos e de medidas que, em situação ordinária, não são discutíveis. Tais regras, que não foram pensadas para momentos excepcionais, podem não ser suficientes para abarcar as situações e peculiaridades que são impostas pela pandemia.³⁴

Pensando nisso, a Medida Provisória busca resguardar a segurança jurídica dos agentes públicos neste período para que possam continuar desempenhando suas funções com o objetivo de garantir o direito à vida e manter a economia estável no país, desde que tomadas a partir da boa-fé e com base nesses objetivos.³⁵

Assim, qualquer ação tomada pelo agente público que não atinja o objetivo a que se propõe somente será punida “caso se tenha tomado tal decisão de forma dolosa ou com um grau elevado de negligência, imprudência ou imperícia.”³⁶

Nesse sentido, as decisões acerca da responsabilização do agente público serão

30 Até a data de submissão do presente artigo, em 8 set. 2020, a MP ainda se encontra em vigência.

31 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

32 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

33 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

34 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

35 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

36 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

tomadas com base no período de exceção que se vivencia atualmente decorrente da pandemia da COVID-19 e, principalmente, guiados pela referida Medida Provisória. Sendo assim, após uma breve análise da exposição dos motivos, passa-se à análise dos principais dispositivos da Medida Provisória n. 966 de 2020.³⁷

Logo no primeiro artigo, a Medida já deixa claro que a responsabilização dos agentes somente ocorrerá em caso dolo ou erro grosseiro relacionados, de forma direta ou indireta, com o “enfrentamento da emergência de saúde pública” e “combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da COVID-19”.³⁸

Além disso, a responsabilização por opiniões técnicas não é estendida de forma automática para quem decidiu com base nela, ocorrendo apenas em casos excepcionais, de dolo ou erro grosseiro ou, ainda, se houver conluio com entre agentes.³⁹

Em relação ao agente que emite decisão baseado em opinião técnica de outrem, nada mudou, uma vez que o Decreto 9.830/19 já previa esta atenuação especial. Nestes casos, o agente somente será responsabilizado se possuir a mesma capacidade técnica de quem emitiu a opinião ou, caso não possua, somente se agir com erro grosseiro ou em conluio.⁴⁰

Como exemplo, podemos dizer que, caso um agente público tome determinada decisão com base em um parecer jurídico em que o parecerista cometeu erro grosseiro, a responsabilidade pelo dano causado não é transferida automaticamente ao agente público decisor, uma vez que, salvo prova em contrário ou conluio, não possuía conhecimento técnico para aferir o erro grosseiro constante no parecer. Assim, a responsabilização caberá ao agente emissor da opinião e não ao decisor.

Reproduzindo o que já havia no Decreto 9.830/19, a Medida Provisória assenta que a simples comprovação de nexos causal entre conduta e dano não gera responsabilização do agente público.⁴¹ Pois bem, veja-se que, aqui, se está diante da relação Estado-Agente causador do dano e não Estado-particular lesado. Assim, obviamente, que por força do art. 37, § 6º, parte *in fine*, da CF/88, a presença dos elementos objetivos (conduta, dano e nexos de causalidade) não são suficientes para a responsabilização do agente público, impondo-se também a demonstração inequívoca do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Já no segundo artigo, a Medida traça os mesmos parâmetros interpretativos, já presentes no Regulamento da LINDB, à definição de erro grosseiro, sendo “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.⁴² Significa dizer que o elemento subjetivo não estará evidenciado em qualquer modalidade de culpa, mas somente nos casos

37 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

38 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

39 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

40 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

41 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

42 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

de culpa inescusável, e, evidentemente, nas ações ou omissões dolosas.

Ao balizar os caminhos para a aferição do erro grosseiro no contexto da pandemia, a MP adaptou as disposições já existentes no Decreto 9.830/19, dispondo que devem ser consideradas algumas circunstâncias peculiares, dentre elas, as dificuldades enfrentadas pelo agente público, a complexidade de suas atribuições e da matéria exercidas, a falta de informação decorrente da situação emergencial e urgente em que o país se encontra, as circunstâncias fáticas do ocorrido e, ainda, o contexto incerto em relação as medidas tomadas para combate a pandemia, inclusive as econômicas.⁴³

A norma é ampla e abarca todos atos do Poder Público, sendo atos interpretativos ou de execução, desde que estejam relacionados ao período de emergência causado pela pandemia da COVID-19 e, assim, sujeitar-se-ão ao regime especial de responsabilização.⁴⁴

Concordando-se com Oliveira, a MP regula a possibilidade de regresso do Estado contra o agente que causou o dano e não a forma de responsabilização do próprio Estado, quando demandado por particular que tenha sofrido eventual dano, a qual, constitucionalmente, é objetiva. Ou seja, o particular que se sentir lesado por ato praticado neste período pode ingressar pleiteando indenização contra o Estado, que responderá independentemente do dolo ou erro grosseiro de seu agente. No entanto, o Estado somente poderá regressar contra o agente público em caso de dolo ou erro grosseiro (culpa inexcusável).⁴⁵

Assim, a responsabilidade subjetiva do agente público, já ressaltada pela Constituição Federal através do direito de regresso do Estado, se mantém na Medida Provisória, no entanto, se dispõe sob forma especial, adaptando-se o que já era previsto na LINDB. Obviamente, como sempre se postou, a demonstração do dolo ou erro grosseiro cabe à Administração, uma vez que o ônus da prova é do autor sendo, nestes casos, difícil de demonstrar a intenção do agente em causar aquele dano ou, ainda, que houve erro grosseiro em sua conduta no momento da produção danosa.⁴⁶

A partir disso, surgiram diversas discussões, dentre elas, a (in)constitucionalidade da Medida Provisória, o que culminou em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Na visão de Oliveira, a qual coadunamos, a Medida Provisória faz-se necessária neste período levando em consideração a imprescindibilidade da ação pelos agentes públicos, que precisam atuar de forma emergente no combate à pandemia. No entanto, isso não significa que os agentes públicos estão desobrigados da probidade e de agir conforme os princípios administrativos, visto que a própria legislação condena os atos praticados com dolo ou, até mesmo, erro grosseiro.⁴⁷ Como dito, em decorrência das controvérsias trazidas pela Medida Provisória n. 966, sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram levadas ao Supremo Tribunal Federal, sendo elas as de n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6428 e 6431, todas com pedido de medida cautelar, sendo todas de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Algumas ações, ainda,

43 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

44 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-actual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

45 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-actual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

46 REIS JUNIOR, Antonio dos. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de COVID-19: Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar na ADI nº 6421 e outras. *Revista IBERC*, v. 3, n.2, p.305-328, maio/ago. 2020. Disponível em <<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/136/99>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

47 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-actual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

intentam também a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo 28 da LINDB e dos artigos 12 e 14 do Decreto n. 9.830/19, que regulamenta a LINDB.⁴⁸

Em relação às alegações, inicialmente, buscou-se a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória, vez que inexistente o binômio da relevância e urgência. Por sua vez, no que tange ao sentido material, a alegação tocou questões como a minimização da responsabilidade dos agentes públicos e a incongruência com a Constituição Federal no que se refere à responsabilidade subjetiva dos agentes por dolo ou culpa.⁴⁹

Em relação ao erro grosseiro, presente na Medida, a alegação que se fez se fundamenta na afirmação que a responsabilidade subjetiva contida na Constituição Federal exige somente a culpa, em qualquer modalidade, ou dolo do agente público. A utilização do termo erro grosseiro, conforme alegado, poderia ensejar uma limitação na responsabilidade apenas para casos de culpa grave.⁵⁰

Além disso, por estarem dispendo de bens e interesses públicos, que pertencem ao coletivo, os agentes precisam ter reforçada sua responsabilização e não podem usufruir de um regime mais brando em relação aos particulares, que respondem em caso de culpa.⁵¹

Por fim, alegou-se que “a norma minimiza a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade”, onde viola-se diversos princípios constitucionais, como a moralidade e a eficiência. No mais, destacou-se que a medida poderia ser uma forma de atenuação ou isenção da responsabilidade de diversas autoridades que, no período de pandemia, resistiram em seguir recomendações científicas e sanitárias no combate à pandemia, causando prejuízos à saúde da população.⁵²

Para fins da concessão de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a decisão se restringe somente à Medida Provisória n. 966, que trata sobre a responsabilidade dos agentes no período da pandemia. Em relação ao art. 28 da LINDB, em vigor há mais de dois anos, a jurisprudência daquele Tribunal já é pacífica no sentido de que o prolongamento do tempo entre a sua sanção e o ajuizamento da ação questionando sua inconstitucionalidade afasta o *periculum in mora* necessário à apreciação em sede cautelar.

Em relação a inconstitucionalidade formal alegada, o Tribunal Constitucional entendeu que estão presentes os requisitos de relevância e urgência para edição da supramencionada Medida Provisória, visto que trata da responsabilização de agentes que estão lidando com um período excepcional – a pandemia causada pela COVID-19.⁵³

Para decidir o mérito, o Ministro Relator contextualizou a pandemia da COVID-19 e o

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

cenário em que o Brasil está inserido. Através de dados, demonstra-se a gravidade da situação e a necessidade de medidas como isolamento social para diminuição dos riscos à saúde e à vida da população. Além disso, decorre da pandemia outro problema que envolve diretamente agentes públicos, uma possível recessão econômica, que inclusive já está ocorrendo.⁵⁴

A partir disso, surge um grande problema acerca da adoção de políticas públicas que precisam retomar a economia e, ao mesmo tempo, não colocar em risco a população, levando em conta a necessidade de isolamento social para diminuir os riscos de contágio e, assim, não abarrotar o sistema de saúde com um número demasiado de casos ao mesmo tempo.⁵⁵

Um ponto de tensão que se torna nítido neste período é o conflito de competências e atuação entre os Entes Federativos. Enquanto há uma resistência do governo federal em adotar medidas de distanciamento, os governos estaduais e municipais buscam medidas de isolamento mais severas. Outro debate importante é acerca da “utilização de determinados medicamentos, de eficácia ou segurança ainda controvertidas na comunidade científica”.⁵⁶

Em meio a esses debates, surgiu a Medida Provisória n. 966, com o intuito de proporcionar segurança aos agentes públicos que estão em posições decisórias e de restringir suas responsabilidades aos casos de dolo ou erro grosseiro, como já estudado anteriormente.

Para o STF, a Medida não aumenta a segurança dos agentes públicos e não foi editada para dirimir decisões equivocadas, uma vez que condutas ilícitas continuam ilícitas e não estão abarcadas pela norma. Os atos de improbidade, por exemplo, continuam sendo regulados pela sua devida legislação e qualquer interpretação que esteja em desacordo com o já firmado pela Corte não será aceita.⁵⁷

Em relação a proteção da vida e da saúde, os parâmetros já utilizados pelo Supremo Tribunal Federal devem seguir sendo utilizados, qual seja, “devem observar *standards* técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional ou nacionalmente reconhecidas”.⁵⁸

Nesse sentido versa a Lei 13.979/20, também editada no período de pandemia. A norma deixa clara a necessidade de que as decisões e medidas de enfrentamento à doença sejam tomadas com “base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.⁵⁹

Por conseguinte, as decisões e políticas públicas que envolvem a saúde da população e o direito à vida, conforme jurisprudência da própria Corte, devem estar pautadas nos princípios da prevenção e precaução, ou seja, recomenda-se a autocontenção em caso de

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

59 BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

incertezas sobre a medida a ser tomada.⁶⁰

No entanto, para o Ministro Relator Barroso, a complexidade da Medida está nos dois extremos da discussão, quais sejam “tanto o administrador desonesto que leva vantagem, como o administrador honesto que tem medo de decidir e tem medo de fazer o que precisa ser feito”, envolvendo a questão sobre a tipificação do erro grosseiro e o que ele significa.⁶¹

Assim, seguindo o entendimento do relator, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição aos arts. 1º e 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas, bem como os princípios constitucionais da precaução e da prevenção. O agente decisor deve exigir, ainda, que a opinião técnica fundamente de modo expresso sua opinião nestes elementos.⁶²

Por fim, em sentido diverso do que fez o legislador ao editar a LINDB, o Supremo Tribunal Federal firmou tese tentando tipificar o que, a seu ver, configura erro grosseiro, entendendo que “configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção”.⁶³

Neste ponto, entendemos que o STF, ao buscar a definição taxativa para um conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fático-jurídico, que deveria ser aferido no caso concreto, poderá alcançar sentido diverso daquele almejado, ou seja, reduzindo seu alcance. Isso porque o conceito que poderia ter seu conteúdo (largamente) aferido no caso concreto (saindo-se de uma zona de penumbra para se chegar a uma zona de certeza positiva ou negativa) passa a ter conteúdo (estritamente) restrito a uma tese suprema, de modo que um erro (grosseiramente) cometido já nasce na zona de certeza negativa pelo fato de não estar nela abarcado.

4 CONCLUSÃO

Como visto, a Responsabilidade Civil do Estado passou por diversas alterações ao longo do tempo e consolidou-se no Brasil através da teoria da responsabilidade objetiva. Ao mesmo tempo, a responsabilidade civil do agente público causador do dano, na via regressiva, consolidou-se pela teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, ensejando a demonstração, além dos elementos objetivos conduta, dano e nexos de causalidade, o elemento subjetivo dolo ou culpa.

No ano de 2018, espelhando-se no entendimento jurisprudencial que já havia se estabelecido no Supremo Tribunal Federal, o legislador restringiu na LINDB a responsabilidade

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421*. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

civil dos agentes públicos, nos casos de opinião ou decisão técnica, às hipóteses de dolo ou culpa inexcusável (erro grosseiro).

Por sua vez, em razão da pandemia da COVID-19, espelhando-se na LINDB e no seu regulamento, editou-se a Medida Provisória n. 966/20, objetivando-se dar segurança jurídica especial no contexto pandêmico, restringindo-se a responsabilização dos agentes públicos por decisões e opiniões técnicas relacionadas à pandemia apenas para casos que envolvem erro grosseiro ou dolo, o que culminou em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Ao se fazer uma análise da decisão que apreciou de forma conjunta as ações que questionavam a (in)constitucionalidade da MP n. 966/20, verificou-se que o STF compreendeu pela sua constitucionalidade, dando, porém interpretação conforme à Constituição, levando em consideração o período excepcional enfrentado pelo direito contemporâneo em decorrência da pandemia e a necessidade de ações para enfrentamento da doença.

Conforme apontado, a interpretação da norma deverá ser no sentido de que os agentes públicos deverão agir com base nos princípios da precaução e da prevenção e, ainda, em conformidade com pareceres técnicos e evidências científicas, sendo que, do contrário, conforme a tese suprema, poderá haver erro grosseiro na decisão administrativa.

Em sentido crítico, dentre os resultados da pesquisa, respondendo-se o problema que a ensejou, entendemos que o STF, ao buscar a definição taxativa para um conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fático-jurídico, que deveria ser aferido no caso concreto, poderá alcançar sentido diverso daquele almejado, ou seja, reduzindo seu alcance. Isso porque o conceito que poderia ter seu conteúdo (largamente) aferido no caso concreto (saindo-se de uma zona de penumbra para se chegar a uma zona de certeza positiva ou negativa) passa a ter conteúdo (estritamente) restrito a uma tese suprema, de modo que um erro (grosseiramente) cometido já nasce na zona de certeza negativa pelo fato de não estar nela abarcado.

No mais, o Supremo entende que a Medida Provisória não diminui a responsabilização de agentes pratiquem medidas equivocadas ou ilícitas, uma vez que a lei de improbidade administrativa continua em vigor e, ainda, a própria Medida trata da possibilidade de responsabilização em caso de dolo.

Por derradeiro, confirma-se a hipótese de pesquisa, no sentido de que o legislador pode restringir a culpa constitucionalmente ensejadora de responsabilização regressiva do agente público, prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, à culpa inexcusável e que o conceito de erro grosseiro é jurídico indeterminado, ou seja, fático-jurídico (não comportando taxatividade normativa), que, em cada caso concreto, partirá de uma zona de penumbra, atingindo-se uma zona de certeza negativa ou positiva.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

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

BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 8 de set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm >. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n. 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421. Impetrante: Rede Sustentabilidade. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 17 de junho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. MP 966: Como fica a responsabilidade dos agentes públicos? *CONJUR*, mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/direito-civil-atual-mp-966-fica-responsabilidade-agentes-publicos#author>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

REIS JUNIOR, Antonio dos. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de COVID-19: Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar na ADI nº 6421 e outras. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 305-328, maio/ago. 2020. Disponível em <<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/136/99>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS: DIVULGAR PARA PROTEGER?¹

Edith Maria Barbosa Ramos

Pós Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora da graduação e Pós-graduação da Universidade do CEUMA/UNICEUMA. Coordenadora do Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade do CEUMA/UNICEUMA. Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário. Membro da Associação Lusófona de Direito da Saúde (ALDIS).

Maria Célia Delduque

Pós Doutora em Direito na Universidade de Cantábria/Espanha. Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. Mestre em Planejamento e Gestão Ambiental pela Universidade Católica de Brasília. Editora científica da Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. Membro da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário. Membro da European Association of Health Law.

Sandra Mara Campos Alves

Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. Mestre em Política Social pela Universidade de Brasília. Pesquisadora em Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz. Coordenadora do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz.

Sumário: 1 Introdução; 2 O complexo desafio da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil; 3 A Lei Geral de Proteção de Dados e o Direito à saúde; 4 Uso/divulgação de dados de saúde (dados sensíveis) em contexto da atual pandemia de Coronavírus; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.240-257, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

O Ministério da Saúde do Brasil declarou, no mês de fevereiro do corrente ano (2020), emergência em saúde pública de importância nacional em decorrência da COVID-19. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), os primeiros casos do novo coronavírus foram identificados na cidade de *Wuhan*, província de *Hubei*, na República Popular da China, em dezembro de 2019. Até a data de 28 de julho de 2020, foram confirmados 16.341.920 casos no mundo, e 650.805 mortes, sendo o continente americano o mais afetado.²

A ocorrência de pandemias exige dos Estados nacionais, no âmbito da Comunidade Internacional, respostas rápidas voltadas à mitigação da doença e a garantia da saúde da coletividade. Para tanto, são necessárias informações não apenas acerca da doença enfrentada, mas da própria condição de saúde da população. Identificação nominal dos infectados, histórico de saúde, relações sexuais recentes, etc. são apenas alguns dos dados pessoais sensíveis que por vezes precisam ser acessados pelas autoridades responsáveis e competentes do Poder Público para a adoção de medidas de prevenção, controle e tratamento dos casos, estejam eles em bancos de dados públicos ou privados.

Nesse contexto, não se pode olvidar o relevante papel que a informação ocupa em nossa sociedade. Fundamentada no paradigma tecnológico e no uso de tecnologia de informação e comunicação (TICs) para coletar, tratar, manipular e distribuir dados, a 'Nova Revolução Industrial' ocorreu graças ao advento dos equipamentos eletrônicos de computação e, posteriormente, a da própria rede mundial de computadores (*world wide web*, ou simplesmente *www*), que transformou o modo como a sociedade se relaciona com a informação, configurada como um novo bem de consumo.^{3 4}

A relação da sociedade com a informação tem sido profundamente alterada, não apenas pela rapidez de divulgação das informações, mas também pela forma de consumo e utilização. Observa-se seus impactos no campo das ciências, das políticas públicas, na vida privada, nas atividades econômico-empresariais e na própria atuação do Estado, que se vê instado a regular essa nova conjuntura. Trata-se, pois, de fenômeno mundial irreversível.⁵

Paralelamente, aguça-se a discussão acerca da necessidade de garantia da proteção à vida privada e à intimidade ante esse novo contexto.⁶ A relevância e atualidade da temática da utilização de dados pessoais sensíveis no âmbito da saúde e a ocorrência da atual pandemia em ordem mundial em razão do novo coronavírus é o que impulsiona a razão do presente artigo, que apresenta questões controvertidas sobre o compartilhamento e utilização de dados pessoais pelas autoridades públicas e pessoas jurídicas de direito privado. Por essas razões, a pesquisa utilizou o método dedutivo, com a apropriação de conceitos como dados pessoais sensíveis, pandemia, privacidade e direitos fundamentais.

2 OPAS. *Folha informativa – COVID-19*: Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. [atualizado em 28 de julho de 2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=com%20COVID%2D19%3F-,Os%20sintomas%20mais%20comuns%20da%20COVID%2D19%20s%C3%A3o%20febre%2C%20cansa%C3%A7o,das%20m%C3%A3os%20ou%20dos%20p%C3%A9s>. Acesso em: 29 jul. 2020.

3 CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

4 ALVES, Sandra Mara Campos. Os sistemas de informação de saúde no Brasil e o direito à intimidade. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília-DF, v. 3, n. 1, p. 84-93, jan./jun. 2014.

5 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/18). *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, p.159-180, set./dez. 2018.

6 VENTURA, Miriam; COELI, Cláudia Medina. Para além da privacidade: direito à informação na saúde, proteção de dados pessoais e governança. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p.1-4, 2018.

Para o levantamento das informações, os procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais. Para o levantamento bibliográfico, utilizou-se de bancos de dados e repositórios públicos disponíveis na internet. Foram utilizadas as palavras-chave: Covid-19, banco de dados em saúde, dados sensíveis em saúde, pandemia e selecionados os textos acadêmicos publicados em língua portuguesa, e disponibilizados gratuitamente.

Ademais, foram selecionados livros e revistas científicas na área do Direito Constitucional e da Proteção de Dados, utilizando os descritores de buscas: Direitos fundamentais; Liberdades públicas; Dados pessoais sensíveis; Direito à informação; Direito à privacidade e Pandemia.

O artigo está estruturado da seguinte maneira: O primeiro capítulo discorre sobre a evolução histórica da construção do direito à privacidade e os desafios da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, destacando as alterações durante a *vacatio legis*. O segundo capítulo analisa a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira à luz dos marcos do Direito à Saúde. No terceiro capítulo, é abordado o uso/divulgação de dados de saúde (dados sensíveis) em contexto de pandemia. O artigo conclui que a proteção à saúde coletiva e a manutenção do sistema de garantias de direitos individuais devem ser observados como parâmetros para o desenvolvimento científico, mesmo em tempos de pandemia.

2 O COMPLEXO DESAFIO DA VIGÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Para Oliveira *et al.*⁷, o desenvolvimento tecnológico experimentado pela sociedade nas últimas décadas ofusca o fato de que um longo percurso histórico teve de ser percorrido até que a privacidade pudesse ser reconhecida como um bem jurídico digno de tutela estatal. Os autores destacam a importância dos juristas norte-americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, com a publicação do primeiro artigo científico dedicado ao tema, intitulado *The Right to Privacy*, de 1890.⁸

No trabalho, Warren e Brandeis argumentaram que os direitos individuais derivariam da proteção da pessoa ou da propriedade, e, de quando em quando, modificações nos panoramas político, social e econômico impulsionariam uma reavaliação da natureza e extensão desses bens jurídicos.

A partir desse pressuposto, os autores buscaram ressignificar o direito à vida privada e a intimidade em virtude do surgimento de nova tecnologia das câmeras fotográficas instantâneas. Esses equipamentos estavam sendo utilizadas pela imprensa e, não raro, invadindo a vida privada e doméstica das pessoas, causando desgastes e dores, que segundo os autores, poderia ser superior, em alguns casos, a uma lesão corporal. Após analisarem diversas decisões de tribunais americanos e ingleses, Warren e Brandeis desenvolveram a existência de um princípio geral na *Common law*, denominado *Right to Privacy*, expresso pela sentença *the right to be let alone*, que em uma tradução livre significa: o direito de não ser perturbado ou incomodado.

Oliveira *et al.*⁹ recordam que com a evolução das tecnologias, paulatinamente a privacidade foi ganhando importância e reconhecimento jurídico no cenário internacional. Para corroborar essa assertiva, deve-se mencionar, exemplificativamente, documentos

7 OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019.

8 WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

9 OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019.

expressivos como a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que em seu artigo V declara que: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.”¹⁰ Precisa-se, ainda, lembrar da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do mesmo ano, que em seu artigo 12 estatui que:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.¹¹

A preocupação com o tratamento de dados pessoais como desdobramento da privacidade, como enfatiza Oliveira *et al.*, é um efeito colateral da mudança de paradigma trazida pela Quarta Revolução Industrial. Segundo os autores esse fenômeno é resultado da “informacionalização da sociedade”.¹²

Souza e Silva¹³ destacam que em matéria de dados pessoais, a atuação legislativa no Brasil tem sido fragmentada e bastante controversa. Dentre as principais normas sobre o tema, os autores destacam: os artigos 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor; a Lei n.º 12.527/2011, que trata do acesso à informação perante entes públicos, como concretização da garantia prevista art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Os autores ressaltam, ainda, a Lei n.º 12.737/2012 “Lei Carolina Dieckmann” que trata dos crimes cibernéticos e a Lei n.º 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet como o marco normativo sobre o direito à privacidade e proteção dos dados, demonstrando o ciclo de discussão e amadurecimento do tema de proteção de dados no Brasil.

No entendimento de Souza e Silva, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei n.º 13.709/2018. Nesse contexto, “[...] acena em direção a já longa demanda por um estatuto mais abrangente da matéria, capaz de conferir certa sistematicidade ao seu tratamento legislativo.”¹⁴ Porém, como ocorre com qualquer estatuto, ressaltam os autores que “[...] sua edição traz à tona o risco, há muito denunciado pela doutrina civil-constitucional, da interpretação fragmentária e setorial do diploma, na lógica dos muito aludidos microssistemas.”¹⁵ O fato é que uma estrutura social cada vez mais tecnológica e digital, caracterizada por uma avalanche ilimitada de compartilhamento e de disseminação de informações exige regulamentação. Isso porque, a sociedade hodierna é marcada pela conectividade, um ambiente estruturado em rede, que representa um processo contínuo de desenvolvimento e progresso cibernético.¹⁶ Assim é que é preciso considerar que a

10 DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 9., Bogotá. *Resolução 30*. Ata Final. Bogotá, 1948a. Disponível em: http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

11 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 3., França. *Resolução nº 217A*. França: ONU, 1948b. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaracao%3A7%3A30-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.

12 OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019, p. 4.

13 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019.

14 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019, p. 2.

15 SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019, p. 2.

16 DONEDA, Danilo; MENDES, Laura. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 555-570, nov./dez. 2018.

proliferação de informações conectadas também exige cautela, segurança dos dados e recomenda a construção de um arcabouço capaz de garantir a integridade das informações armazenadas e compartilhadas.

A LGPD foi aprovada após percurso polêmico no Congresso Nacional. Em que pese a discussão legislativa ter sido principiada com o Projeto de Lei (PL) nº 4.060/2012¹⁷ foi uma iniciativa liderada pelo Poder Executivo, por meio do Ministério da Justiça, em 2015, que ganhou visibilidade e legitimidade nos debates feitos entre os diversos atores da sociedade, como o setor privado, academia, sociedade civil e o próprio governo, recebendo mais de 1.000 contribuições.

O texto na Câmara dos Deputados, foi consubstanciado no PL nº 5.276/2016, tendo, como pilares centrais, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada inserido no contexto de uma sociedade de informação. Contudo, obedecendo ao Regimento Interno da respectiva Casa Legislativa, foi apensado ao PL nº 4.060/2012, por tratar de matéria correlata.¹⁸

Mas, apenas em 2018, o tema novamente ganhou relevo com o escândalo noticiado internacionalmente, do uso indevido de dados pessoais de usuários do *Facebook*, pela empresa de marketing político *Cambridge Analytica*, incluindo dados de 443 mil usuários brasileiros. Nesse contexto polêmico, a matéria foi aprovada na Câmara dos Deputados no fim de maio daquele ano, e, logo em seguida, no Senado Federal, em regime de urgência (PLC 53/2018), sendo finalmente transformada na Lei Ordinária nº 13.709 em 15 de agosto de 2018.¹⁹

A elaboração da LGPD apresenta-se, ao menos teoricamente, como uma engenharia jurídica marcada pela transparência nas relações que envolvem tratamento de dados, como o escopo de conjugar, normativamente, regras mais claras, ambiente mais seguro e confiável para o usuário, bem como permitir que as instituições públicas e privadas tenham maior segurança na realização de negócios jurídicos em/na rede.²⁰

Embora com previsão de início da vigência em agosto de 2020, mas entrando em vigor no dia 18 de setembro de 2020, uma pesquisa realizada pela Serasa Experian,²¹ durante o período da *vacatio legis*, informa que 85% das empresas não estão preparadas para atender as exigências da nova lei.

A pesquisa ouviu um total de 508 empresas, de todos os portes e segmentos, e destacou que as empresas de saúde ocupam a última posição, com apenas 8,7% das companhias em conformidade com a lei. Mesmo diante de tantos desafios, pode-se afirmar, ainda que inicialmente, que a LGPD representa um marco normativo que propiciará uma profunda transformação nas empresas, instituições, profissionais, consumidores e na própria sociedade.

Deve-se considerar que o Presidente da República sancionou em 12 de junho de 2020 a Lei nº 14.010 que, entre outras determinações, estabeleceu a prorrogação para o dia 1º de agosto de 2021 o início da vigência dos artigos da LGPD que tratam de matéria de sanções administrativas e multas.

A previsão inicial era que esses dispositivos entrassem em vigor em agosto de 2020.

17 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4060/2012*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 30 jul. 2020.

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5276/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>. Acesso em: 30 jul. 2020.

19 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara: PLC nº 53 de 2018a*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/133486>. Acesso em: 30 jul. 2020.

20 MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na lei geral de proteção de dados do Brasil? *Artigo estratégico*, n. 39, p. 1-14, dez. 2018.

21 SERASA EXPERIAN. *Pesquisa Global de Gestão de Dados*. 2020. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/85-das-empresas-declaram-que-ainda-nao-estao-prontas-para-atender-as-exigencias-da-lei-de-protecao-de-dados-pessoais-mostra-pesquisa-da-serasa-experian>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Cabe ressaltar que a Lei nº 14.010/2020 trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) e altera diversas normas do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista atenuar as consequências socioeconômicas da Covid-19, sob o argumento de preservar contratos e servir de base para futuras decisões judiciais.

Consta esclarecer também que a Lei 14.010/2020 não trata especificadamente da vigência da LGPD como um todo, tendo em vista que a Medida Provisória (MP) 956/2020, publicada no dia 29 de abril de 2020, em uma edição extra do Diário Oficial da União, definiu a prorrogação da LGPD para 3 de maio de 2021. Essa MP estava em tramitação no Congresso Nacional e perdeu validade. O prazo inicial de validade da MP era 28 de junho de 2020 (os primeiros 60 dias), mas com a prorrogação automática pelo mesmo período, em razão de determinação constitucional, soma-se 120 dias de vigência. O prazo final dessa MP era 27 de agosto de 2020 e como não teve sua votação concluída nas duas casas legislativas, a MP perdeu eficácia desde sua edição.

Entende-se desnecessária a prorrogação da vigência da LGPD, porque verifica-se, na verdade, que a pandemia está sendo utilizada como pretexto para a edição de um conjunto de elementos normativos oportunistas, sem a reflexão e a avaliação devidas.

Pode-se perceber que as autoridades públicas têm se utilizado das circunstâncias para a elaboração de normas com temas desprovidos de urgência e completamente dispensáveis no enfrentamento da situação de crise em razão do surto da Covid-19. Como ressalta Frazão²², a lei não é uma solução mágica para resolução de demandas socioeconômicas e políticas da sociedade, mas em certa medida, pode se configurar como um mecanismo de afrouxamento do sistema de direitos existente.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO À SAÚDE

A lei brasileira classifica os dados pessoais de saúde como sensíveis, conceito constante no artigo 5º, inciso II da nº 13.709/2018 - LGPD²³, o que impõe um grau maior de cuidado e um conjunto maior de restrições para seu uso. Deve-se considerar que dados pessoais sensíveis sobre saúde representam um enorme desafio aos sistemas político, econômico e de justiça, tendo em vista o envolvimento de uma multiplicidade de sujeitos, interesses e racionalidades.

A disponibilidade de dados sobre pacientes e usuários dos sistemas de saúde de um modo geral é cada vez maior²⁴, seja por meio de prontuário eletrônico, como regulamentado pela Lei nº 13.787/2018, seja com a troca de informações sobre pacientes entre laboratórios, hospitais, clínicas, médicos e grupos de pesquisa. A troca de informações pessoais sensíveis pode redundar num processo mais robusto e seguro sobre as condições epidemiológicas de grupos populacionais, permitindo, por um lado, a consecução de políticas públicas mais adequadas e precisas, mas por outro lado, pode acarretar a invasão da liberdade e privacidade dos cidadãos, que terão suas vidas devassadas ou mesmo destruídas com a disseminação irresponsável e indiscriminada dessas informações.^{25 26}

22 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

23 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

24 ARAGÃO, Suélyn Mattos de; SCHIOCCET, Taysa. *Lei Geral de Proteção de Dados: desafios do Sistema Único de Saúde. Recis – Rev Eletron Comun Inf Inov Saúde*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 692-708, jul./set. 2020.

25 LEME, Renata Salgado; BLANK, Marcelo. *Lei Geral de Proteção de Dados e segurança da informação na área da saúde. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 3, p. 210-224, jul./set. 2020.

26 KEINERT, Tania Margarete Mezzomo; CORTIZO, Carlos Tato. *Dimensões da privacidade das informações em saúde. Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p.1-4, 2018.

Ademais, a saúde está entre os problemas que mais afligem as pessoas. Desta feita, entende-se que todas as informações geradas em âmbito da saúde, sejam médicas ou de pesquisa, impactam decisivamente os usuários, as empresas e o Poder Público.

Percebe-se, assim, que o tema goza de grande atualidade, pelo grau de utilidade e riscos inerentes, deve-se reconhecer que os dados pessoais estão em constante riscos de segurança no processo de disponibilização, o que gera a necessidade permanente de avaliação dos mecanismos de controle de divulgação das informações provenientes dos dados acessados; a responsabilização do Poder Público, das empresas ou do usuário no caso de eventual vazamento de informações ou de revelação indevida (as chamadas *data breaches* ou violação de dados), além de questões específicas relacionadas à tecnologia da informação e à disponibilidade de recursos humanos especializados.

A contemporaneidade e a relevância do tema de pesquisa despontam sua magnitude na compreensão dos riscos inerentes à sociedade digital, cuja existência dos indivíduos enquanto cidadãos está vinculada à ideia de que a informação é elemento essencial à democracia.

O acesso e o controle dessas informações representam subsídio fundamental para a definição de estruturas de poder. Decisões políticas e econômicas sobre tratamentos, medicamentos e pesquisas, por vezes, dependem do acesso a dados pessoais e sensíveis, o que pode levar a proteção ou violação dos direitos individuais, a liberdade e a privacidade e/ou a garantia ou violação do interesse da coletividade, onerando os países e diminuindo a equidade em saúde entre os indivíduos.

Precisa-se observar que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018) foi alterada pela conversão da Medida Provisória n.º 869/2018 em lei – Lei n.º 13.853/2019. O texto final da LGPD, aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, e foi sancionado no dia 8 de julho de 2019, trazendo, entre outras modificações, relevantes alterações na proteção de dados sensíveis relativos à saúde.

A lei original estabelecia, e isso não foi alterado pela Medida Provisória mencionada, as definições de dado pessoal e dado pessoal sensível. De acordo com o artigo 5.º, I da referida norma, dado pessoal é toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Dado pessoal sensível, ao revés, é qualquer dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Pode-se perceber que esses dados podem ensejar comportamento discriminatório em relação ao seu titular.^{27 28} A esses dados, a lei deu proteção ainda mais efetiva. A redação original do artigo 11 enunciava:

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto os casos de portabilidade de dados quando consentido pelo titular.²⁹

Com a alteração da Lei n.º 13.853/2019 pela conversão da Medida Provisória n.º 869/2018 em lei, o dispositivo passou a ter a seguinte redação:

27 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

28 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense; 2018.

29 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: I – a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou II – as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.³⁰

Pode-se observar que as modificações introduziram duas novas possibilidades de comunicação ou uso compartilhado de dados sensíveis entre controladores, mesmo sem o consentimento do titular da informação. Assim, percebe-se que essas alterações desencadearam implicações importantes aos operadores e titulares dos dados sensíveis.

Na primeira versão da lei, somente era permitida uma possibilidade de controladores comunicarem ou compartilharem entre si dados pessoais sensíveis referentes à saúde dos indivíduos com objetivo de obter vantagem econômica, qual seja, nos casos de portabilidade de dados quando consentido pelo titular.

No entanto, a nova redação da lei estabeleceu que a comunicação e o compartilhamento de dados de saúde entre controladores são possíveis, além do caso especificado, para a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados e para as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços anteriormente mencionados. Em outras palavras, a lei trouxe duas novas possibilidades da comunicação ou compartilhamento de dados sem o consentimento dos titulares.

Pode-se observar que as novas hipóteses de comunicação de compartilhamento de dados apresentam-se extremamente amplas, o que poderia, caso não seja interpretada adequadamente, no sentido de proteção do direito de privacidade, ensejar usos indevidos pelos operadores. O setor de saúde é extremamente sensível ao compartilhamento de dados sensíveis às pessoas, observa-se, cotidianamente, a utilização de dados pessoais entre operadores, entre operadores e titulares, entre instituições estatais, entre instituições estatais e empresas, entre empresas, entre o poder público e os titulares dos dados etc.

A título de exemplo, pode-se citar: a) o pedido de reembolso por despesas médicas aos seguros de saúde, em que o titular dos dados somente recupera os valores gastos se o médico que o atendeu encaminhar um descritivo do procedimento médico realizado; b) a autorização dos planos de saúde para realização de procedimentos médicos mediante o fornecimento de laudo de exames do titular dos dados; c) em discussões de casos, médicos e demais profissionais de saúde, compartilham informações e exames entre si; d) profissionais de saúde, ainda, compartilham informações clínicas e exames de imagens, muitas vezes, por meio de aplicativos de mensagens entre colegas a fim de trocar opinião;

30 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019a*. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

e) o titular do dado, ao aderir ao seguro de saúde, preenche a declaração de saúde onde faz constar dados sensíveis como doenças pré-existentes; f) o titular do dado em busca do menor preço em farmácias e drogarias e em razão do uso contínuo de medicamentos, para participação de alguns programas de descontos, estão condicionados ao preenchimento de cadastros nas farmácias participantes; g) caso o titular dos dados precise de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde precisará preencher um cadastro para ter acesso aos programas públicos de fornecimento de medicação; h) caso o titular dos dados participe de alguma pesquisa científica e de acompanhamento também precisará preencher cadastro com informações pessoais; i) caso o titular dos dados estejam acometido com alguma doença de notificação obrigatória terá seus dados pessoais inseridos em sistema de controle e acompanhamento.

Percebe-se, assim, que esses são apenas alguns exemplos que expõem como o compartilhamento dos dados pessoais é essencial para o funcionamento do setor de prestação de serviços de saúde. Entretanto, justamente em função de sua essencialidade, o setor da saúde enfrenta entre todos os outros um dos maiores desafios na adequação aos princípios das novas normas mundiais de proteção de dados pessoais³¹. Na proteção de dados pessoais deve-se ter em conta os princípios previstos nas legislações, quais sejam: o respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, dos direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Deve-se aqui destacar que o Supremo Tribunal Federal em maio de 2020 suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A ministra Rosa Weber, relatora das ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema, destacou a gravidade da situação pandêmica mundial, mas ressaltou a impossibilidade de se legitimar, no combate a crise sanitária, o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal de 1988.³² Cabe, também, mencionar que o Senado Federal aprovou em plenário a Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019 que insere a proteção de dados, incluindo os digitalizados, no rol de garantias individuais constitucionalmente protegido, aguardado aprovação da Câmara dos Deputados.³³

Assim, é preciso ficar claro que os tratamentos de dados podem e devem ser realizados sem, contudo, perder o foco do objeto de tutela: a pessoa humana. O setor de saúde está essencial e fundamentalmente baseado no uso de dados pessoais de saúde dos titulares, e isso não pode ser mudado. O que precisa ser garantido é o respeito aos direitos dos titulares dos dados e a consecução dos melhores parâmetros mundiais de proteção da dignidade humana.

4 USO/DIVULGAÇÃO DE DADOS DE SAÚDE (DADOS SENSÍVEIS) EM CONTEXTO DA ATUAL PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

Para monitorar pessoas e grupos populacionais, com fulcro no controle e localização precisa das áreas com maior disseminação do Sars-Cov2, diferentes autoridades públicas,

31 ARAGÃO, Suélllyn Mattos de; SCHIOCCET, Taysa. Lei Geral de Proteção de Dados: desafios do Sistema Único de Saúde. *Reciis – Rev. Eletron. Comum. Inf. Inov. Saúde*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, jul.-set. 2020, p. 692-708.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende compartilhamento dados de usuáries de telefônicas com IBGE*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 9 maio 2020.

33 BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 17, de 2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 7 jul. 2020.

médicas, sanitárias e até mesmo o setor privado, em âmbitos nacional e internacional, têm compartilhado enorme quantidade de informações sobre às condições de saúde dos indivíduos. Trata-se de um contínuo monitoramento de suspeitos e vigilância ininterrupta de doentes confirmados.

Para organizações internacionais de saúde como a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), há um conjunto forte de argumentos para esse tipo de ação das autoridades, seja para o fortalecimento da rede de informações e troca de dados sobre as populações em risco e infectadas, seja para garantir a formação de um sistema de vigilância entre Estados nacionais e regiões específicas, tudo com o escopo de detectar e prevenir da forma mais precoce possível os casos de pessoas confirmadas com a Covid-19. Em outras palavras, sob a justificativa de garantir a mais adequada preparação do grupo de linha de frente para atendimento dos infectados nos serviços de saúde, estão autorizados o uso e compartilhamento de dados pessoais sensíveis.

Assim, o agravamento da pandemia e a necessidade de contenção do vírus acabou por desencadear entre as autoridades mundiais uma tendência de flexibilização das normas restritivas relacionadas à utilização de dados pessoais, exatamente sob a justificativa de facilitar os processos de monitoramento das informações sobre o surto e a busca de ações mais adequadas.

A *Global Privacy Assembly*³⁴ identificou diversas alterações nos sistemas de proteção de dados e privacidade de no mínimo 27 países, destaca-se os casos da China, Espanha e Hong Kong, apenas para exemplificar.³⁵ Em Hong Kong o poder público permitiu a extração de informações de redes sociais, com o escopo de rastrear pessoas contaminadas pelo vírus.³⁶ A Espanha se utilizou do artigo 46 da Lei Geral de Proteção de Dados da Comunidade Europeia para obrigar controladores de empresas (públicas e privadas) fornecerem informações sobre seus empregados contaminados pela Covid-19, assim como permitiu o tratamento de dados pessoais sem o consentimento do titular.³⁷

Na China, os usuários de transporte público, em todo país, são obrigados a informar dados pessoais antes de utilizar os veículos, assim como é permitida a utilização de aplicativos para identificação de pessoas que tenham frequentado transporte com indivíduo contaminado pelo novo Coronavírus.³⁸ Na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), também na China, foi implementada a Declaração Diária de Saúde, amparada na Lei nº 2/2004, como condição de ingresso a locais públicos e privados da região. Trata-se de formulário de preenchimento eletrônico no próprio site dos serviços de saúde de Macau, com validade de um dia, em que o indivíduo deve informar para além de seus dados pessoais e contato, os locais frequentados nos últimos quatorze dias, e eventuais sintomas de saúde que esteja apresentando. Quando do preenchimento, há concordância com a comunicação dos dados e sua divulgação a outros departamentos do próprio governo.³⁹ Assim, medidas excessivas

34 GPA. *COVID-19 Response Repository*. 2020. Disponível em: <https://globalprivacyassembly.org/covid19/covid19-taskforce/>. Acesso em 25 jul. 2020.

35 GUARIENTO, Daniel; MARTINS, Ricardo Mafféis. Reflexos da COVID-19 na proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/impressoes-digitais/322854/reflexos-do-covid-19-na-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 10 abr. 2020.

36 PCPD.ORG.HK. O uso de informações nas mídias sociais para rastrear possíveis transportadoras do COVID-19. 2020. Disponível em: https://www.pcpd.org.hk/english/news_events/media_statements/press_20200226.html. Acesso em: 10 mar. 2020.

37 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Report from the state legal service (Detached Department of the SLS at the Spanish DPA) on processing activities relating to the obligation for controllers from private companies and public administrations to report on workers suffering from COVID-19. 2020. Disponível em: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017-en.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

38 GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Mafféis. Reflexos da COVID-19 na proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/impressoes-digitais/322854/reflexos-do-covid-19-na-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 30 mar. 2020.

39 RAPOSO, Vera Lúcia. Macau, a luta contra a Covid-19 no olho do furacão. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p.12-28, abr./jun. 2020.

e, não raro, desproporcionais são justificadas pelo risco sanitário.

Entre as principais medidas protocolares de enfrentamento ao novo coronavírus são, entre outras: o isolamento de pessoas contaminadas; o monitoramento dos indivíduos que tiveram contato próximo com pessoas contaminadas; o treinamento de profissionais de saúde; a estruturação ou reestruturação dos sistemas de saúde, com aquisição de insumos, equipamentos e medicamentos; o fechamento temporário de estabelecimentos públicos e privados e o cancelamento de eventos que tenham propensão para causar aglomerações de menor ou maior porte. Diante disso, a informação, notadamente os dados pessoais sensíveis em âmbito de saúde, torna-se o novo petróleo, o verdadeiro diamante do Século XXI.

Em 7 de fevereiro de 2020, o presidente da República brasileira sancionou a Lei nº 13.979/2020 - a “Lei do Coronavírus”. Essa norma dispõe sobre as medidas de enfrentamento à emergência em saúde pública de proporções internacionais decorrentes do surto da Covid-19. Além desse ato normativo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) aprovou a Resolução Normativa nº 453/2020, a fim de regulamentar o rol de procedimentos e eventos no âmbito dos planos e seguros de saúde e a utilização de testes diagnósticos para detecção do novo Coronavírus.⁴⁰ Instituído-se protocolos clínicos a serem seguidos quando o paciente estiver enquadrado na definição de caso suspeito.

As questões que fundamentaram tais medidas foram a coleta e a utilização massiva de dados pessoais dos pacientes confirmados ou em investigação de contaminação pelo novo Coronavírus. A própria Lei nº 13.979/2020 determinou o dever de compartilhamento entre as Autoridades Públicas e as pessoas jurídicas de direito privado, com o intuito de rastrear as pessoas infectadas, bem como o grupo de risco. Contudo, não houve qualquer referência ao tratamento desses dados com o fito de evitar condutas abusivas e/ou discriminatórias, conforme previsto na LGPD.

A utilização e o compartilhamento de dados pessoais, entre as questões que se pode levantar deve-se mencionar a probabilidade de eventual discriminação que os pacientes infectados e monitorados possam vir a sofrer, caso essas informações se tornem públicas sem autorização. Em primeiro momento, pode-se imaginar que não há violação da privacidade dos indivíduos na identificação e no compartilhamento de dados pessoais dos infectados ou suspeitos de infecção, tendo em vista que a própria Lei do Coronavírus determina a notificação compulsória e a troca de informações entre entidades de saúde, inclusive pessoas jurídicas de direito privado. No entanto o maior fluxo de dados pessoais pela via digital desencadeado pela pandemia criou um alto índice de exposição de dados a situações e ambientes inseguros, seja pelos ataques de *hackers* ou vazamento acidental.⁴¹

A LGPD dispõe as hipóteses em que poderá haver tratamento de dados sensíveis, prescindindo do consentimento do titular. Dentre as hipóteses legais, destacam-se, as alíneas “a” e “f” do inciso II artigo 11 da LGPD, quando determinam que:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: [...]

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for

40 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 453, de 12 de março de 2020*. Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ==>. Acesso em: 15 abr. 2020.

41 GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. *Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei*. Brasília-DF: UNICEUB, 2019. Disponível em: https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*.pdf?AID=3007. Acesso em: 10 jan. 2020.

indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

[...]

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; [...]⁴²

Quanto ao princípio da finalidade, expresso no artigo 6º, I da LGPD observa-se a adequação em relação à Lei do Coronavírus, pois o fim específico de utilização dos dados é evitar a propagação da doença e neutralizar o surto do vírus:

Art. 6º, I - As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.⁴³

Ocorre que a adequação do tratamento a um dos dispositivos da LGPD não confere, por si só, o poder absoluto aos controladores e operadores a permissão de coleta, compartilhamento e o armazenamento indiscriminado dos dados pessoais sensíveis dos indivíduos, pois não está claro, na legislação ou nas ações das autoridades, os limites de seu tratamento e utilização. Deve-se, pois, questionar o compartilhamento de todo o prontuário médico do paciente sob o argumento da avaliação do risco da infecção da Covid-19, notadamente quando o paciente for portador de doença grave e passível de discriminação. Deve-se considerar ainda, a normatização infraconstitucional prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei 13.787/2019 que determina que os documentos oriundos da digitalização de prontuários de pacientes serão controlados por meio de sistema especializado de gerenciamento eletrônico de documentos, cujas características e requisitos serão especificados em regulamento.

Deve-se considerar que o poder da Administração Pública não pode ser ilimitado. A LGPD atribui regime próprio de proteção e segurança de dados sensíveis de saúde, tendo em vista a alta complexidade e o grau de risco envolvido com a divulgação indiscriminada dessas informações pessoais. Assim, mesmo diante de uma situação pandêmica, a urgência não pode sobrepor-se à prudência do tratamento e a garantia da privacidade das informações pessoais de saúde do indivíduo, enquanto direito fundamental. Quem controla e trata dados pessoais, notadamente os dados sensíveis de saúde, no âmbito dos princípios da LGPD, em especial quando se trata da responsabilização e prestação de contas, deve pautar-se em um sistema de segurança da informação alicerçado em boas práticas de segurança.⁴⁴

Entende-se que os dados precisam ser tratados, como especificado no artigo 5º, inciso X, da LGPD, em razão do momento excepcional de risco à saúde coletiva, mas deve-se considerar a necessidade de obediência a critérios básicos de respeito ao direito à privacidade dos sujeitos de direitos, quais sejam: a coleta do mínimo de informações necessárias, trata-se

42 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

43 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

44 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. *Guia boas práticas e governança em proteção de dados pessoais na incorporação imobiliária*. São Paulo: ABRAINC, 2020. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Guia_Abrainc_Bluz_2020_vf.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

da função estruturante do princípio “privacy by design”; a garantia da não divulgação pública dos dados desnecessários ao enfrentamento da pandemia; a garantia de adoção de medidas administrativas e técnicas para proteção dos dados de acesso não autorizados; a garantia que os dados não serão utilizados para fins de discriminação das pessoas e/ou grupos e, por fim, a segurança da responsabilização e a prestação de contas, especialmente dos entes governamentais responsáveis. Deve-se destacar que a segurança da responsabilização e a prestação de contas são princípios previstos no inciso X, do artigo 6º da LGPD, exigindo a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância, o cumprimento e a eficácia das normas de proteção de dados pessoais.

Cabe considerar que durante uma situação excepcional e de risco, como durante uma situação pandêmica, desenvolve-se terreno fértil para uma crescente utilização de tecnologias de rastreamento de pessoas, bem como de coleta de dados biológicos para contenção de doenças. Essas ações certamente podem levar a resultados positivos, como a constituição de um banco de informações a serem disponibilizado aos pesquisadores, mas também representam um grande risco para a liberdade das pessoas, tendo em vista que terão seus dados biológicos constantes em sistemas de informação, públicos ou privados.

Frazão⁴⁵ destaca que experiências históricas demonstram que governos têm utilizado a crise, em especial as crises de terror e sanitárias, para instrumentalizar interesses abscônditos e fragilizar o sistema de proteção de direitos individuais e a própria democracia. A autora continua argumentando que a estratégia seria aproveitar a apatia da população e a confusão mental das pessoas, bem como se servir da fragmentação da opinião pública e o afrouxamento dos controles institucionais para pôr em andamento ações violadoras das liberdades públicas fundamentais.

A utilização do medo e de momentos de crise para aprofundar mudança legislativa e desestruturar sistemas de direito têm sido práticas de diferentes líderes no âmbito da comunidade internacional, essas autoridades estão utilizando a declaração de pandemia mundial para reforçar seus poderes e desconfigurar democracias, ou mesmo aprofundar sistemas autocráticos e ditatoriais. Frazão⁴⁶ relata ocorrências como prisão de jornalistas, de ativistas de oposição, de trabalhadores da saúde e de todos os que se atrevem a criticar respostas oficiais ao novo Coronavírus nesses países.

A complexa relação de controle que os Estados nacionais podem exercer sobre seus cidadãos mediante o acesso a determinados dados já foi motivo de análises literárias profundas, como nas obras de Aldous Huxley⁴⁷ e George Orwell.⁴⁸ Na obra de Huxley o “Admirável mundo novo” é caracterizado como uma sociedade futura em que os indivíduos são condicionados, genética, biológica e psicologicamente a se conformarem de forma pacífica com regras sociais vigentes de um estado autoritário.

Na obra “1984”, Orwell desenvolve uma ficção que trata de um futuro da humanidade estruturado em um regime totalitário, baseado em uma guerra permanente, marcado pela coerção e limitação do pensamento, destaca a desumanização da sociedade e a ideia de

45 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

46 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

47 HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Rio de Janeiro: Globo, 1932.

48 ORWELL, George. *1984*. Trad.: Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

nivelamento dos indivíduos, como forma de eliminar pensamentos diferentes da ideologia dominante. Países como China, Taiwan e Coreia do Sul têm se utilizado de sistemas de geolocalização, via *smartphones*, para recrudescer o poder público e o cumprimento compulsório de decisões governamentais de ações durante a quarentena. No Brasil, para abordagem meramente exemplificativa, governos estaduais e municipais, atuaram no sentido de monitorar a localização das pessoas, sob o argumento de controlar de forma mais adequada e efetiva o isolamento social.⁴⁹

Almeida *et al.*⁵⁰ apontam que os governos e o mercado, sob a justificativa da dificuldade de realização de diagnóstico da infecção no âmbito da população considerada em sua generalidade, têm impulsionado iniciativas tecnológicas para o rastreamento de sintomas, contatos e deslocamentos de pessoas, como mecanismo de monitoramento e vigilância de contágio. Esse processo suscitou a análise do tipo e quantidade de danos sobre os indivíduos necessários para efetivação desse empreendimento, além disso permitiu o levantamento de questões relacionadas aos graves desafios éticos, legais e técnicos nesse processo de coleta, acesso, compartilhamento e utilização dos dados. Os autores relatam que:

A Apple e a Google recentemente firmaram uma parceria, visando garantir a interoperabilidade entre os sistemas iOS e Android, para a criação de uma ferramenta de rastreamento para a COVID-19. Segundo as empresas, as pessoas terão a opção de participar, mas não mencionam a opção de retirada de consentimento a qualquer tempo. O sistema, de acordo com especificações divulgadas, apresenta semelhanças com soluções que vêm sendo referidas como 'contact tracing' e inspiram-se, grosso modo, em implementação já operacional em Singapura e propostas em desenvolvimento na Europa como a DP-3T (*Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing*) ou o projeto PEPP-PT (*Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*), esta proposta, assim como a *Safe Paths Platform* do MIT, buscam maximizar a privacidade.⁵¹

Essas soluções ocorrem com a troca de identificadores anônimos entre telefones próximos via *bluetooth*, por meio do Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI), entre outras. Assim, quando um paciente tiver resultado positivo para o novo coronavírus, deverá fazer o registro desse fato no aplicativo, que transmitirá as informações para a autoridade de saúde responsável. Depois disso, Almeida *et al.* relatam que:

Em seguida, as pessoas com as quais teve contato nos 14 dias anteriores serão alertadas que estiveram em contato com alguém que apresentou diagnóstico positivo para a doença. Como se trata de tecnologias que ainda estão em fase de desenvolvimento e amadurecimento, há diferenças entre implementações que, com o passar do tempo, podem demonstrar ser muito significativas, como, por exemplo, já parece ser o enfoque centralizado do PEPP-PT em contraste ao descentralizado do DP-3T.⁵²

49 FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia*: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

50 ALMEIDA, Bethania de Araújo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020.

51 ALMEIDA, Bethania de Araujo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020, p. 2488.

52 ALMEIDA, Bethania de Araujo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020, p. 2488.

Desta forma, se inicialmente a preocupação era a medição do contato, posteriormente o interesse recairá na fiscalização do cumprimento do isolamento, da quarentena, do contágio, de permissões para sair e/ou frequentar lugares, dentre um emaranhado de restrições que podem ser impostas às pessoas em razão das informações produzidas. Além disso, outra questão que se pode levantar deve-se destacar a possibilidade desses dados serem utilizados e compartilhados por diferentes pessoas e instituições e nesse processo serem divulgados de forma indiscriminada, prejudicando indivíduos e/ou grupos populacionais em virtude de informações sobre condições específicas de saúde, condições socioeconômicas de pessoas, etnicidade, sexualidade e demais circunstâncias que podem gerar discriminação e exclusão social dos sujeitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre o direito à privacidade e o sigilo de dados sensíveis de caráter personalíssimo é preocupação de juristas há mais de um Século. Os norte-americanos foram os primeiros a formular o *Right to Privacy*, ou o *Right to let be alone*, batizando-o segundo a expressão muito corriqueira na América que é o *let me alone!*

O *Deixe-me em paz* ou o *Não me incomode* foi o mote para o desenvolvimento da teoria jurídica de que a privacidade e o sigilo dos dados sensíveis são bens jurídicos e que devem ser protegidos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos distinguiu em seus termos a proteção à vida privada.

Por outro lado, compreende-se que a ciência é um empreendimento coletivo, e como tal, necessita da colaboração de vários atores para a consecução de pesquisas, em especial na área da saúde que, com frequência, se utiliza de dados sensíveis para a realização de seus estudos. Nesse sentido, o uso e o compartilhamento dessas informações exigem cautela redobrada, especialmente em situações pandêmicas, em que aplicação de exceções ao sistema de proteção de direitos fundamentais é utilizada em nome da proteção da saúde coletiva.

A pandemia por Sars-Cov2 e a necessidade de contenção do vírus desencadearam entre as autoridades a tendência de flexibilizar as normas restritivas relacionadas à utilização de dados pessoais, sob a justificativa de facilitar os processos de monitoramento e acompanhamento das informações sobre o surto e a busca de tratamentos mais adequados para o grande número de infectados. Assim é que se tornou comum, ao redor do mundo, mudanças nas leis de proteção de dados realizadas às pressas, a fim de possibilitar a ação de governos e instituições envolvidas com o enfrentamento da Covid-19.

Em terras brasileiras em que há abundância de normas jurídicas, muitas delas casuísticas, para a proteção da privacidade, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a situação exige cautela redobrada. Deve-se considerar o especificado no artigo 26 da LGPD quando assevera que o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais estabelecidos no artigo 6º da LGPD.

A utilização e o compartilhamento massivo de dados pessoais, produzidos em função da pandemia além de propiciar eventual discriminação dos pacientes infectados e monitorados podem causar danos pessoais se tais informações se tornem públicas maliciosamente e sem autorização.

Não se discute que a tecnologia e a ciência avancem para tornar a vida das pessoas mais segura e que os Estados empreendam medidas sanitárias para garantir a higidez da saúde de seus nacionais. Contudo, padrões éticos e de proteção de direitos individuais mínimos devem ser observados de modo a responder a esse desafio que se impõe.

Como inexistente experiência prévia de proteção de dados pessoais no Brasil, é imperioso que o tema seja acompanhado de perto pelos estudiosos do Direito Sanitário, de modo a contribuir com essa discussão zelando pelo avanço da ciência de modo ético e responsável.

REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Report from the state legal service (Detached Department of the SLS at the Spanish DPA) on processing activities relating to the obligation for controllers from private companies and public administrations to report on workers suffering from COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017-en.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 453, de 12 de março de 2020*. Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ==>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ALMEIDA, Bethania de Araújo; DONEDA, Danilo; ICHIHARA, Maria Yury; BARRAL-NETO, Manoel; MATTA, Gustavo; RABELLO, Elaine Teixeira; GOUVEIA, Fabio Castro; BARRETO, Maurício. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020.

ALVES, Sandra Mara Campos. Os sistemas de informação de saúde no Brasil e o direito à intimidade. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília-DF, v. 3, n. 1, p. 84-93, jan./jun. 2014.

ARAGÃO, Suélyn Mattos de; SCHIOCCET, Taysa. Lei Geral de Proteção de Dados: desafios do Sistema Único de Saúde. *Reciis – Rev. Eletron. Comum. Inf. Inov. Saúde*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 692-708, jul./set. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. *Guia boas práticas e governança em proteção de dados pessoais na incorporação imobiliária*. São Paulo: ABRAIN, 2020. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Guia_Abrainc_Bluz_2020_vf.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense; 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4060/2012*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5276/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018b*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019a*. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara: PLC nº 53 de 2018a*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 17, de 2019b*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende compartilhamento dados de usuários de telefônicas com IBGE*. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>. Acesso em: 9 maio 2020.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 9., Bogotá. *Resolução 30*. Ata Final. Bogotá, 1948a. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 3., França. *Resolução nº 217 A*. França: ONU, 1948b. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 15 abr. 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*. Rio de Janeiro: Renovar; 2005.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 555-570, nov./dez. 2018.

FRAZÃO, Ana. *A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia: a MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD*. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020>. Acesso: 10 maio 2020.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. *Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei*. Brasília-DF: UNICEUB, 2019. Disponível em: https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*pdf?AID=3007. Acesso em: 10 jan. 2020.

GPA. *COVID-19 Response Repository*. 2020. Disponível em: <https://globalprivacyassembly.org/covid19/covid19-taskforce/>. Acesso em 25 jul. 2020.

GUARIENTO, Daniel Bittencourt; MARTINS, Ricardo Maffeis. Reflexos da COVID-19 na proteção de dados pessoais. *Migalhas*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/impressoes-digitais/322854/reflexos-do-covid-19-na-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 30 mar. 2020.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Rio de Janeiro: Globo, 1932.

KEINERT, Tania Margarete Mezzomo; CORTIZO, Carlos Tato. Dimensões da privacidade das informações em saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p.1-4, 2018.

LEME, Renata Salgado; BLANK, Marcelo. Lei Geral de Proteção de Dados e segurança da informação na área da saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v.9, n.3, p.210-224, jul./set. 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na lei geral de proteção de dados do Brasil? *Artigo estratégico*, n.39, p.1-14, dez. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/18). *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v.19, p.159-180, set./dez. 2018.

OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de dados brasileira na prática empresarial. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 4, n. 1, maio 2019.

OPAS. *Folha informativa – COVID-19: Escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. [atualizado em 28 de julho de 2020]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=com%20COVID%2D19%3F-,Os%20sintomas%20mais%20comuns%20da%20COVID%2D19%20s%C3%A3o%20febre%2C%20cansa%C3%A7o,das%20m%C3%A3os%20ou%20dos%20p%C3%A9s>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ORWELL, George. 1984. Trad.: Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PCPD.ORG.HK. *O uso de informações nas mídias sociais para rastrear possíveis transportadoras do COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.pcpd.org.hk/english/news_events/media_statements/press_20200226.html. Acesso em: 10 mar. 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia. Macau, a luta contra a Covid-19 no olho do furacão. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p.12-28, abr./jun. 2020.

SERASA EXPERIAN. *Pesquisa Global de Gestão de Dados*. 2020. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/85-das-empresas-declaram-que-ainda-nao-estao-prontas-para-atender-as-exigencias-da-lei-de-protacao-de-dados-pessoais-mostra-pesquisa-da-serasa-experian>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios. *Revista de Ciências Jurídica - Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019

VENTURA, Miriam; COELI, Cláudia Medina. Para além da privacidade: direito à informação na saúde, proteção de dados pessoais e governança. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 7, p. 1-4, 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

A FUNÇÃO DE AJUSTE SOCIAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: LICITAÇÕES E REGIMES FISCAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

João Marcelo Rego Magalhães

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor de Direito Administrativo na Universidade de Fortaleza. Professor de Direito Administrativo na Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza e da Universidade 7 de Setembro. Professor de cursos de extensão e aperfeiçoamento no Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Procurador do Banco Central do Brasil.

Sumário: Introdução; 1. O contrato administrativo e seu papel social (para além do econômico); 2. A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e a adequação social dos contratos ao combate à pandemia; 3. O regime fiscal extraordinário e a adequação dos contratos administrativos aos efeitos econômicos da pandemia; Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos são usualmente tratados em sua acepção puramente funcional, qual seja, de permitir a aquisição de obras públicas, bens, produtos e contratação de serviços pela Administração Pública, sempre com o foco de obter as propostas de preços mais vantajosas.

Nesse processo quase automatizado de busca pelo “preço mais vantajoso”, muitas vezes se perde de vista que os contratos administrativos são dotados de outras funções, funções atípicas, pode-se assim dizer. Estas funções já estavam consagradas no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), quando o legislador invocou a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o que levou a uma legislação de proteção, por exemplo, ao meio ambiente e às micro e pequenas empresas.

Todavia, uma série de normas surgidas neste ano de 2020 para o combate da pandemia de coronavírus (covid-19) demonstra que os contratos administrativos podem ser poderosos instrumentos de ajuste social em caso de risco coletivo e de contingências sociais relevantes e/ou extraordinários.

Este artigo se propõe a examinar 4 (quatro) normas emanadas do Congresso Nacional que se propuseram a fazer ajustes sociais para fins de combate aos efeitos da pandemia de covid-19.

A primeira delas é a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que fundamentou um verdadeiro regime extraordinário de contratações em razão da necessidade de combate aos efeitos sanitários e de saúde públicas, trazendo instrumentos e regras de exceção antes inimagináveis para gestores públicos no âmbito dos contratos administrativos.

As outras normas são a Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020 (posteriormente substituída pela Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020), a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, e a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que inauguram um complexo sistema de regime extraordinário de contratações e de ajuda fiscal a entes federativos, promovendo ajuste social nas contas públicas a fim de combater os terríveis efeitos financeiros das medidas sanitárias de combate.

A última norma traz ainda regras de contenção de gastos públicos e uma medida de apoio ao desenvolvimento local, quando dá preferência às microempresas e às empresas de pequeno porte para as contratações públicas.

2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO E SEU PAPEL SOCIAL (PARA ALÉM DO ECONÔMICO)

Para os menos versados no ambiente dos contratos administrativos, talvez seja crível que tais instrumentos estejam postos na condição de reféns da busca pela proposta mais vantajosa, como se isto fosse um fim em si. Esta perspectiva encerra apenas uma faceta do fenômeno.

Os contratos administrativos também se prestam a um papel redistributivo e de responsabilidade socioambiental, o que exsurge de modo claro quando se examina com mais vagar as disposições do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, bem como todo um subsistema de legislações e regulamentações correlatas.

Quando o art. 3º da Lei de Licitações cita “desenvolvimento nacional sustentável”, o que deve ser entendido como intenção do legislador é que nem sempre a proposta mais vantajosa será aquela que ofertar o menor preço, mas sim o “melhor preço”, considerados os aspectos de eficiência do gasto certamente, mas também de qualidade do gasto, sendo

o recurso públicos dispendido também comprometido com a melhoria da qualidade social e ambiental, da geração de empregos e do desenvolvimento das atividades de micro e pequenas empresas.

Tanto é assim, que há um verdadeiro microssistema infralegal idealizado para materializar a ideia de desenvolvimento sustentável¹, senão vejamos:

- a. Instrução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010: estabelece critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras na Administração Pública Federal;
- b. Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010: regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa;
- c. Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012: regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP;
- d. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011: regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas;
- e. Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012: estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993;
- f. Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012: estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993;
- g. Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015: regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

É possível desde logo entender que o desenvolvimento sustentável a que alude o art. 3º da Lei de Licitações é uma autêntica política pública, que importa muitas vezes em desconsiderar preços mais baixos e optar por preços melhores, ou seja, preços que sejam originados de agentes econômicos que propiciem ou favoreçam o desenvolvimento sustentável do país.

Fica exposto ainda que o desenvolvimento sustentável, que representa a busca por objetivos socioambientais e não apenas objetivos de eficiência do gasto em contratações públicas, está definido em alguns eixos temáticos, quais sejam:

- a. a proteção ambiental;
- b. a reserva de mercado em condições especiais, com a adoção de margens de preferência; e

¹ A opção foi relacionar apenas os decretos regulamentares considerados mais relevantes, a fim de evitar uma longa lista de leis ordinários e complementares, sem prejuízo do exame de algumas destas leis no correr deste estudo.

c. o apoio ao desenvolvimento das micro e pequenas empresas.

Nesse sentido, a Instrução Normativa nº 1, de 2010, da então Secretaria de Logística do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, dispõe que as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas (art. 1º) e que, para se cumprir, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade (art. 2º).

Noutro giro, cabe destacar que o Poder Executivo federal já expediu diversos decretos que regulamentam a proteção da indústria nacional por meio da adoção da técnica da margem de preferência, que consiste em aplicar, em determinado processo de aquisição, ao menor preço obtido de produto estrangeiro um percentual definido para formar um novo preço, o chamado “preço com margem”; realizada esta operação matemática, se o menor preço nacional for igual ou inferior ao preço com margem, será contratado o licitante nacional.

Como último eixo do desenvolvimento sustentável, cabe apontar o apoio ao desenvolvimento das micro e pequenas empresas, uma política pública de alto impacto no crescimento da indústria nacional e na geração de empregos. Este último eixo encontra sua disciplina básica na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no Decreto nº 8.538, de 2015.

O regime especial de tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte se estende ao âmbito das contratações públicas as micro e pequenas empresas, e pode se assim resumido:

- a. nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte; será considerado empate toda situação em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada, sendo que, na modalidade de pregão, o intervalo percentual será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço (art. 44 da Lei Complementar);
- b. nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica (art. 47 da Lei Complementar);
- c. para o cumprimento do tratamento diferenciado, a Administração Pública (art. 48 da Lei Complementar):
 1. deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
 2. poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
 3. deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte;

4. poderá estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Feitas estas considerações, fica evidente que as contratações públicas não estão sempre voltadas ao menor preço, ou seja, não há um regime de “escravidão matemática”, tendo em conta que é possível avaliar qualitativamente o preço em razão da busca de um desenvolvimento sustentável.

É justamente pela razão de que o preço deve ser o melhor para o desenvolvimento sustentável, e não apenas o menor para fins de ganhos financeiros, que várias leis e seus respectivos regulamentos vão definir margens de preferências ou critérios especiais de desempate, que permitem contratar preços maiores, mas que, pelo uso de instrumentos jurídicos, são artificialmente iguais ou menores. O que se tem aqui é a adoção de uma “ficção matemática” que atende aos anseios do desenvolvimento socioambiental e da indústria e economia nacionais.

3 A LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, E A ADEQUAÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS AO COMBATE À PANDEMIA

A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020², dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, sendo também referenciada como lei de combate ao coronavírus (LCv).

Os arts. 4º a 4º-I da Lei nº 13.979, de 2020 (doravante também referida como LCv), tratam da dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços (inclusive de serviços de engenharia) e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus³, estabelecendo ainda um regime especial de mitigação de exigências para habilitação.

Cabe mencionar ainda a inovação representada por um procedimento simplificado para o pregão eletrônico aplicável à emergência, a possibilidade do uso de registro de preços e regras especiais para os contratos decorrentes das contratações destinadas ao enfrentamento da emergência.

Desde logo cabe lembrar que a LCv não alterou o regime geral da Lei de Licitações para as contratações ordinárias futuras, o que ocorreu foi o estabelecimento de um subsistema de contratações para aquisições extraordinárias⁴ para fins de enfrentamento direto e indireto dos

2 Alterada pelas Leis nºs 14.006, 14.019, 14.022, 14.023, 14.028, 14.035 14.065, todas do ano de 2020, tendo sido ainda objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.341 e 6.347, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

3 Art. 4º *É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)*

§ 1º *A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.*

§ 3º *Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público.*

§ 3º-A. *No caso de que trata o § 3º deste artigo, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor do contrato.*

4 Caso determinado ente federativo declarou estado de calamidade ou emergência, é permitido, desde que o objeto contratado seja pertinente com a situação determinante, realizar licitações pelo regime jurídico da LCv ou nos termos previstos na Lei nº 8.666, de 1993. Portanto, obras públicas como hospitais, que se enquadrem na urgência causada pela pandemia, podem ter sua licitação dispensada nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, e não pelo art. 4º da LCv. Entretanto, hospitais de campanha não são considerados como obras, e sim como serviços de engenharia, conforme se observa do exame dos conceitos de obra e serviços contidos no art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993.

efeitos trazidos pela pandemia de coronavírus⁵.

É esse novo sistema que desempenha o papel de adequar as contratações públicas a uma nova realidade social que se impõe, no caso, o combate aos efeitos de uma ameaça sanitária de escala global⁶.

Nesse sentido, a adequação social ao novo regime sanitário impôs uma série de exceções ao tradicional regime das licitações e contratações públicas.

O regime jurídico aplicável à dispensa de licitação previsto na LCv é diferente daquele previsto da Lei nº 8.666, de 1993. A lei de combate à epidemia estabelece um subsistema jurídico aplicável às contratações emergenciais para o combate à pandemia de coronavírus, sem prejuízo de que a lei geral de licitações seja adotada como diploma normativo subsidiário.

De início, cabe registrar que o § 2º do art. 4º da LCv tratou de conferir uma relevância especial ao princípio da publicidade; a regra estabelece que

[...] todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Portanto, assim que o procedimento resultar na assinatura de um contrato, o órgão ou ente deve publicar em sua página na internet as seguintes informações (devidamente atualizadas) e ferramentas:

- a. nome do contratado;
- b. número de inscrição do contratado na Receita Federal do Brasil;
- c. prazo do contrato;
- d. valor do contrato;
- e. número do processo administrativo de contratação ou aquisição;
- f. adotar ferramenta de pesquisa de conteúdo;
- g. indicar local e instruções para comunicação com o órgão ou ente licitante.

Já o art. 4º-B da LCv estabelece que algumas condições já estão presumidas, quais sejam:

- a. ocorrência de situação de emergência;
- b. necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
- c. existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços,

5 Quando o texto do art. 4º da LCv usa a expressão “destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, a interpretação adequada, salvo melhor juízo, é no sentido de que as aquisições e contratações não devem se ater necessariamente a objetos estritamente ligados à área da saúde. Ocorre que existem bens, insumos e serviços que são contratados para o combate direto à epidemia, como é o caso daqueles ligados à área de saúde (respiradores, máscaras, testes de detecção etc.), e existem aqueles que devem ser contratados em decorrência das medidas de isolamento e quarentena (como seria o caso dos equipamentos de virtualização de salas de aula de escolas públicas e sessões de câmaras municipais). Evidentemente, devem as áreas jurídicas apresentar pareceres justificando que houve a necessidade de contratação de bens e serviços em virtude das medidas de enfrentamento e não para o “enfrentamento direto”. Não é razoável entender que neste caso o acessório não segue o principal, pois as medidas de política pública na saúde podem ser mitigadas em sua eficiência se não houver como virtualizar a atuação de serviços públicos essenciais (escolas e comitês de crise) e as atividades parlamentares.

6 A dispensa de licitação a que se refere o caput do art. 4º da LCv é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, conforme ato normativo estabelecido por cada ente federativo, observadas as regras gerais da legislação nacional e as recomendações do Ministério da Saúde

equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e
d. limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

A redação do art. 4º-B (incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020) dá a entender que a dispensa prevista no art. 4º da LCv não é um tipo autônomo de dispensa, mas um subtipo da dispensa por emergência ou calamidade pública prevista no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, tendo em conta que a LCv cuidou de estabelecer presunção para todos as condições exigidas para caracterizar a dispensa emergencial da lei geral de licitações.

A presunção estabelecida em na LCv permite que gestores não percam tempo em justificativas óbvias e atrai a aplicação da regra de interpretação contida no caput do art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Normas do Direito Brasileiro – LNDB): “*Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados*”.

Todavia, é preciso dizer que a presunção da LCv não é absoluta e o gestor não fica imune de sanção em caso de desvio de finalidade⁷.

Uma vez que a redação do art. 4º-B da LCv leva a crer que a dispensa em face da pandemia se trata de um subtipo da contratação emergencial da lei geral de licitações, seria o caso de examinar se as contratações da lei especial também devem atender ao disposto nos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993: a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço.

Por uma regra de prudência, seria adequado que contratações emergenciais com base na LCv atendessem aos requisitos previstos na lei geral de licitações, mas nada obsta que as assessorias jurídicas ofereçam parecer que justifique a não exigência das medidas do art. 26 da lei geral.

O art. 4º-C estabelece que, em caso de contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência causada pela pandemia de coronavírus, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns. Como uma medida complementar, o art. 4º-D determina que o Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato (elaboração do mapa de riscos), em linha com determinação já existente em normativo aplicável no âmbito federal⁸.

Por sua vez, o 4º-E da LCv determina que, na instrução dos processos de contratação de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência causada pela pandemia de coronavírus, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

Foi conferido destaque à estimativa de preços, tendo a LCv estabelecido um procedimento específico para a formação do preço da contratação emergencial, conforme se

7 Vide questões relativas à dispensa de licitação no Acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) nº 1130/2019 – 1ª Câmara, de 05.02.2019.

8 Dispõe o art. 20 da Instrução Normativa MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017:

Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas: I - Estudos Preliminares; II - Gerenciamento de Riscos; e III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

§ 1º As situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigem o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação, no que couber.

§ 2º Salvo o Gerenciamento de Riscos relacionado à fase de Gestão do Contrato, as etapas I e II do caput ficam dispensadas quando se tratar de:

a) contratações de serviços cujos valores se enquadram nos limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993; ou

b) contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

(...)

observa do teor do inciso VI do § 1º do art. 4º-E. A norma especial cuidou de apresentar um conjunto de parâmetros de referência para a obtenção do preço estimado da contratação.

4 O REGIME FISCAL EXTRAORDINÁRIO E A ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS AOS EFEITOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA

A Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020⁹, a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, e a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, estabeleceram um complexo regime extraordinário de contratações e de ajuda fiscal a entes federativos, promovendo ajuste social nas contas públicas, tudo com foco no combate aos efeitos econômicos das medidas adotadas por administradores públicos para o enfrentamento da pandemia.

4.1 Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020

Pelo regime extraordinário da Medida Provisória nº 961, de 2020, ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, ou seja, até 31 de dezembro de 2020:

- a. dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, até o limite de: a) para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; b) para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;
- b. pagamento antecipado¹⁰ nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço ou propicie significativa economia de recursos;
- c. aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações.

No caso de pagamento antecipado dos valores firmados nos contratos administrativos, a administração poderá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei de Licitações, a emissão de título de crédito pelo contratado, o acompanhamento da mercadoria em qualquer momento do transporte ou ainda a exigência de certificação do produto ou do fornecedor¹¹.

9 Situação atual de tramitação pode ser consultada em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141863>. Acesso em: 6 set. 2020.

10 Sobre pagamento antecipado, consultar os Acórdãos TCU nºs 3614/2013-Plenário, 334/2015-Plenário, 1565/2015-Plenário e 817/2018-Plenário.

11 Sobre pagamento antecipado, cabe ainda mencionar o teor da orientação normativa da Advocacia-Geral da União nº 37, de 13 de dezembro de 2011: "A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da lei nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras."

4.2 Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020

A seu turno, a Emenda Constitucional nº 106, de 2020, instaura regime extraordinário fiscal que visa minimizar os impactos da crise financeira causada pela pandemia nas arrecadações e receitas dos entes federativos, mais uma vez atento ao papel de transformação social que contratos e atos administrativos de gestão podem representar, especialmente em momentos extraordinários¹².

Assim, durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia¹³, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nesta Emenda Constitucional.

Com o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração, o Poder Executivo federal, no âmbito de suas competências, poderá adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes, dispensada a observância do § 1º do art. 169 da Constituição Federal na contratação de que trata o inciso IX do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, limitada a dispensa às situações de que trata o referido inciso, sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.

Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.

Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º da Emenda Constitucional nº 106, de 2020, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal¹⁴. Será dispensada ainda, durante a integralidade do exercício financeiro em que vigore a calamidade pública nacional, a observância do inciso III do *caput* do art. 167 da Constituição Federal (a chamada “regra de ouro” do direito financeiro)¹⁵.

4.3 Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020

Finalmente, a Lei Complementar nº 173, de 2020, estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000¹⁶.

12 A rigor, a fim de respeitar a boa técnica legislativa, as disposições desta Emenda, por seu caráter temporário e extraordinário, deveriam constar do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

13 Conforme o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, o prazo será até o dia 31 de dezembro de 2020.

14 Art. 195 (...)

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

15 Art. 167 São vedados:

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

16 A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

A norma traz várias disposições atinentes ao regime dos contratos administrativos, sempre tendo em vista a adequação das contas públicas e a recuperação da economia, sendo inequívoco que os instrumentos contratuais públicos (tomados em sentido amplo) foram pensados como ferramentas de obtenção de ajuste socioeconômicos em tempos de calamidade.

Como primeiro ponto a destacar, cabe dizer que a Lei Complementar em exame estabeleceu, em seu art. 4º, que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão realizar aditamento contratual que suspenda os pagamentos devidos no exercício financeiro de 2020, incluindo principal e quaisquer outros encargos, de operações de crédito interno e externo celebradas com o sistema financeiro e instituições multilaterais de crédito.

Em seguida, cabe assentar que o art. 5º da Lei Complementar destina recursos da União aos entes federativos, na forma de auxílio financeiro, para aplicação, pelos Poderes Executivos locais, em ações de enfrentamento à Covid-19 e para mitigação de seus efeitos financeiros, o que faz da seguinte forma:

- a. R\$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de reais) para ações de saúde e assistência social, sendo R\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de reais) aos Estados e ao Distrito Federal, e R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) aos Municípios;
- b. R\$ 50.000.000.000,00 (cinquenta bilhões de reais), para a generalidade das despesas de caráter geral, sendo R\$ 30.000.000.000,00 (trinta bilhões de reais) aos Estados e ao Distrito Federal, e R\$ 20.000.000.000,00 (vinte bilhões de reais) aos Municípios.

Como outro ponto de destaque, é forçoso mencionar que o § 8º do já citado art. 5º estabelece que, sem prejuízo do disposto no art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, em todas as aquisições de produtos e serviços com os recursos de que trata o inciso II do *caput* do art. 5º (os cinquenta bilhões de reais para gastos em geral), Estados e Municípios darão preferência às microempresas e às empresas de pequeno porte, seja por contratação direta ou por exigência dos contratantes para subcontratação.

Tal medida deixa comprovado de forma inequívoca que o regime extraordinário de enfrentamento da pandemia de coronavírus se utilizou dos contratos administrativos como ferramenta de indução da recuperação econômica, direcionando contratações com os recursos do auxílio financeiro federal para microempresas e empresas de pequeno porte, visando a dar forte estímulo às economias locais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sua origem, o direito administrativo e seus institutos foram idealizados a partir da visão interna do Estado, como instrumentos a servir a agentes públicos aos quais era devotada a certeza das boas intenções. Esse tempo não mais existe desde a reforma administrativo que o Ocidente viveu nas décadas de 70 e 80 do século passado.

O momento que hoje vivemos é de um direito administrativo cada vez a mais a serviço dos cidadãos, como uma espécie de garantia procedimental da teoria dos direitos humanos.

Nesse novo contexto, princípios antes consagrados como a supremacia do interesse público cederam lugar a princípios de caráter nitidamente protetivo e garantista dos direitos individuais, como é o caso da razoabilidade, da motivação, do contraditório e, notadamente, dos princípios da publicidade e da segurança jurídica; a bem da verdade, é forçoso dizer que o princípio da publicidade já se transmudou inclusive para princípio da transparência.¹⁷

17 CASSAGNE, Juan Carlos. *Os grandes princípios do direito público*. Trad.: Marly Peres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p.506-507.

Portanto, vislumbrar atos e contratos administrativos voltados a cumprir um papel conformador de direitos sociais deverá ser realidade cada vez mais comum, o que tem sido viabilidade por uma interpretação da legalidade a partir da finalidade e do interesse público, e não o contrário, pois compreender o interesse público a partir da legalidade é receita certa para um formalismo arcaico

Quando um instrumento jurídico carregado de formalismo como o contrato administrativo passa a ser regido uma nova ordem de normas – mesmo levando em conta o caráter extraordinário do tempo que vivemos –, o estudioso de direito público e de direito administrativo tem motivos para comemorar a mesma virada hermenêutica que os constitucionalistas viveram depois da Segunda Guerra mundial, um comprometimento do direito com os indivíduos e não com o Estado.

Observar as várias normas – de *status* constitucional até infralegal – que nosso ordenamento jurídico produziu para combater os efeitos sanitários, sociais e econômicos da pandemia de covid-19 é ter a certeza de que o tempo do absolutismo e do Estado capturado por interesses oligárquicos fica cada vez mais no passado, sendo definitivamente guindadas ao máximo degrau de relevâncias as aspirações e necessidades dos indivíduos, os legítimos detentores e destinatários das ações do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Os grandes princípios do direito público*. Trad.: Marly Peres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

DEFICIÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO CONSEQUÊNCIA DAS PRÁTICAS CORRUPTIVAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E AS PESSOAS MAIS POBRES COMO AS PRINCIPAIS VÍTIMAS

Caroline Fockink Ritt

Pós-doutora em Direitos Fundamentais pela PUC-RS. Doutora em Direito. Professora de Direito Penal na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS).

Sumário: 1 Introdução; 2 O direito fundamental à saúde: algumas pinceladas históricas com relação à saúde, regime jurídico na Constituição Federal de 1988 e sua relação com a dignidade humana; 3 Práticas de corrupção na prestação à saúde durante a pandemia da COVID-19 no Brasil: algumas situações publicizadas e respectivos valores desviados; 4 Consequências das práticas corruptivas na saúde durante a pandemia da COVID-19: pessoas mais pobres são as mais prejudicadas; 5 Considerações; Referências.

1 INTRODUÇÃO

À guisa de introdução, a temática da pesquisa que se apresenta tematiza as consequências negativas de práticas corruptivas na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde, especificamente durante o período de enfrentamento da pandemia da COVID-19 no Brasil.

Pretende-se demonstrar que a deficiente prestação estatal com relação ao direito fundamental à saúde acontece, não somente por causa de limitações orçamentárias, mas, em decorrência de práticas corruptivas, especificamente neste período tão especial que é o enfrentamento da pandemia da COVID-19 e de tantas complicações sanitárias.

O presente trabalho de pesquisa foi confeccionado em três tópicos. No primeiro, far-se-á abordagem do direito fundamental à saúde, trazendo alguns aspectos históricos, conceituando-o, abordando o seu regime legal no Brasil e demonstrando a relação que existe entre o direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana. No segundo tópico, tem-se o objetivo demonstrar que a deficiente prestação da saúde pública tem, dentre os seus motivos, o fato de acontecerem muitas práticas de corrupção, onde recursos são desviados e até desperdiçados. Para exemplificar, abordaremos situações que ensejaram denúncia por práticas de corrupção, especialmente no período que o Brasil enfrenta a pandemia da COVID-19, em vários estados brasileiros, publicizados por órgãos oficiais. No terceiro e último ponto, demonstra-se que as práticas corruptivas, por desviarem somas vultosas da saúde, penalizam, e muito, as pessoas carentes, os mais pobres, que precisam do sistema de saúde pública para tratamento da COVID-19.

A pesquisa se desenvolve a partir de abordagem dedutiva, com um toque de método indutivo na análise dos casos relatados, visto que apontam haver relação de causa e efeito entre corrupção com a deficiente prestação no direito fundamental à saúde. Como técnicas de pesquisa, optou-se pelo levantamento documental e bibliográfico, embasando-se a pesquisa em relatórios, julgados e textos normativos além de doutrina especializada.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ALGUMAS PINCELADAS HISTÓRICAS COM RELAÇÃO À SAÚDE, REGIME JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA RELAÇÃO COM A DIGNIDADE HUMANA

O conceito de saúde e a posição do Estado diante deste direito passaram por grandes alterações ao longo da história da humanidade. Durante muito tempo, a saúde foi concebida apenas como ausência de doenças. No decorrer do processo histórico constatou-se que este conceito negativo de saúde, de forma isolada, não é capaz de proporcionar uma vida com qualidade. Tem-se, então, uma ampliação da noção de saúde para abranger uma dimensão positiva, incumbindo ao Estado e à sociedade a tarefa de concretizar efetivamente este direito fundamental¹.

No período da industrialização, por exemplo, o conceito de saúde limitava-se somente à “ausência de doenças”. Na época, o operário não poderia ficar doente, pois, como consequência trazia a diminuição da produção industrial. Os industriários exigiam um operariado saudável. Foi somente no século XX que se rompeu com a ideia de saúde meramente curativa, sendo introduzida a ideia de prevenção. Com o segundo pós-guerra e com o desenvolvimento do Estado Social, a saúde preventiva passou a ser considerada².

1 ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 79.

2 LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 108.

A Organização Mundial da Saúde (OMS)³ traz em seu preâmbulo os princípios e os objetivos que são perseguidos pelas nações signatárias em relação ao direito fundamental à saúde, conceituando-a da seguinte forma: a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Conforme a Organização Mundial da Saúde, os Estados aderentes, dentre os quais está o Brasil, desde 1946, passam a compreender a saúde de forma ampla ao buscarem tanto a cura de doenças, como os meios eficazes de sua prevenção para o completo bem estar do ser humano, atrelada a uma melhor qualidade de vida.

Sarlet⁴ pontua que são direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência e assistência social e os direitos à vida, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, que, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional, conforme artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica, consoante seu artigo 170, caput. E, com relação ao direito à garantia de uma existência digna, no elenco dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, dentre eles está o direito à saúde.

Direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, tanto de pessoas físicas como de jurídicas, que estão contidos em dispositivos constitucionais, tendo, inclusive, a finalidade de limitar o exercício do poder estatal, diante da liberdade individual.

Nas palavras de Oliveira⁵, o direito à saúde é compreendido como um direito fundamental social, previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal, cujo objetivo é a melhoria de vida da população, por meio da prestação de políticas públicas. O autor lembra que os direitos fundamentais determinam a base da Constituição e estão em posição de destaque na ordem constitucional brasileira, vinculando todo o sistema jurídico.

O constituinte de 1988 elegeu o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, artigos 5º a 17 da Constituição Federal para acolher estes direitos invocando no que diz respeito à proteção despendida aos direitos sociais ao estabelecer um capítulo próprio para eles no Título II. Assim, foi estabelecido um amplo catálogo de direitos de cunho social que estão estampados, principalmente, no art. 6º e a eles foi estendido o regime jurídico dos direitos fundamentais.

Mas palavras de Oliveira⁶, os Direitos sociais traduzem os ideais de uma sociedade voltada à proteção dos indivíduos e à garantia de suas condições de existência. Já Sarlet⁷ lembra que além de uma significativa e abrangente, à regulamentação na esfera infraconstitucional com relação ao direito à saúde, destacam-se as leis que dispõem sobre a organização e benefícios do Sistema Único de Saúde (SUS) e o fornecimento de medicamentos.

A Constituição Federal de 1988 modifica radicalmente o panorama da saúde pública brasileira. A começar pelo art. 196, que estatui inapelavelmente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Tal dispositivo cristaliza o *princípio da universalidade*, que marca o sistema nacional público de saúde, distinguindo-o de todos os modelos constitucionais pretéritos. Vale dizer que com a Constituição Cidadã, todos os indivíduos, independentemente

3 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 305-306.

5 OLIVEIRA, Heletícia de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 15- 27.

6 OLIVEIRA, Heletícia de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 27.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 320.

de suas condições pessoais, são protegidos pelo sistema da saúde. Não é mais preciso, dessa maneira, possuir carteira assinada e contribuir para o órgão previdenciário para ter acesso às políticas sanitárias. Todo e qualquer cidadão brasileiro, inclusive estrangeiro que resida no Brasil, tem o direito de ser atendido pela rede do SUS⁸.

Em uma leitura dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, percebe-se que com relação a sua posituação, fica-se diante de normas de cunho programático (impositivo), estando enunciado que, conforme artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara, como o de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outras complicações. Da mesma forma estabelece o acesso universal e igualitário às ações e às prestações nesta esfera.

Em um segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do Sistema Único de Saúde, conforme artigo 198 oportunizando a participação, em nível complementar da iniciativa privada na prestação de assistência à saúde, artigo 199. Rocha⁹ complementa que a saúde é um direito fundamental que desfruta de todas as especificidades e garantias inerentes a esta condição fazendo parte do elenco dos direitos sociais, notadamente dos direitos sociais prestacionais, exigindo prestações fáticas ou materiais por parte do Estado.

E a relação do direito fundamental à saúde com a dignidade humana? O ordenamento constitucional brasileiro que se inspirou especialmente nas Constituições de Portugal e da Espanha, com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

Compreende-se que a dignidade da pessoa humana é inerente a qualquer ser humano considerado de forma individual, independentemente das suas condições físicas ou sociais objetivando proteger e também promover especialmente o livre desenvolvimento da personalidade humana. Rocha¹⁰ exemplifica que a dignidade humana é preservada quando o Estado se abstém de praticar algum ato que prejudique a saúde dos indivíduos, e, por outro lado, esta dignidade é promovida quando há uma atuação intensa por parte do Estado, seja na forma de elaboração de leis, como também na forma de prestações materiais que envolvam o direito fundamental à saúde.

Sarlet¹¹ pontua que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais de todas as dimensões. Sem que se reconheçam à pessoa humana os seus direitos fundamentais que lhe são inerentes, na verdade, se está negando a ela a sua própria dignidade. Assim, defende-se, na presente pesquisa, que, por meio da prestação eficiente do direito fundamental à saúde, também se está garantindo a dignidade da pessoa humana.

8 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.123-124.

9 ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 83.

10 ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 121-123.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 88-89.

3 PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NA PRESTAÇÃO À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19 NO BRASIL: ALGUMAS SITUAÇÕES PUBLICIZADAS E RESPECTIVOS VALORES DESVIADOS

No próximo ponto da presente pesquisa serão abordadas, sem pretensão e possibilidade de esgotar este assunto, algumas situações de práticas de corrupção que acontecem na área da saúde, especificamente durante a pandemia da COVID-19 no Brasil e valores que, presume-se, foram desviados da saúde pública por meio destas práticas. Acontecimentos considerados muito negativos e que contribuem para a deficiente prestação estatal com relação a este direito fundamental. Também trataremos uma breve explicação do que é o Coronavírus, para didaticamente podermos abordarmos com mais propriedade a pandemia da COVID-19.

A deficiente prestação de políticas públicas alusivas ao direito fundamental à saúde está relacionada, diretamente, às práticas corruptivas, pois, conforme analisam Catlett e Grion¹², o setor movimenta valores gigantescos e ainda é completamente suscetível a irregularidades iminentes, comprometendo a utilização dos recursos para melhorar os serviços prestados à sociedade.

São inúmeras as situações em que estão presentes as chamadas “*máfia da saúde*” que superfaturam cirurgias cobertas e garantidas pelo SUS. Situações de compra de remédios e medicação com valor superfaturado, medicação experimental e até desnecessária. Pode-se citar, também, a “*máfia dos laboratórios*” que, muitas vezes, por meio da judicialização da saúde, colocam remédios experimentais no mercado. Sem esquecer de licitações de medicações realizadas de forma fraudulenta. No Brasil, os casos de corrupção envolvendo o setor são sofisticados a ponto de utilizarem quase toda a estrutura governamental existente.

O pagamento de propina a médicos também não é novidade, tampouco é uma prática exclusiva no Brasil. Além do pagamento a médicos, existem supostos pagamentos a fiscais, subsídios desviados, licitações fraudadas, liminares judiciais utilizadas para obrigar instituições governamentais a pagar por procedimentos desnecessários¹³.

Pode-se relatar alguns casos de corrupção na saúde, sem a possibilidade de esgotar o assunto, mas para fins de exemplificação, situações devidamente apuradas e publicizadas e que acontecem em praticamente todos os estados do país. Atualmente, diante da Pandemia da COVID-19 são publicizados escândalos de corrupção, em praticamente todos os estados brasileiros.

Para examinarmos os casos de corrupção e suas consequências, antes de mais nada, necessário fazer algumas considerações com relação a doença COVID-19.

Os coronavírus são uma grande família de vírus comuns em muitas espécies diferentes de animais, incluindo camelos, gado, gatos e morcegos. Raramente, os coronavírus que infectam animais podem infectar pessoas, como exemplo do MERS-CoV e SARS-CoV. Recentemente, em dezembro de 2019, houve a transmissão de um novo coronavírus (SARS-CoV-2), o qual foi identificado em Wuhan, na China, e causou a COVID-19, sendo em seguida disseminada e transmitida pessoa a pessoa.

12 CATLETT, Cynthia; GRION, Bruno Marques. *Corrupção no setor de saúde: um grande desafio na perspectiva de três grandes países*. 2015. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2015/02/25/corruptao-no-setor-de-saude-um-grande-desafio-na-perspectiva-de-tres-grandes-paises/>. Acesso em: 03 out. 2018.

13 CATLETT, Cynthia; GRION, Bruno Marques. *Corrupção no setor de saúde: um grande desafio na perspectiva de três grandes países*. 2015. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2015/02/25/corruptao-no-setor-de-saude-um-grande-desafio-na-perspectiva-de-tres-grandes-paises/>. Acesso em: 03 out. 2018.

A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório.

Os sintomas da COVID-19 podem variar de um resfriado, a uma Síndrome Gripal-SG (presença de um quadro respiratório agudo, caracterizado por ao menos dois dos seguintes sintomas: sensação febril ou febre associada a dor de garganta, dor de cabeça, tosse, coriza) até uma pneumonia severa. Como sintomas mais comuns tem-se: tosse, febre, coriza, dor de garganta, dificuldade para respirar; perda de olfato (anosmia); alteração do paladar (ageusia), distúrbios gastrintestinais (náuseas/vômitos/diarreia), cansaço (astenia), diminuição do apetite (hiporexia), ispnéia (falta de ar). A transmissão acontece de uma pessoa doente para outra ou por contato próximo por meio de toque do aperto de mão contaminadas, gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro e objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, talheres, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc¹⁴.

Com o avanço da pandemia do Coronavírus, há um aumento no gasto estatal para tentar combater a doença. Ocorre que, em virtude de flexibilizações de regras para licitações e compras por parte de estados, municípios e união, a probabilidade de corrupção, fraudes e má alocação de recursos aumenta muito. Afinal, se com todas as regras em vigor o Brasil já registra uma alta percepção de corrupção, é previsível o que acontece sem elas.

A flexibilização das exigências segue a lógica, no sentido, de se buscar maior celeridade diante da urgência do cenário. Dessa forma, deixa-se, por exemplo, de exigir concorrência entre empresas e há maior flexibilização dos preços. E, além disso, diante do cenário da pandemia, há uma natural desmobilização da sociedade civil e menos fiscalização da imprensa, ambas mais preocupadas e pautadas com os efeitos da crise sanitária. O resultado desses fatores reunidos é a tendência de um aumento nos escândalos de corrupção na pandemia¹⁵.

Pode-se relatar alguns casos de corrupção na saúde, sem a possibilidade de esgotar o assunto, mas para fins de exemplificação, serão trazidas situações devidamente apuradas e publicizadas, e que acontecem em muitos estados do país. Cita-se, a título de exemplo, algumas operações e os valores desviados, por meio destas práticas, esquemas, verdadeiras “máfias de corrupção” enquanto o país enfrenta a pandemia da COVID-19.

No Distrito Federal, por exemplo, a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Coordenação Especial de Combate à Corrupção e ao Crime Organizado da Polícia Civil do Distrito Federal (CECOR/PCDF), em conjunto com a Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social (PRODEP) e a Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde (PROSUS), do MPDFT, deflagraram em maio de 2020 a “Operação Grabato”, com o objetivo de apurar irregularidades em contratação emergencial, via dispensa de licitação, firmada pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal (SES-DF). Há suspeita de direcionamento.

As irregularidades, que foram inicialmente detectadas pelo Ministério Público, estão relacionadas a processo iniciado durante o período de emergência sanitária em razão da pandemia de COVID-19 para contratação de empresa para gerenciamento de

14 MINISTÉRIO DA SAÚDE. *O que é COVID-19*. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 07 ago. 2020.

15 SPERANDIO, Luan. *Ideias radicais: 6 casos de corrupção em meio à pandemia*. 2020. Disponível em: <https://ideiasradicais.com.br/corruptao-em-meio-a-pandemia/>. Acesso em: 19 maio 2020.

aproximadamente 200 leitos no hospital de campanha construído no Estádio Nacional Mané Garrincha, com inauguração prevista para os próximos dias. O valor do contrato firmado é de aproximadamente R\$ 79 milhões. As análises investigatórias ainda alcançam os procedimentos de contratação de empresa para gerir as UTIs do Hospital da PMDF e de aluguel de ambulâncias, ambas relacionadas aos esforços de enfrentamento à pandemia.

A suspeita é que a empresa contratada tenha se aproveitado da situação de calamidade para, com a participação de servidores públicos, burlar as regras legais e firmar contrato com a Secretaria de Saúde causando prejuízo aos cofres públicos¹⁶.

No Maranhão, a Operação *Cobiça Fata*¹⁷, realizada pela Controladoria-Geral da União juntamente com a Polícia Federal, visa a combater supostos crimes de fraudes licitatórias e irregularidades contratuais, corrupção ativa e passiva, associação criminosa e lavagem de ativos ocorridos em São Luís, no Maranhão.

A área de investigações da CGU detectou que a Secretaria Municipal de Saúde (SEMUS) de São Luís teria contratado por dispensa de licitação, em caráter emergencial, para combate à pandemia de COVID-19, duas empresas sem capacidade técnico-operacional para fornecimento de máscaras cirúrgicas descartáveis superfaturadas. Verificou-se que uma das empresas operava em nome de “laranjas”, além de ser de “fachada”, e a outra nunca havia comercializado máscaras. Foi observado, em ambas as contratações, superfaturamento de preço de mais de 200% em relação ao valor de mercado. O prejuízo decorrente do superfaturamento calculado pela CGU pode chegar a R\$ 2.306.600,00 (dois milhões e trezentos e seis mil e seiscentos reais). Investigações adicionais da PF indicam o uso de outras empresas, pelo mesmo núcleo empresarial, para supostamente fraudar contratações também em pelo menos outros cinco municípios do Estado do Maranhão.

No Pará, a investigação que está ocorrendo durante a pandemia da COVID-19 é a da Operação *Para Bellum*¹⁸, realizada pela Controladoria-Geral da União (CGU) em parceria com a Polícia Federal (PF) e o Ministério Público Federal (MPF). O objetivo é apurar supostas irregularidades na contratação, pelo Governo do Estado do Pará, de empresa fornecedora de ventiladores pulmonares para equipar Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) destinadas ao tratamento de pacientes infectados acometidos pela COVID-19.

As investigações, iniciadas pelo MPF, apontaram que as possíveis fraudes ocorreriam desde o início do processo de seleção do fornecedor, realizado fora dos autos processuais e mediante direcionamento da contratação para a empresa vencedora. Os auditores da CGU constataram que houve montagem do processo de dispensa de licitação, além do pagamento de R\$ 25,2 milhões antes mesmo da formalização do contrato – o que corresponde à metade do valor total contratado. A empresa vencedora, cabe destacar, entregou respiradores diferentes dos previstos em contrato. Os produtos se mostraram inservíveis e tiveram que ser devolvidos.

No Amazonas ocorreu a *Operação Sangria*¹⁹, composta pela Controladoria-Geral da União

16 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Operação Grabato apura contratação emergencial firmada pela Secretaria de Saúde do DF. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/05/operacao-grabato-apura-contratacao-emergencial-firmada-pela-secretaria-de-saude-do-df>. Acesso em: 07 ago. 2020.

17 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU e PF combatem fraudes em compras de máscaras cirúrgicas em São Luís (MA). Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-e-pf-combatem-fraudes-em-compras-de-mascaras-cirurgicas-em-sao-luis-ma>. Acesso em: 07 ago. 2020.

18 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU, MPF e PF combatem irregularidades envolvendo recursos da saúde no Pará. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-mpf-e-pf-combatem-irregularidades-envolvendo-recursos-da-saude-no-para>. Acesso em: 07 ago. 2020.

19 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU, PF, MPF e RFB apuram irregularidades em compras de respiradores no Amazonas. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-pf-mpf-e-rfb-apuram-irregularidades-em-compras-de-respiradores-no-amazonas>. Acesso em: 07 ago. 2020.

(CGU), Polícia Federal (PF), Ministério Público Federal (MPF) e Receita Federal do Brasil (RFB) possui como objetivo apurar possíveis irregularidades em contratos celebrados por dispensas de licitação, em caráter emergencial, pela Secretaria de Saúde do Amazonas (SUSAM).

As investigações apontam que a SUSAM pagou R\$ 2,9 milhões a uma loja de vinhos por 28 ventiladores pulmonares destinados ao tratamento de infectados pelo novo coronavírus. Foi verificado que a aquisição foi a valores muito superiores aos de mercado, demonstrando superfaturamento e direcionamento à empresa contratada. Além disso, os equipamentos foram considerados “inadequados” para pacientes com COVID-19, segundo o Conselho Regional de Medicina do Amazonas (CREMAM).

A partir das apurações infere-se, também, à existência de uma triangulação entre fornecedores e à SUSAM no encobrimento do verdadeiro vendedor dos respiradores, onde a loja de vinhos foi escolhida sob o pretexto de ser uma importadora. Entretanto, ela não importou os equipamentos, mas comprou no mercado local, acrescentando 20% sobre o preço para revender ao Governo do Estado.

O Amazonas já recebeu cerca de R\$ 310 milhões repassados pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) em 2020. Desse valor, R\$ 80.875.854,49 (oitenta milhões e oitocentos e setenta e cinco mil e oitocentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e nove centavos) são especificamente para combate à COVID-19. A má aplicação desses recursos, em um momento tão delicado como o atual, é extremamente prejudicial para a sociedade, que já está sendo bastante afetada pelos efeitos da pandemia. No Acre, temos a notícia da *Operação Assepsia*²⁰, coordenada pela Controladoria-Geral da União (CGU) juntamente com a Polícia Federal, teve seu início em 2020, em Rio Branco, no Acre. O objetivo é combater fraudes na aquisição de máscaras e álcool em gel para enfrentamento do novo Coronavírus.

A investigação teve início no dia 07 de abril, após a Secretaria Municipal de Saúde (SEMSA) publicar homologação de dispensa de licitação para aquisição de mais de 70 mil litros de álcool gel e quase um milhão de máscaras. O valor da contratação foi de R\$ 6.993.975 (seis milhões e novecentos e noventa e três mil e novecentos e setenta e cinco reais) e a previsão era consumir o antisséptico em apenas quatro meses.

A Polícia Federal constatou indícios de montagem processual, simulação de pesquisas de preços e falsidade de assinaturas nos documentos da empresa contratada. Os fatos foram confirmados pela CGU que, em visita técnica no dia 28 de abril, encontrou indícios de simulação no procedimento de verificação do valor de mercado dos produtos a serem adquiridos. A pesquisa de preços foi realizada com três fornecedores localizados em outros estados, inclusive a empresa contratada – nenhum deles possui histórico de atuação em contratos públicos no Acre.

Os auditores da CGU também identificaram sobrepreço na aquisição do álcool em gel. A SEMSA já pagou por 32 mil litros do produto, causando um prejuízo de R\$ 1.075.200 (um milhão e setenta e cinco mil e duzentos reais). Se for realizado o pagamento do quantitativo total do contrato, o prejuízo pode chegar a R\$ 2.353.680 (dois milhões e trezentos e cinquenta e três mil e seiscentos e oitenta reais).

Os casos trazidos a título de exemplo e também os valores publicizados por órgãos ligados a segurança pública, evidenciam a gravidade de tais práticas corruptivas. São valores

20 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU e PF combatem irregularidades na Secretaria de Saúde de Rio Branco (AC). Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-e-pf-combatem-irregularidades-na-secretaria-de-saude-de-rio-branco-ac>. Acesso em: 08 ago. 2020.

vultosos desviados do direito a saúde por práticas de corrupção, ainda mais neste momento tão especial que o Brasil vive, de enfrentamento a pandemia da COVID-19.

E uma das mais nefastas consequências da corrupção, é justamente que ela penaliza as pessoas mais pobres, que além de serem as maiores vítimas da pandemia, são as que mais precisam do sistema de saúde pública, ponto que a seguir passaremos a analisar.

4 CONSEQUÊNCIAS DAS PRÁTICAS CORRUPTIVAS NA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: PESSOAS MAIS POBRES SÃO AS MAIS PREJUDICADAS

A pandemia da COVID-19 vem causando grande sofrimento nos países ricos, sobrecarregando alguns dos melhores sistemas de saúde do mundo. Atualmente, com a doença se espalhando por muitos países pobres, onde altos níveis de pobreza e desigualdade podem acelerar a contaminação, os desafios de saúde pública são ainda maiores. E no Brasil, um dos países mais desiguais do mundo, a COVID-19 já está atingindo duramente os mais pobres. Metade da população vive com uma renda média de cerca de R\$ 400 e em condições precárias de moradia, sem saneamento básico como esgoto e água potável. O Sistema Único de Saúde atende mais de 190 milhões de pessoas, sendo que 80% delas dependem exclusivamente dele para qualquer atendimento de saúde. A pandemia de coronavírus atinge a todos, mas atinge, de forma muito mais direta, as pessoas mais pobres. Para além de falta de acesso a serviços públicos de saúde, prevenir a doença também é um desafio. Por isso, a relação do coronavírus e a desigualdade na saúde acabam ficando evidentes em todos os lugares com mais pobreza²¹.

Ao mesmo tempo, tratando das práticas corruptivas, que é o tema de nosso estudo, são muitos os recursos desviados da saúde, durante a pandemia da COVID-19, conforme confirmam denúncias e casos de corrupção na saúde, que se encontram sob investigação, já publicizados no presente.

Até o mês de junho de 2020, a Polícia Federal, a Polícia Civil e o Ministério Público investigaram e ainda investigam contratos assinados para enfrentar a pandemia que chegam ao valor de R\$ 1,07 bilhão. Entretanto, o montante que foi efetivamente desviado ou superfaturado ainda está sendo investigado pelas autoridades. Além disso, houve um aumento no número de operações contra a corrupção envolvendo dinheiro público para a resposta à doença: desde abril até junho, foram deflagradas pelo menos 18 operações, em sete estados (Amapá, Distrito Federal, Pará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia e Santa Catarina). Nos casos do Rio e do Pará, as apurações atingem os governadores locais. Também há investigações apurando irregularidades em várias prefeituras, incluindo as capitais Fortaleza (CE), Recife (PE), Rio Branco (AC) e São Luís (MA)²².

O que mais preocupa, trazendo grande apreensão, diante da realidade da pandemia da COVID-19, que trouxe inúmeras restrições sanitárias e mais de 100 mil mortes em decorrência de suas complicações, são as constatações que ela penaliza, e muito, as camadas mais pobres da população.

Resultados de um estudo do *Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde, grupo da PUC-Rio*²³, confirmam que pretos e pardos morreram por COVID-19 mais do que brancos no

21 OXFAM Brasil. Coronavírus e a desigualdade na saúde. *No Dia Mundial da Saúde, Oxfam alerta para os grandes impactos que o coronavírus pode ter entre os mais pobres do país*. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/coronavirus-e-a-desigualdade-na-saude/>. Acesso em: 08 ago. 2020.

22 SHALDERS, André. 'Covidão' já atinge governos de sete Estados e valor investigado chega a R\$ 1,07 bilhão. In: *BBC News*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53038337>. Acesso em: 08 ago. 2020.

23 GRAGNANI, Juliana. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo. In: *BBC News Brasil*, Londres, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 08 ago. 2020.

Brasil. O grupo analisou a variação da taxa de letalidade da doença no Brasil de acordo com variáveis demográficas e socioeconômicas da população. Até 18 de maio, cerca de 30 mil casos de notificações de COVID-19 disponibilizados pelo Ministério da Saúde foram levados em conta. Considerando esses casos, quase 55% de pretos e pardos morreram, enquanto, entre pessoas brancas, esse valor ficou em 38%. A porcentagem foi maior entre pessoas negras do que entre brancas em todas as faixas etárias e também comparando todos os níveis de escolaridade.

Destaca o referido estudo que a doença causada pelo coronavírus no Brasil mata mais as pessoas negras e pobres. Com a evolução da epidemia no país, morreram pobres na linha de frente do tratamento à COVID-19, trabalhadores de serviços essenciais e informais, trabalhadores que não puderam deixar de trabalhar, além de pessoas pobres idosas e com comorbidades, com acesso desigual ao sistema de saúde. Este fenômeno também é percebido em outros países, como o Reino Unido e os Estados Unidos.

Não é possível deixar de frisar, à luz das palavras de Emanuelle Góes²⁴, doutora em saúde pública pela Universidade Federal da Bahia e pesquisadora do Cidacs/Fiocruz sobre desigualdades raciais e acesso a serviços de saúde, que a pandemia tem evidenciado o que vários estudos já mostravam em relação ao maior prejuízo da população pobre e negra ao acesso da saúde. A COVID-19 encontra um terreno favorável, justamente porque essas pessoas estão em um cenário de desigualdade de saúde e de precarização da vida. E, continua a referida pesquisadora que, esta realidade tem relação com o sistema em que a gente vive, com o racismo, especificamente, o racismo estrutural, pois são as pessoas negras que têm piores condições de vida.

O estudo também concluiu que, quanto maior a escolaridade, menor a letalidade da COVID-19 nos pacientes. Pessoas sem escolaridade tiveram taxas três vezes superiores (71,3%) às pessoas com nível superior (22,5%). Cruzando escolaridade com raça, então, a coisa piora: pretos e pardos sem escolaridade tiveram 80,35% de taxas de morte, contra 19,65% dos brancos com nível superior.

Paula Maçaira²⁵, pesquisadora do Departamento de Engenharia Industrial do CTC/PUC-Rio e integrante do NOIS pontua que a desigualdade social tem impacto direto nos óbitos entre os mais pobres e com menor escolaridade, ou seja, quanto mais desfavorável a situação do paciente, mais chances ele tem de falecer.

O médico sanitário e professor de saúde pública da USP, Gonzalo Vecina Neto²⁶, argumenta que os pobres são atingidos de forma *muito violenta* em relação aos *remediados* e *ricos*. Destaca que a pandemia da COVID-19 colocou o Sistema Único de saúde à prova, e na opinião dele, apesar de todos os problemas, está conseguindo responder de forma adequada. A lição muito importante que fica, é da necessidade de maior cuidados e melhoramentos com relação ao SUS.

Justamente são as pessoas mais pobres as que mais precisam do sistema de saúde pública e acabam sendo as prejudicadas quando o sistema é deficiente, quando ele não funciona de forma satisfatória, porque recursos são desviados e desperdiçados por práticas

24 GRAGNANI, Juliana. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo. In: *BBC News Brasil*, Londres, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 08 ago. 2020.

25 GRAGNANI, Juliana. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo. In: *BBC News Brasil*, Londres, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 08 ago. 2020.

26 GRAGNANI, Juliana. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo. In: *BBC News Brasil*, Londres, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 08 ago. 2020.

corruptivas na saúde. E combater a corrupção que desviam muitos recursos da saúde pública, e, de forma direta, prejudica as pessoas mais pobres, que precisam da saúde pública para enfrentar a pandemia, é uma necessidade urgente, diante das notícias e dos dados que são apresentados.

A Transparência Internacional²⁷ elaborou um *ranking* de transparência dos Estados brasileiros com as contratações emergenciais durante a pandemia da COVID-19. Segundo a avaliação, que vai de 0 a 100, o nível geral de transparência do país como um todo, avaliando-se os portais de transparência dos Estados e suas capitais, é de 49,3 pontos, o que é considerado regular. O órgão aponta que há muito a ser feito para que se atribua maior transparência às contratações emergenciais ao redor do Brasil.

Para Lilia M. Schwarcz²⁸, a corrupção é uma prática que degrada a confiança que temos uns nos outros e desagrega o espaço público, desviando recursos e direitos dos cidadãos. Ela leva ao desvirtuamento dos costumes, tornando-os imorais e antiéticos. Suas decorrências não incidem apenas nas esferas privadas; acabam por afetar, diretamente, o bem-estar dos cidadãos. O efeito é de causa e consequência. Os gastos destinados ao enriquecimento privado reduzem recursos e investimentos públicos na saúde, educação, segurança, habitação, transporte ou em programas sociais e de infraestrutura. A corrupção também fere a Constituição em outro ponto, ampliando a desigualdade econômica.

Diante da realidade brasileira, avultam escândalos relacionados à apropriação de verbas financeiras do Estado por parte de maus administradores públicos, os quais acabam por não aplicar parcelas do orçamento essenciais ao desenvolvimento de políticas públicas sociais, tendo por objetivo o enriquecimento ilícito à custa da sociedade e do Poder Público. Daí decorre a importância da observância do princípio da moralidade para o controle dos atos de todos os poderes constituídos²⁹.

O que poderia ser feito? Apesar desse cenário negativo, existem medidas que podem ser tomadas para prevenir essas irregularidades, como: efetivo controle contábil e de recursos; transparência e participação popular na formulação, execução e análise da alocação de recursos; campanhas de conscientização para que a própria população atue na fiscalização destes serviços; punição rigorosa para casos comprovados de fraude e avaliação de qualidade e de desempenho do quadro de pessoas do setor.

Na prestação do direito fundamental à saúde, o mais importante é garantir que o sistema como um todo, funcione adequadamente. Para isso é necessário institucionalizar medidas que criem uma cultura de eficiência e probidade na gestão da saúde³⁰. A maximização da eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais dependem, significativamente, da otimização do direito fundamental a uma administração que seja proba e moralmente vinculada³¹.

E, neste sentido, a argumentação de Leite³², com o qual concordamos, pontua que ainda falta à Administração Pública brasileira uma atuação mais eficiente no gerenciamento das suas políticas públicas, inclusive a da saúde, pois a eficiência, princípio constitucional

27 TRANSPARÊNCIA NACIONAL. *Ranking de transparência no combate à Covid-19*. 2020. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/#ranking>. Acesso em: 08 ago. 2020.

28 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo. Companhia das Letras, 2019, p.88-90.

29 LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 151.

30 SARLET, Ingo Wolfgang.; Saavedra, Giovanni Agostini. *Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na área da Saúde*, em *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n.1, jan./abr. 2017, Vitória, Faculdade de Direito de Vitória, p. 265.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*. Espaço Jurídico, v. 16, n.2, jul./dez. 2015, Joaçaba, Universidade do Oeste de Santa Catarina, p. 476.

32 LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 130.

explícito no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, a partir da Emenda Constitucional 19/98, tem por fim combater o desperdício, a morosidade, como também a baixa produtividade.

Há a necessidade de o Poder Público atuar como uma administração que seja mais gerencial, que seja contra as obsoletas práticas administrativas, que são características da ineficaz burocracia, por meio de uma atuação administrativa que seja moderna e eficiente, para um melhor desenvolvimento das funções públicas, especialmente na seara da realização dos direitos sociais. Como lembra o referido autor, justamente porque o princípio da eficiência impõe à Administração Pública a preservação do bem comum por meio de atividades eficazes³³.

Neste sentido, complementa o professor Ingo Sarlet³⁴ que, é fundamental o aprimoramento de acesso administrativo em busca de transparência, simplificação e obtenção de informações, bem como para que não ocorra a burocratização e se permita a tempestividade da ação administrativa. Ressalta a importância de se adotar o conceito de boa governança na seara dos serviços públicos essenciais para se alcançar uma vida com dignidade, que virá por meio da implementação eficiente dos direitos sociais.

Considerada a saúde como direito fundamental, as normas constitucionais que a ela se referem possuem eficácia plena, ou seja, fazem parte daquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, com relação aos interesses e às situações, que o legislador constituinte diretamente regulou. Na prestação da saúde, de forma direta ou indireta, deve o Estado atuar sempre com eficiência, e estar orientado, por outros princípios constitucionais e direitos fundamentais de defesa do indivíduo, principalmente com relação à garantia da dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES

Nos últimos anos, a corrupção, como realidade nacional está no centro do debate político e econômico no Brasil. Grandes operações investigativas foram capazes de apurar os valores desviados, que são de somas vultosas. O setor da saúde, neste contexto, aparece como protagonista de prática ilícitas, antiéticas, alheio ao que é considerado íntegro.

Especialmente neste período tão especial que o país atravessa, que a pandemia da COVID-19, exigindo a prestação, ainda mais eficiente e ágil do direito à saúde, são publicizados inúmeros casos de desvios de recursos destinados à saúde, que deveriam ser aplicadas de forma proba e com eficiência na gestão e combate à pandemia.

São as pessoas mais pobres as maiores vítimas da pandemia, conforme dados e motivos demonstrados. E justamente elas são também as mais prejudicadas, mais uma vez, pelas práticas corruptivas. Com a deficiência de atendimentos e precarização de estrutura necessária para os atendimentos no Sistema Único de Saúde, as pessoas mais pobres que não possuem condições para recorrer ao sistema privado, ficam sem atendimento, ou este quando é prestado, é feito de forma inadequada, devido toda a ordem de carência e deficiência do sistema de saúde pública uma vez que a corrupção na saúde, aumenta ainda mais este fosso social.

As práticas de corrupção trazem efeitos nefastos, pois ocorrem desvios de recursos que deveriam ser investidos com probidade na área da saúde. São valores vultosos que

33 LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 130.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 141-142.

acabam sendo desviados, e que, se bem investidos, iriam garantir este direito fundamental.

A área da saúde encontra-se totalmente suscetível a tais situações, especialmente neste período, onde licitações e instrumentos de controle são mitigados, diante da urgência da situação. Daí a importância da prevenção, controle e combate às práticas de corrupção na saúde, para que sejam possíveis mais recursos e investimentos que resultem em boa prestação a este direito fundamental social.

É como já apresentado, o que poderia ser feito? Filia-se à ideia de que, apesar desse cenário negativo, existem medidas que podem ser tomadas para prevenir essas irregularidades, como por exemplo, o efetivo controle contábil e de recursos, a transparência e a participação popular na formulação, execução e análise da alocação de recursos; campanhas de conscientização para que a própria população atue na fiscalização destes serviços e, principalmente, a punição rigorosa para casos comprovados de fraude e práticas corruptivas.

A corrupção deve ser combatida de forma efetiva, o sistema jurídico brasileiro possui leis penais, civis e administrativas que, se aplicadas com rigor e efetividade, irão combater as práticas de corrupção.

O campo da saúde possui carência de cuidados mais significativos do que outras áreas como também um maior engajamento, quando comparadas a outras. Onde se cuida da saúde e da vida das pessoas é onde deve estar assegurada a transparência e a ética. Garantir o direito fundamental à saúde da saúde é também garantir a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

CATLETT, Cynthia; GRION, Bruno Marques. *Corrupção no setor de saúde: um grande desafio na perspectiva de três grandes países*. 2015. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2015/02/25/corruptcao-no-setor-de-saude-um-grande-desafio-na-perspectiva-de-tres-grandes-paises/>. Acesso em: 03 out. 2018.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU e PF combatem fraudes em compras de máscaras cirúrgicas em São Luís (MA). Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-e-pf-combatem-fraudes-em-compras-de-mascaras-cirurgicas-em-sao-luis-ma>. Acesso em: 08 ago. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU e PF combatem irregularidades na Secretaria de Saúde de Rio Branco (AC). Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-e-pf-combatem-irregularidades-na-secretaria-de-saude-de-rio-branco-ac>. Acesso em: 08 ago. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU, MPF e PF combatem irregularidades envolvendo recursos da saúde no Pará. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-mpf-e-pf-combatem-irregularidades-envolvendo-recursos-da-saude-no-para>. Acesso em: 08 ago. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. CGU, PF, MPF e RFB apuram irregularidades em compras de respiradores no Amazonas. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/06/cgu-pf-mpf-e-rgb-apuram-irregularidades-em-compras-de-respiradores-no-amazonas>. Acesso em: 08 ago. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Operação Grabato apura contratação emergencial firmada pela Secretaria de Saúde do DF. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/05/operacao-grabato-apura-contratacao-emergencial-firmada-pela-secretaria-de-saude-do-df>. Acesso em: 08 ago. 2020.

GRAGNANI, Juliana. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo. In: *BBC News Brasil*, Londres, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 08 ago. 2020.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *O que é Covid 19*. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 07 ago. 2020.

OLIVEIRA, Heletícia de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 08 ago. 2020.

OXFAM Brasil. Coronavírus e a desigualdade na saúde. *No Dia Mundial da Saúde, Oxfam alerta para os grandes impactos que o coronavírus pode ter entre os mais pobres do país*. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/coronavirus-e-a-desigualdade-na-saude/>. Acesso em: 08 ago. 2020.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações”. Espaço Jurídico, v. 16, n.2, jul./dez. 2015, Joaçaba, Universidade do Oeste de Santa Catarina, p. 476.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 141-142.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang.; Saavedra, Giovani Agostini. “Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na área da Saúde”, em *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n.1, jan./abr. 2017, Vitória, Faculdade de Direito de Vitória, p. 265.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo. Companhia das Letras, 2019.

SPERANDIO, Luan. Ideias radicais: 6 casos de corrupção em meio à pandemia. 2020. Disponível em: <https://ideiasradicais.com.br/corruptcao-em-meio-a-pandemia/>. Acesso em: 19 maio 2020.

SHALDERS, André. ‘Covidão’ já atinge governos de sete Estados e valor investigado chega a R\$ 1,07 bilhão. In: *BBC News*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53038337>. Acesso em: 08 ago. 2020.

TRANSPARÊNCIA NACIONAL. *Ranking de transparência no combate à Covid-19*. 2020. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/#ranking>. Acesso em: 08 ago. 2020.

O CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM TEMPOS DE CRISE: UMA PROPOSTA DE PARÂMETROS E DIRETRIZES

Rafael Carvalho Regende Oliveira

Pós-doutor pela *Fordham University School of Law* (New York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution*. Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico.

Jéssica Accella

Mestre em Direito pela UERJ. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 O estado de necessidade administrativo e o regime jurídico extraordinário e temporário para o enfrentamento da Covid-19; 3 A responsabilização dos gestores públicos no contexto da pandemia: a cultura do medo, a MP 966/2020 e o art. 28 da LINDB; 4 O papel dos órgãos de controle em tempos de pandemia: uma proposta de parâmetros e diretrizes; 4.1 Controle pelo processo; 4.2 Controle consensual; 4.3 Controle contextual; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Não é novidade que o agente público convive permanentemente com uma situação de grave insegurança jurídica perante os órgãos de controle. É o que se tem denominado de “administração pública do medo”, realidade em que, ao invés de pautar suas decisões pelo que entende de fato ser o tecnicamente mais adequado, o gestor acabar por fazer suas escolhas de acordo com o que acredita será visto com *bons olhos* pelo controlador, diante do justo receio de ser punido, ainda que atuando de boa-fé.

Nesse contexto, vieram a bom tempo as inovações inseridas pela Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para dispor “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

No entanto, o inédito cenário atual de pandemia, causada pelo coronavírus, e todas as suas graves repercussões, têm intensificado as exigências sociais sobre o gestor para que busque um agir especialmente eficiente e dê respostas rápidas para problemas complexos e sensíveis. Inexoravelmente, acentuam-se as incertezas e inseguranças relacionadas ao controle durante e pós-Covid.

A fim de assegurar, assim, a necessária segurança para que o poder público tome decisões com um mínimo de tranquilidade em um contexto de urgência, a atividade controladora deve, notadamente, ser capaz de conferir os incentivos necessários para que sejam feitas as melhores escolhas públicas no enfrentamento da crise, em substituição a um papel notadamente repressivo e punitivo.

Iniciaremos, assim, o presente artigo pela análise do regime jurídico extraordinário e temporário editado em face do atual estado de necessidade administrativo imposto pela pandemia. Na sequência, trataremos da responsabilização dos gestores no contexto da pandemia à luz da MP 966/2020 e da propagada cultura do medo que, mesmo que não intencionalmente, tem sido imposta pelas instituições de controle.

E, por fim, como objetivo principal deste estudo, serão propostos alguns parâmetros e diretrizes balizadores da fiscalização a ser exercida principalmente pelas cortes de conta na atual conjuntura, a fim de mitigar os riscos de uma eventual e desastrosa paralisia decisória pelo poder público: a) controle pelo processo, com enfoque na verificação do atendimento às regras procedimentais, se os fatos foram levantados de forma suficiente e correta, e se a decisão não foi influenciada por considerações pouco subjetivas, concedendo-se preferência ou prerrogativa de avaliação para os órgãos administrativos competentes; b) controle consensual, orientado pela diálogo e pela propositura conjunta de soluções entre controlador e controlado; e c) controle contextual, efetivado à luz das circunstâncias reais com que o gestor tem se deparado em tempos de anormalidade, bem como das consequências pragmáticas da tomada de decisão.

2 O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVO E O REGIME JURÍDICO EXTRAORDINÁRIO E TEMPORÁRIO PARA O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Tradicionalmente, o Direito Administrativo apresenta ferramentas importantes para os momentos de crise. Em situação de anormalidade, o próprio ordenamento jurídico reconhece medidas excepcionais (legalidade extraordinária) para o atendimento do interesse público.

O “estado de necessidade”¹ no Direito Administrativo, segundo José Manuel Sérvulo Correia, constitui princípio geral de direito que condiciona a atuação administrativa em situações de vida caracterizadas pela anormalidade, devendo preencher os seguintes pressupostos:² a) perigo iminente e atual: risco de lesão ou ofensa, com caráter de urgência “que, tratando-se de situação de evolução rápida, só uma intervenção célere poderá ser eficaz na prevenção dos efeitos danosos”; b) interesse público essencial: essencialidade do interesse público tutelado que justifique a inaplicabilidade da “legalidade ordinária”; c) circunstância excepcional: realidade social anormal, revestida “de características cuja raridade não tenha permitido a sua previsão para efeito de, através de uma regra excepcional, prevenir os graves inconvenientes da sujeição à regra geral”; d) não provocada pelo agente: a situação de anormalidade não pode ter sido provocada pelo agente, tendo em vista o princípio da boa-fé; e e) adequação da inaplicabilidade da regra estabelecida: juízo sobre a instrumentalidade do afastamento das regras estabelecidas para afastamento ou atenuação do perigo iminente e atual, com o atendimento do interesse público essencial.

Em razão de circunstâncias fáticas excepcionais, que demandam atuações estatais urgentes, admite-se, no estado de necessidade administrativo, a preterição das regras que são aplicadas ordinariamente à Administração Pública, abrindo-se caminho para aplicação de uma legalidade excepcional ou alternativa. Nesse sentido, a visão rígida e tradicional sobre o princípio da legalidade, segundo a qual a Administração Pública somente poderia atuar se autorizada pela lei, sem qualquer margem de inovação – tema bastante controvertido na doutrina –, sofre mitigações para viabilizar atuações administrativas caracterizadas como urgentes, excepcionais, temporárias e proporcionais.³

O reconhecimento do estado de necessidade, contudo, não depende, necessariamente, de sua normatização, ainda que a previsão no ordenamento jurídico tenha o mérito de garantir, de forma explícita, parâmetros, não exaustivos, para atuações administrativas em situações excepcionais.

E, no cenário atual de pandemia, causada pelo novo coronavírus, indiscutivelmente, tem se justificado a adoção pela Administração Pública de medidas urgentes, necessárias -

1 No presente artigo optou-se pela expressão “estado de necessidade” para descrever a situação de grave crise que justifica a adoção de medidas excepcionais e restritivas aos direitos fundamentais, mas que decorrem da própria ordem jurídica (legalidade excepcional). Existem outros termos utilizados para fazer referência às situações emergenciais, tais como: decretos de urgência (Itália), état de siège (França); martial laws e emergency powers (países de tradição anglo-saxônica). O termo “estado de exceção”, por exemplo, é atribuído a Schmitt que, em célebre passagem, afirmou: “Soberano é aquele que decide do estado de exceção”. (SCHMITT, Carl. Teologia política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.7). De acordo com o autor, em razão da impossibilidade de definição, no ordenamento jurídico, de todas as medidas necessárias que deveriam ser adotadas em situações de exceção, caberia ao soberano decidir, por exemplo, pela suspensão temporária do ordenamento jurídico. Sobre o estado de exceção, vide também: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

2 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Revisitando o estado de necessidade*. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p.733-738.

3 Sobre os regulamentos de necessidade e a releitura do princípio da legalidade administrativa, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.62. Segundo, Juan Carlos Cassagne, a admissibilidade desses regulamentos, que não se encontram previstos expressamente no texto constitucional, é fundamentada pelo princípio da subsistência e continuidade do Estado. (CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.73, Madrid: Civitas, p.17-28).

desde o primeiro momento quando se teve conhecimento da doença e de seus graves efeitos - para conter o avanço da contaminação que coloca em risco a saúde pública.

No Brasil, as ações de vigilância epidemiológica adotadas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) encontram-se previstas na Lei 8.080/1990 que, de acordo com o art. 6º, § 2º, compreendem as “ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”. A Lei 6.259/1975, por sua vez, trata da notificação compulsória de doenças, inclusive com a previsão de isolamento e quarentena (art. 7º, I). E o descumprimento das determinações realizadas pelas autoridades poderá configurar infração sanitária, na forma da tipificação contida na Lei 6.437/1977.

Contudo, não obstante a legislação vigente já autorizasse a adoção de medidas excepcionais para garantia da saúde pública, os Entes Federados – tanto a União, como Estados e Municípios – optaram pela promulgação de normas voltadas, especificamente, ao enfrentamento da atual pandemia.

Dentre elas, destacamos aqui, inicialmente, a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (alterada pela MP 926/2020, convertida na Lei 14.035/2020), com caráter temporário, cuja vigência restringir-se-á à vigência do Decreto Legislativo 6/2020 que reconheceu o estado de calamidade pública. Apesar de diversas medidas nela elencadas já pudessem ser adotadas pela Administração Pública, com fundamento nas normas constitucionais e legais vigentes, o diploma legal em questão, desde sua publicação, teve o mérito de garantir maior segurança jurídica aos gestores públicos na adoção de medidas excepcionais, inclusive com a estipulação de limites à atuação administrativa, de forma a prevenir possíveis arbitrariedades.

Começamos por destacar, aqui, o § 1º do art. 3º que dispõe que as medidas restritivas “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.⁴ Isto é, a medida excepcional deve ser implementada no local específico em que o vírus tem incidência e perdurar apenas pelo tempo necessário à proteção da saúde pública.

Por outro lado, a fim de possibilitar a execução oportuna das ações administrativas necessárias ao enfrentamento da crise de saúde pública – que tem demandado, de forma geral, respostas estatais urgentes –, ressalte-se, do rol de medidas previstas, a instituição de normas excepcionais que garantem maior celeridade nas licitações e nas contratações diretas, com a flexibilização de algumas exigências formais, tradicionalmente previstas na Lei 8.666/1993 e na Lei 10.520/2002.

Nesse sentido, podemos destacar: a) a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública; b) a contratação, excepcionalmente, de empresa fornecedora de bens, serviços e insumos punida com declaração de inidoneidade ou com suspensão para participar de licitação ou contratar com o Poder Público, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido, afastando-se, assim, temporariamente, os

4 Além dos limites mencionados, o art. 3º, § 2º, da Lei 13.979/2020 resguarda determinados direitos às pessoas afetadas pelas medidas restritivas, como, por exemplo: a) direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento; b) direito de receberem tratamento gratuito; e c) pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, na forma do art. 3º do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto 10.212/2020. O art. 2º § 3º da Lei 13.979/2020 considera, ainda, “falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada” o período de ausência decorrente das medidas restritivas.

efeitos das sanções previstas no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/1993, com o objetivo de viabilizar a contratação pública;⁵ c) a aquisição direta de bens e a contratação direta de serviços, não se restringindo a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido; d) a presunção da situação emergencial nas contratações diretas, com dispensa de licitação;⁶ e) o procedimento simplificado para contratações relacionadas ao combate à pandemia, afastando algumas exigências formais tradicionalmente previstas na Lei 8.666/1993, inclusive aquelas direcionadas para as contratações diretas, e na Lei 10.520/2002;⁷ f) o “fast track licitatório” para o pregão, com a abreviação do rito procedimental; g) a dispensa da realização de audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 para as licitações realizadas para contratações que objetivem o enfrentamento da emergência; h) em matéria contratual, os contratos celebrados com fundamento na lei com prazo de duração de até seis meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo 6/2020, respeitados os prazos pactuados ; e i) a maior flexibilidade nas alterações unilaterais dos contratos, podendo a Administração Pública prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

Posteriormente, a MP 961/2020 fixou outras regras diferenciadas para licitações e contratações realizadas durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020, tais como: a) ampliação dos limites da dispensa de licitação prevista no art. 24, I e II, da Lei 8.666/1993; b) possibilidade de pagamentos antecipados desde que atendidas determinadas cautelas; e c) aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações.

É possível perceber, assim, o estabelecimento, pela Lei 13.979/2020, com as alterações promovidas pela Lei 14.035/2020, de um regime jurídico excepcional e temporário de contratação pública.

Mas, se, por um lado, o regime transitório confere ao gestor público espaço decisório

5 “Trata-se, na verdade, de hipótese de inexigibilidade de licitação, por ausência de competição (art. 25, I, da Lei 8.666/1993), uma vez que a empresa é a única (exclusividade absoluta) que poderia fornecer o bem ou o serviço necessário para satisfação do interesse público. A relativização temporária dos efeitos das sanções tem por objetivo viabilizar a contratação pública, pois, aplicada a legislação, nos moldes tradicionais, a Administração Pública ficaria impossibilitada de contratar o bem ou o serviço, o que, por certo, colocaria em risco a efetividade no combate à epidemia. O legislador efetivou, nesse caso, uma ponderação entre os valores envolvidos, com a relativização dos efeitos sancionatórios para viabilizar a contratação de empresas punidas durante o período de crise. Aliás, ainda que seja possível criticar a opção legislativa em comento, certo é que a eventual interpretação pela proibição da contratação, na hipótese de manutenção dos efeitos ordinários das sanções aplicadas à empresa, levaria à possível utilização de instituto administrativo mais restritivo aos direitos da empresa, qual seja, a requisição administrativa que, além da autoexecutoriedade, exige indenização apenas em momento posterior, na forma do art. 5º, XXV, da CRFB.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Fast track licitatório e pandemia: a Lei n. 13.979/2020, a MP n.961/2020 e a EC n. 106/2020*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 62, jun. 2020).

6 Presumem-se quando atendidas as condições de: a) ocorrência de situação de emergência; b) necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; c) existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e d) limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

7 A simplificação formal do procedimento de contratação, com dispensa de licitação, na presente hipótese, pode ser assim exemplificada: a) desnecessidade de elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns (art. 4º-C da Lei 13.979/2020); b) o Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato (art. 4º-D da Lei 13.979/2020); c) possibilidade de apresentação de termo de referência e projeto básico simplificados (art. 4º-E da Lei 13.979/2020); d) constatada a eventual restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do art. 7º, XXXIII, da CRFB (art. 4º-F da Lei 13.979/2020).

mais amplo e flexível, o fato de ser permitida a adoção de medidas excepcionais não significa dizer que o Poder Público tem plena liberdade para agir. Aliás, a chave da distinção entre a “discricionariedade legítima” e a “arbitrariedade proibida” reside justamente na motivação que, mais do que um requisito meramente formal, representa a justificação do ato e permite constatar se este foi fruto de um mero capricho (arbitrariedade) do administrador.⁸

3 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS GESTORES PÚBLICOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA: A CULTURA DO MEDO, A MP 966/2020 E O ART. 28 DA LINDB

Nos tempos atuais, quando se trata de gestão pública, tem prevalecido a lógica perversa do “dorme tranquilo quem indefere”.⁹ Isto é, tem sido cada vez mais corriqueiro que a atuação do agente público seja pautada pelo medo das consequências decorrentes do seu ato. Consequências, esclareça-se, especialmente relacionadas aos riscos de responsabilização pessoal do gestor, mesmo agindo de boa-fé, com todas as cautelas jurídicas necessárias e na melhor das intenções com vistas a atender o interesse público. Toma-se a decisão não porque ela seja justa, necessária, legal, recomendada pela melhor técnica, mas sim por medo de ser punido.

E não é à toa. De fato, tem-se imposto à atuação administrativa a “cultura do hipercontrole público”,¹⁰ em que prevalecem as determinações e diretrizes dos órgãos de controle em detrimento da boa gestão pública, inclusive em temas que fogem à competência própria das cortes de contas.

Se essa realidade já é grave em condições de normalidade, muito mais em um cenário como o atual, no qual as chances de cometimento de erro administrativo são maiores em face da necessária urgência decisória. Parafraseando Carlos Ari Sundfeld, como então o Estado vai cumprir seus fins? Como vai prover de modo adequado, em um ambiente de grave crise, o tão necessário serviço de saúde? Como o gestor, que é o encarregado de fazer a coisa acontecer, vai fazer tudo sem poder nada.¹¹

Tendo em vista esse contexto, enquanto, de um lado, a Lei 13.979/2020 instituiu parâmetros para a atuação administrativa excepcional em tempos de crise, a fim de conferir maior segurança jurídica aos gestores, de outro, a (polêmica) MP 966, de 13 de maio de 2020, passou a dispor sobre os critérios de responsabilização de agentes públicos em razão de atos relacionados com a pandemia da COVID-19.

Nesse sentido, passou a estabelecer que o agente público apenas poderá ser responsabilizado civil e administrativamente pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento da pandemia ou de combate aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes se agir ou se omitir com *dolo* ou *erro grosseiro*, considerado, como tal, “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (art. 2º da MP 966/2020).

8 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa*. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: CGPJ-Centro de Documentación Judicial, 2003, p. 73.

9 Trata-se de expressão criada por Marcos Juruena Villela Souto. Sobre o tema: MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O medo e o Ato Administrativo*. Revista Colunistas – Direito do Estado, n. 289, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 02 set. 2020.

10 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018, p.45-46.

11 SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-quebra-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

Fruto de muito debate – tanto acadêmico como nos meios de comunicação –, não demorou muito, a MP chegou ao STF, que analisou a constitucionalidade da norma por força de sete ADINs,¹² nas quais sustentou-se que esses critérios poderiam implicar a anistia ou o salvo-conduto a toda e qualquer atuação estatal desprovida de dolo ou erro grosseiro.

A Suprema Corte, porém, manteve a validade da norma, promovendo interpretação conforme à Constituição de forma a delimitar os critérios para a responsabilização, notadamente no que diz respeito à configuração de *erro grosseiro*:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.¹³

De fato, consolidando os debates que culminaram na edição da Lei 13.655/2018 - a qual inseriu dez novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que estabelecem balizas interpretativas e processuais para o direito público -, notadamente no que diz respeito ao art. 28 da referida norma,¹⁴ regulado pelo art. 12 do Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019,¹⁵ a MP 966/2020, em verdade, procurou delimitar o controle a ser exercido sobre a atuação técnica do administrador de boa-fé, com vistas a conferir maior eficiência e segurança jurídica e, conseqüentemente, conter a paralisia público-decisória em um cenário como o atual, no qual se exigem respostas públicas ao mesmo tempo

12 As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 6421), pelo Cidadania (ADI 6422), pelo Partido Socialismo e Liberdade (ADI 6424), pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6425), pela Associação Brasileira de Imprensa (ADI 6427), pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6428) e pelo Partido Verde (6431). Informações disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788>. Acesso em: 03 set. 2020.

13 ADI 6421 MC/DF, ADI 6422 MC/DF, ADI 6424 MC/DF, ADI 6425 MC/DF, ADI 6427 MC/DF, ADI 6428 MC/DF e ADI 6431 MC/DF. Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020, Informativo de Jurisprudência do STF 978.

14 Na mesma linha do disposto na MP 966, o art. 28 da LINDB estabelece que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” Conforme sustentamos em outra oportunidade, não vislumbramos ofensa ao art. 37, § 6.º, da CRFB, pois cabe ao legislador ordinário estabelecer a gradação da culpa para fins de responsabilização pessoal. Aliás, não seria a primeira restrição fixada pelo legislador infraconstitucional na configuração da responsabilidade pessoal e subjetiva de agentes públicos. Mencione-se, por exemplo, a responsabilidade dos magistrados (art. 143 do CPC/2015 e art. 49 da LC 35/1979) e dos membros do MP (art. 181 do CPC/2015) que está, tradicionalmente, condicionada à comprovação do dolo ou fraude. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Método, 2020, p. 769).

15 “Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções. §1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. §2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro. §3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público. §4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público. §5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo. §6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes. §7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo. §8º O disposto neste artigo não exige o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.”

sensíveis e urgentes (e, sem dúvidas, mais suscetíveis a erros).¹⁶

Do contrário, como afirmam Gustavo Binembojm e André Cyrino, “além de se negar a falibilidade humana (*errare humanum est*), estar-se-ia inibindo a tentativa de novas práticas administrativas. E aqui está, talvez, a maior virtude do dispositivo: criar um ambiente propício à inventividade, cuidando de gestores e técnicos que buscam inovar os meios de gestão pública. Se suas tentativas de inovação não forem bem-sucedidas, eles apenas responderão por dolo ou erro grosseiro.”¹⁷

Registre-se que, não obstante a MP não tenha sido convertida em lei, tendo perdido validade em 10 de setembro de 2020, entendemos que, ao lado dos efeitos já produzidos enquanto esteve em vigor, o intuito primordial da norma permanece. Isso porque, como dito, ela reproduziu, em grande parte, o conteúdo do art. 28 da LINDB, bem como do art. 12 do Decreto 9.830/2019, no sentido de estabelecer os mesmos critérios de responsabilização pessoal do agente público.

O saldo da MP 966/2020, assim, tende a ser positivo: reforça a deferência a que o bom gestor faz jus – movimento normativo, como mencionado, iniciado em 2017 com as referidas alterações inseridas na LINDB –, conferindo-lhe a necessária tranquilidade para fazer escolhas difíceis e bem gerir a coisa pública, sem medo de ser responsabilizado injustamente pelo tão temido controle.

4 O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA PROPOSTA DE PARÂMETROS E DIRETRIZES

Conforme destacado anteriormente, para que os órgãos de controle exerçam adequadamente seu papel institucional, tem se mostrado indispensável a mitigação da cultura do medo, dando-se os incentivos necessários para que a administração pública recupere a capacidade de tomar decisões com um mínimo de tranquilidade em um contexto de inevitável insegurança, urgência e incertezas.

Assim como a Administração é fiscalizada com vistas à contenção da ilegalidade, também devem ser reprimidos os excessos do controlador. Nesse desiderato, coerência, cautela e adequação são requisitos minimamente necessários para que o controle não acabe por representar um entrave às tão necessárias medidas humanitárias.

Diante disso, procuraremos sistematizar a seguir alguns parâmetros e diretrizes que possam tornar mais claro até que ponto o controle externo exercido pelas cortes de contas nos tempos atuais será legítimo e não ultrapassará seu âmbito próprio de atuação.

16 A respeito do contexto de edição da Lei 13.655/2018, Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira elucidam que “Parâmetros de segurança jurídica em uma perspectiva geral, e de previsibilidade e estabilidade jurídica, sob ângulo mais específico, são exigidos da atuação do Estado de Direito, em quaisquer de suas manifestações decisórias. Por essas razões, a Lei 13.655/2018, em resposta ao compromisso do Estado legislador com seu dever constitucional de realização dos direitos fundamentais, promoveu inovações na LINDB, com o objetivo de construir estrutura decisória do Estado (órgãos administrativos, controladores e jurisdicionais) coerente e consistente com a tutela da racionalidade, legitimidade e institucionalidade nos processos de tomada de decisão.” (MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.248, nov. 2018)

17 Os autores esclarecem, ainda, que “o erro grosseiro, para fins de responsabilização, não afasta a ocorrência de culpa. Na verdade, estão abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves – ou gravíssimas.” (BINENBOJIM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.213, nov. 2018).

4.1 Controle pelo processo

Como visto, os novos diplomas editados no contexto da pandemia conferiram ao gestor público maior flexibilidade no gasto público e maior espaço de conformação, “onde as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto.”¹⁸

Por outro lado, como também adiantamos acima, isso não implica absoluta liberdade decisória ou ausência do dever de motivação. Ao contrário, a ampliação do espaço de discricionariedade demanda, em contrapartida, o reforço do ônus argumentativo da Administração, criando-se, com isso, um espaço de “legitimação discursiva” e “de contraponto e complemento” das escolhas administrativas em tempos de crise.¹⁹

Nessa linha já se posicionou o Supremo Tribunal de Justiça, que, no Mandado de Segurança n. 9.944-DF, entendeu que:

1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I e p. 1o da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato. 2. (...). 3. Segurança parcialmente concedido, para declarar a nulidade do ato administrativo.²⁰

E, nesse contexto, insere-se o controle a ser exercido sobre as medidas públicas de enfrentamento à pandemia. Sob um enfoque jurídico-funcional, se, de um lado, em um Estado Democrático de Direito, são inafastáveis o controle, a fiscalização e a coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos, de outro, exige-se uma distribuição de tarefas e responsabilidades ‘funcionalmente adequada’, limitando-se os âmbitos próprios de cada esfera de poder de acordo com as respectivas capacidades institucionais.

A esse respeito, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule demonstraram a importância da inserção das considerações institucionais no debate da interpretação das normas jurídicas, especialmente de duas questões normalmente negligenciadas: a) capacidades institucionais: ao invés da discussão sobre a melhor interpretação do texto legal, a interpretação deve levar em consideração as capacidades e as limitações das diversas instituições no papel interpretativo; e b) efeitos dinâmicos: o intérprete não pode desconsiderar as consequências da sua atividade para os atos públicos e privados.²¹

Em um cenário como o atual, essa dicotomia (controle x autocontenção) fica ainda mais aprofundada, na medida em que se potencializa a necessidade de que os gestores públicos tomem uma série de decisões sensíveis e impactantes em um lapso temporal muito curto. As ações do governo têm liberado grande volume de dinheiro público tanto para compra de equipamentos para saúde, como para apoio a programas sociais. Difícil, portanto, sustentar qual seria, em cada caso, a escolha mais correta.

18 KRELL, Andreas J.. Discricionariedade Administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5a Região*, n. 8, dez. 2004, p.181.

19 BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, 96, 2010, p. 15.

20 STJ, Mandado de Segurança 9.944-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.5.2005, DJ 13.6.2005.

21 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Working Papers, *Chicago Law School*, n. 156, jul. 2002, p. 2. Sobre o tema, vide, ainda: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 10, n. 39, out./dez. 2012, Belo Horizonte.

Nessa medida, ganha ainda mais relevância, para fins de controle, o dever de motivação dos agentes públicos quanto à escolha efetuada dentre outras possíveis soluções, cuja legitimidade dependerá notadamente da demonstração do processo prévio de análise acerca do impacto e da necessidade e adequação da medida.

Ou seja, tendo em vista que, muitas vezes, não terá o controlador a visão ampla das consequências sistêmicas da decisão e a expertise técnica próprias do gestor público responsável pela medida (em geral, de urgência), e, conseqüentemente, a capacidade institucional necessária para ingerir no conteúdo propriamente dito das difíceis escolhas efetuadas no atual cenário, caberá realizar um controle de natureza notadamente procedimental, verificando-se a regularidade do caminho percorrido pela Administração para se chegar à decisão final, com base nos standards estabelecidos pela nova ordem legal.

Um exemplo pode esclarecer o ponto. Suponha-se que um determinado Estado da Federação decida contratar equipamento indispensável ao tratamento da doença, sendo que a única fornecedora do bem fora declarada impedida de contratar com o poder público em razão de infração administrativa cometida no passado. Nos termos do art. 4, § 3º, da Lei 13.979/2020, essa contratação é excepcionalmente possível, devendo, logicamente, ser justificada a necessidade da compra para o objetivo de saúde pública pretendido, bem como demonstrada a inexistência de possíveis fornecedoras concorrentes e que o valor contratado é compatível com os valores de mercado.

Nesse caso, portanto, verificando-se a razoabilidade dos motivos que ensejaram a contratação e que foi observado o devido processo administrativo, não parece cabível a ingerência dos órgãos de controle sobre as escolhas técnicas, quando razoáveis e não contrariarem claramente a legislação, feitas pela Administração, como, por exemplo, se o equipamento adquirido seria o mais adequado para o tratamento em questão.

O que se propõe, assim, a partir de uma distribuição de tarefas e responsabilidades 'funcionalmente adequada' e considerando-se a atual realidade, é que o controle dê maior enfoque à verificação do atendimento às regras procedimentais, se os fatos foram levantados de forma suficiente e correta, e se a decisão não foi influenciada por considerações pouco subjetivas, concedendo-se preferência ou prerrogativa de avaliação para os órgãos administrativos competentes.

Afinal, a complexidade, o incremento do risco, a velocidade da informação, entre outros fatores típicos do atual momento, demonstram que nem sempre será recomendável que os entes e órgãos de controle sobreponham seus próprios juízos a propósito da adequação das condutas da Administração.²²

4.2 Controle consensual

Apesar de crises sanitárias não serem uma novidade na história da humanidade,²³

22 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 08 set. 2020.

23 Em outra oportunidade, afirmamos: "Lembre-se, por exemplo, da Revolta da Vacina, ocorrida, em 1904, no Rio de Janeiro, capital do Brasil à época. No governo do presidente Rodrigues Alves, o Rio de Janeiro recebeu intensas transformações urbanas, implementadas pelo prefeito Pereira Passos, bem como adotou medidas extremas de higienização e limpeza urbana por intermédio do médico sanitário Oswaldo Cruz, Diretor-Geral de Saúde Pública (DGSP), com o objetivo de combater a febre amarela, tuberculose, peste bubônica, tuberculose, varíola, entre outras doenças que arruinavam a saúde pública, com reflexos negativos, também, na economia. Em 2009, a influenza pandêmica (H1N1) H1N1, conhecida como gripe suína, afetou mais de 100 países, incluído o Brasil. Em 2010, foi elaborado o Plano Brasileiro de Preparação para Enfrentamento de uma Pandemia de Influenza e a adoção de medidas preventivas e repressivas para garantia de saúde pública. Recentemente, no combate à epidemia da dengue, alguns entes da Federação adotaram medidas de poder de polícia para garantia da saúde pública. Destaca-se, nesse ponto, a Lei 13.301/2016 que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde, inclusive o ingresso forçado em imóveis, quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika". (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Estado de necessidade administrativo: novo coronavírus e os remédios do Direito*. CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Org.). *Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19 no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.452-453).

a atual realidade que estamos enfrentando tem revelado proporções inéditas e incontáveis incertezas futuras, o que dificulta ainda mais a vida do gestor no momento de fazer as escolhas “corretas”. Não encontra respostas na experiência passada e tem de fazer um exercício de futurologia para calcular os impactos das medidas tomadas hoje.

Por essa razão, é imprescindível o somatório de esforços na busca das melhores soluções para o enfrentamento da crise: sociedade, poder público, setor privado e, sem dúvida, os agentes de controle. Com isso, ao invés de uma atuação impositiva, unilateral e verticalizada, torna-se muito mais relevante que as cortes de contas assumam um papel especialmente colaborativo e concertado, com enfoque no diálogo institucional e na propositura conjunta de soluções.²⁴

Isso porque um sistema de cooperação, no qual o controlador caminhe ao lado do gestor e aponte as melhores direções para o gasto público, tende a ser mais eficiente e racional para o atendimento das urgentes necessidades sociais do que um modelo meramente coercitivo, no qual prevalece a análise retrospectiva da legalidade e legitimidade das medidas já implementadas e cujos efeitos normalmente já se esgotaram.

Afinal, na linha indicada por Floriano e Rafael Vêras, “a sanção administrativa não deve possuir um caráter redistributivo, mas, sim, instrumental.”²⁵ Nesse sentido, os objetivos principais das sanções seriam dissuadir a conduta do administrado e conformá-la à determinada pauta regulatória (regulação responsiva), evitando-se, assim, o punitivismo que representaria uma forma custosa e pouco eficiente de disciplina das condutas.

De fato, o momento é de aprendizado. Verifica-se que a crise abriu espaço para uma espécie de experimentalismo jurídico, com a instituição de uma legalidade extraordinária para o enfrentamento da crise na saúde pública. No futuro, ultrapassado o momento de crise, revela-se conveniente a análise dos pontos positivos e negativos das referidas normas excepcionais, inclusive para nortear o aprimoramento da legislação aplicável às contratações públicas em situação de normalidade.²⁶

Assim, como bem destacado por Anderson Pedra e Gabriela Pércio, “elaborar orientações formais relacionadas à motivação de atos; estabelecer e publicar diretrizes para a atuação dos agentes controladores; evitar declarações que, colateralmente, impinjam medo aos gestores”, são algumas das condutas que podem ser adotadas com o objetivo de minimizar consequências negativas.²⁷ O papel pedagógico das cortes de contas pode ser concretizado, ainda, por meio do incentivo ao processo de consulta, estabelecido no art. 1º, XVII da Lei 8.443/1992,²⁸ por meio da simplificação dos ritos previstos a partir da redução de prazos e formalidades.

24 Como afirmamos em outra oportunidade: “A intensificação da consensualidade no Direito Público Sancionador pode ser justificada a partir da necessidade de efetivação do princípio da eficiência, uma vez que a celebração do acordo acarretaria a substituição da busca incerta da penalização na via administrativa ou judicial pela imediata adoção de comportamento por parte do infrator, em consonância com as finalidades públicas delimitadas pelo ordenamento jurídico e identificadas a partir da interpretação dos órgãos e entidades responsáveis pela investigação. A incerteza quanto aos resultados e os custos inerentes à investigação estatal são reduzidos na celebração do acordo.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A consensualidade no Direito Público Sancionador e os acordos nas ações de improbidade administrativa. *Revista Forense*, v. 427, 2018, p. 206).

25 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 08 set. 2020.

26 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Fast track licitatório e pandemia: a Lei n. 13.979/2020, a MP n.961/2020 e a EC n. 106/2020*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n.222, p. 65, jun. 2020.

27 PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. *Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 19, jun. 2020.

28 “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: (...) XVII – decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.”

Nessa linha, o art. 13, § 1º do Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta os arts. 20 ao 30 da LINDB, dispõe que “a atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”. O art. 11 do referido Decreto prevê, ainda, a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de gestão (TAG) entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

A título de exemplo, vale mencionar a louvável iniciativa do Tribunal de Contas do estado do Mato Grosso do Sul, que elaborou cartilha com vistas a orientar a realização das contratações emergenciais decorrentes da pandemia, criando-se “um canal de natureza pedagógica para sanar dúvidas dos gestores públicos neste período”.²⁹

Nessa mesma linha, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem apresentado iniciativas que igualmente parecem demonstrar a atenção que vem sendo dada à natureza excepcional do momento e às suas consequências sobre a fiscalização das contratações administrativas, já tendo sido inclusive admitido publicamente que o controle não pode ser um obstáculo ao atendimento das atuais necessidades públicas.³⁰

Segundo essa diretriz, o TCU criou o programa *Coopera – Programa especial de atuação no enfrentamento à crise da Covid-19*, “com o objetivo de contribuir para a legitimidade dos atos e para a segurança dos gestores na tomada de decisão, bem como dar *transparência* à sociedade sobre a destinação do dinheiro público”,³¹ e no qual já foram instaurados 29 processos de monitoramento para acompanhar as ações governamentais durante a pandemia.³²

A Corte vem apoiando, ainda, por meio de troca de informações, a fiscalização realizada pela “Comissão Mista Covid-19”, criada por meio do Decreto Legislativo 6/2020 (reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública) e composta por 6 deputados e 6 senadores para acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde.

Como bem explicitado por Egon Bockman e Paula Pessoa:

Hoje, vivemos situação jurídica de interdependência, cooperação e convivência entre os ditos poderes do Estado. Isso importa dizer que os órgãos decisórios (todos eles), no contexto normativo que conforma as democracias constitucionais contemporâneas, devem trabalhar a partir da premissa de tutela da continuidade da ordem jurídica, em sentido amplo.³³

29 Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/noticias/detalhes/5813/cartilha-do-tce-ms-orienta-contratacao-emergencial-pela-pandemia>. Acesso em: 03 set. 2020.

30 Segundo o presidente do TCU, José Múcio Monteiro, o período atual é de “exceção” e os gastos do governo neste momento precisam ser acompanhados de perto, mas com olhar de “emergência”: “Estamos diante de uma pandemia, onde atraso de quatro ou cinco dias na compra de um equipamento, morre uma pessoa. Então, o nosso lado ortodoxo tem de dar margem ao nosso lado humanitário.” Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/com-coronavirus-tcu-e-agu-flexibilizam-controles/>. Acesso em: 05 set. 2020.

31 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-lanca-o-coopera-programa-especial-de-atuacao-no-enfrentamento-a-crise-da-covid-19.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

32 Segundo o secretário-geral de controle externo do Tribunal, o programa se baseia em três premissas fundamentais: “A primeira, de que essas ações teriam que auxiliar o gestor e não apenas fiscalizá-lo, tentando trazer segurança jurídica para quem se vê premido pela tomada de uma decisão rápida e nem sempre tem todos os instrumentos para fazê-lo; a segunda premissa é de que a execução dessas tarefas fosse majoritariamente de forma remota; e a terceira, de que demandássemos aos gestores o mínimo possível, de forma a não atrapalharmos a sua gestão nesse momento de emergência”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-apresenta-ao-congresso-nacional-aco-es-de-controle-em-periodo-de-pandemia.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

33 MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 245, nov. 2018.

Por outro lado, ao mesmo tempo que a consensualidade tende a aproximar controlador e controlado, há que se ter cautela para que o acompanhamento não cause interferências indevidas e burocratização irrazoável no processo administrativo-decisório por meio de demandas excessivas que acabem por sobrecarregar a Administração, desviando-a de um de seus papéis mais essenciais na atualidade: promover as medidas de saúde pública necessárias no combate ao vírus, bem como as medidas de combate aos graves efeitos econômicos e sociais. Afinal, como precisamente pontuou o professor Carlos Ari Sunfeld, “toda demanda do controle é interferência e oneração”.³⁴

4.3 Controle contextual

O terceiro e último parâmetro que aqui propomos consiste na efetivação de um controle deferente ao primado da realidade, isto é, o controle feito à luz das incontáveis incertezas e dificuldades reais com que o gestor tem se deparado na tomada de decisão em tempos de anormalidade.

É inevitável que, quando afastado no tempo e já em um cenário futuro de “normalidade”, o controle retrospectivo tenha dificuldades em capturar todas as circunstâncias práticas presentes, o que pode ensejar uma errônea percepção quanto ao acerto (ou não) das medidas e ações tomadas.

Aliás, conforme preconiza expressamente a LINDB, após as alterações introduzidas pela Lei 13.655/2018, “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (art. 22). Ainda, “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (art. 22, § 1º).³⁵

Por essa razão, apesar de impor uma estrutura mais complexa, é recomendável que, na maior medida possível, seja intensificado o controle concomitante,³⁶ isto é, aquele que acompanha a prática do ato (notadamente de forma consensual, como proposto no tópico acima), de forma que o controlador não se aparte do contexto envolvido. Até mesmo porque, quando verificado o ato *a posteriori*, em geral, já terá se consolidado a eventual irregularidade lesiva ao erário.

A esse respeito, é preciso o ensinamento de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

O exercício do poder extroverso estatal tem se desenvolvido por meio de uma interpretação estática, sobretudo pelo seu viés repressivo. Dito em outros termos, os controladores levaram adiante processos administrativos sancionadores, com base nos seus próprios juízos a propósito da adequação das condutas de administradores públicos e dos particulares. Juízos que, em razão da morosidade própria à burocracia, são formados sempre retrospectivamente,

34 SUNDFELD, Carlos Ari. *O controle como burocracia*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/o-control-publico-como-burocracia-28112018>. Acesso em: 09 set. 2020.

35 Conteúdo semelhante é encontrado no art. 8º, *caput* e § 1º do Decreto 9.830/2019.

36 Como diferenciam Anderson Pedra e Gabriela Pércio, “O controle da administração pública pode ser exercido em alguns momentos. O *controle prévio* ou *preventivo* é aquele exercido antes do ato administrativo se consumar, enquanto o *controle posterior* ou *corretivo* é praticamente uma conferência (revisão) do ato já consumado. Uma análise do que já foi realizado. Já o *controle concomitante* é aquele que ocorre durante a prática do ato, é o acompanhamento da situação administrativa. (PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. *Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 21, jun. 2020).

muitas vezes, anos após a conduta. O distanciamento temporal, contudo, turva a avaliação, propicia o seu enviesamento. Oblitera circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle.³⁷

Importante atentar, ainda, que, também no bojo das alterações inseridas pela referida Lei 13.655/2018, o art. 21 da LINDB veio a consagrar, no ordenamento jurídico brasileiro, o pragmatismo jurídico como ferramenta de interpretação e aplicação das normas jurídicas e balizadora do processo de tomada de decisão, tanto na esfera administrativa como controladora. Estabelece, que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa “deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas”.

Sendo assim, ao prestigiar o contexto e ponderar as consequências, o pragmatismo impõe, tanto no âmbito do processo administrativo-decisório quanto no do respectivo controle, que a aplicação do direito seja conectada aos fatos e conformada à realidade com o objetivo de se assegurar a justiça e a equidade.

Nesse sentido, ao fazer escolhas difíceis, cumpre ao gestor público ponderar (ao lado dos princípios que devem nortear toda atuação administrativa) as consequências sociais e econômicas da decisão, lançando mão de argumentos pragmáticos indissociáveis da atual realidade.

Por outro lado, ao efetivar a fiscalização dos atos praticados, o controlador tampouco poderá se afastar do contexto fático que os embasaram e dos resultados que o poder público pretende legitimamente promover.³⁸ A esse respeito, é pertinente a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto quando afirma que “o controle pelo controle acaba por se afastar do compromisso com seus efeitos, com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar”, fazendo com que o controlador tenha enormes poderes, mas nenhuma responsabilidade pela ineficácia da atividade-fim.³⁹

Nessa linha, o TCU tem realizado uma série de auditorias a fim de avaliar a regularidade das medidas que vem sendo tomadas pelos órgãos federais no enfrentamento da crise. No âmbito do Acórdão 1.888/2020, por exemplo, foi analisada a governança atual do Ministério da Saúde no combate à crise, bem com a execução das despesas públicas a ela relacionadas. No julgado, o TCU concluiu que tem havido baixa execução do orçamento aprovado para ações relacionadas à pandemia, com gastos de apenas 30% do valor recebido, e falta definição objetiva de critérios para transferência de recursos. Segundo o tribunal, haveria, ainda, superposição de funções, não definição de competências e falta de transparência, tendo sido dado o prazo de 15 dias para o MS adotar providências na melhoria dos processos.⁴⁰

37 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 08 set. 2020.

38 Vale frisar que “O resultado destaca-se como um novo paradigma do direito administrativo: a legitimidade da ação estatal não se resume ao respeito dos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados delimitados pelo texto constitucional.⁷¹ A relativização do formalismo (formalismo moderado) é justificada pelos resultados alcançados. Daí o termo “legalidade finalística” para destacar que a legalidade é um instrumento vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais e não apenas uma exigência formal (procedimental) relacionada à atuação estatal. A validade (e legitimidade) dos atos públicos depende da satisfação dos direitos fundamentais.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 153, jan./abr. 2011).

39 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Nova organização administrativa brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.221. É importante ressaltar, porém, que não se pretende afirmar que o pragmatismo seja o único meio de interpretação do ordenamento jurídico, mas, sem dúvida, representa uma importante ferramenta para se compatibilizar as normas com a realidade. Da mesma forma, o fato de o pragmatismo propor a interpretação comprometida com o contexto e com as consequências não significa, por certo, que o intérprete tenha que desconsiderar os valores consagrados na Constituição. A interpretação do direito administrativo deve levar em consideração os valores constitucionais conflitantes, mas, por certo, as consequências serão utilizadas como critérios justificadores para prevalência de determinado valor na solução do caso concreto.

40 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-a-governanca-do-ministerio-da-saude-no-combate-a-pandemia.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

Portanto, é recomendável que o órgão de controle consiga se colocar no mesmo momento da decisão administrativa, “ombreado-se ao gestor público” para verificar, à luz do ambiente decisório de crise e todas as circunstâncias que o influenciam, a (i)legitimidade da decisão”.⁴¹

Para concluir, importante pontuar que não se pretendeu, de forma alguma, defender neste estudo uma restrição ao controle externo da Administração, fundamental que é para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito e seu sistema de freios e contrapesos. O que se pretende, em realidade, é propor parâmetros e diretrizes que balizem a atuação dos controladores de forma que não haja uma indevida transferência do poder decisório da Administração e que as cortes de contas sobreponham suas meras preferências, sobretudo em um cenário inédito de crise e incertezas.

Justamente, como dispõe o art. 13 do Decreto 9.830/2019, “a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o presente artigo buscou demonstrar, em face do atual cenário de pandemia e, conseqüentemente, de intensificação das incertezas impostas aos gestores públicos, a importância de que a atividade fiscalizadora, notadamente por parte dos tribunais de contas, seja balizada por certos parâmetros, de forma que não sobreponham suas meras preferências a propósito da adequação das condutas da Administração.

Nesse sentido, propõe-se uma autocontenção na atuação dos órgãos controladores, priorizando-se os controles pelo processo, consensual e contextual, por meio dos quais seja dada preferência aos juízos formulados pela Administração competente, quando razoáveis e não contrariarem claramente a legislação, e sejam conferidos os incentivos necessários para que sejam feitas as melhores escolhas públicas no enfrentamento da crise.

Para concluir, importante registrar que o objetivo do presente estudo não foi fazer uma crítica ampla ao papel desempenhado pelos órgãos de controle. Ao contrário, entende-se que cabe às cortes de contas a função primordial de orientar e direcionar a atuação administrativa para o atendimento mais eficiente das necessidades públicas, sobretudo em um contexto de extrema complexidade e ineditismo como o que estamos vivendo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista Jurídica da Presidência*, n.96, 2010.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 73, Madrid: Civitas, p.17-28.

41 PEDRA, Anderson Sant´Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. *Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 24, jun. 2020.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Revisitando o estado de necessidade*. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 733-738.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Constitución y control de la actividad administrativa*. Madrid: CGPJ-Centro de Documentación Judicial, 2003.

KRELL, Andreas J. *Discricionariade Administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5a Região, n. 8, dez. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da administração pública*. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Nova organização administrativa brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 08 set. 2020.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o Ato Administrativo. *Revista Colunistas – Direito do Estado*, n. 289, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 02 set. 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 256, jan./abr. 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A consensualidade no Direito Público Sancionador e os acordos nas ações de improbidade administrativa. *Revista Forense*, v.427, p.197-218, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 10, n. 39, out./dez. 2012, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Estado de necessidade administrativo: novo coronavírus e os remédios do Direito*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Org.). *Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19 no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Fast track licitatório e pandemia: a Lei n. 13.979/2020, a MP n. 961/2020 e a EC n. 106/2020*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 60-65, jun. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Método, 2020.

PEDRA, Anderson Sant´Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. *Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 19, jun. 2020.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-quega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O controle como burocracia*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-controle-como-burocracia-28112018>. Acesso em: 09 set. 2020.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Working Papers, Chicago Law School, n. 156, jul. 2002.

SEÇÃO IV

REPERCUSSÕES TRIBUTÁRIAS DO CORONAVÍRUS

TRIBUTAÇÃO E FUNÇÕES ECONÔMICAS DO ESTADO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Ricardo Antonio Lucas Camargo

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Visitante da Università degli Studi di Firenze, Itália.

Sumário: 1 Introdução; 2 A “Redução do Estado” ao longo de sucessivos governos no Brasil a partir de 5 de outubro de 1988; 3 Anotações sobre a tributação; 4 Retomando as funções econômicas do Estado e a tributação; 5 As repercussões da pandemia sobre a utilização do tributo como instrumento de política econômica; 6 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A antipatia desde sempre gerada pela existência dos tributos, porque, ao cabo, dificilmente vai constar dentre as preferências de qualquer pessoa ser compelido a fazer qualquer coisa, em especial ao pagamento de dívidas.

Tal antipatia, por vezes, é explorada no sentido de promover a legitimação dos movimentos de “redução do tamanho do Estado”, argumentando que o número elevado de tarefas deste impõe um número elevado de tributos, e faz com que a população seja amplamente massacrada pelas exações.

Claro que aí, diante das certezas aparentes do senso comum, existem algumas dúvidas que precisam ser enfrentadas: sabe-se que houve, desde 5 de outubro de 1988, um movimento no sentido de se realizar a “redução do tamanho do Estado”, para que este se tornasse “menor que a sociedade” e, *ipso facto*, mais barato.

Entretanto, por que, afinal de contas, já que ninguém gosta de tributos, eles existem? O que significa a tributação? Qual a relação entre a tributação e as funções do Estado na economia? Em tempos de pandemia, como se pode comportar a tributação enquanto instrumento de política econômica?

Para responder a estas perguntas, primeiro, será realizado um histórico acerca de como se procurou operacionalizar a “reforma do Estado”, no Brasil, a partir da última década do século XX, em especial mediante a busca da descaracterização do Texto Constitucional no que se mostrasse “intervencionista”; em seguida, serão identificados os temas relacionados tanto à conceituação quanto ao comportamento da tributação, com destaque especial para o direito positivo brasileiro; retomar-se-ão, subseqüentemente, as funções definidas constitucionalmente para o Estado em relação à economia, no Brasil, e a relação da tributação com elas; ao final, ver-se-á como se pode comportar a tributação enquanto instrumento de política econômica no contexto da pandemia, em face de uma insistência num discurso de redução da presença do Estado na economia.

Como se pode ver, o método utilizado será o “dedutivo”, uma vez que se utilizarão premissas gerais já conhecidas para o enfrentamento de problemas particularizados. Note-se que, no presente texto, não se pretende realizar a discussão sob o aspecto estritamente tributário; busca-se, antes, tratar o tributo como um dentre os tantos instrumentos voltados a concretizar a política econômica pública, a exemplo de expedientes como os tabelamentos, congelamentos de preços, reservas de mercado, contratos de mútuo com encargos módicos e outros tantos.

2 A “REDUÇÃO DO ESTADO” AO LONGO DE SUCESSIVOS GOVERNOS NO BRASIL A PARTIR DE 5 DE OUTUBRO DE 1988

No Brasil, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, houve ensaios no sentido de se promover a redução da atuação do Estado sobre e no domínio econômico, em nome de um engajamento no processo de globalização da economia.

A concepção própria de um Estado Social na Constituição que veio a consagrar o final do ciclo autoritário, substituindo o que remanesceu do documento fundamental deste, a Constituição de 1967, com a redação que lhe dera a Emenda n. 1, de 1969, foi atacada desde o nascedouro, e não foram poucas as vozes que a acoimaram de desmerecedora de cumprimento, porque seria a porta para a instalação de uma ditadura comunista no Brasil.

Embora tivesse iniciado o seu governo em março de 1990 adotando medidas eminentemente “intervencionistas”, como foi o caso da retenção dos ativos financeiros,

Fernando Collor de Mello, eleito a partir de uma pauta eminentemente voltada a implementar uma economia que se orientasse exclusivamente pelos movimentos do mercado, pôs como palavras-chave de sua política econômica “controle da inflação”, “privatização” e “desregulamentação” e, de fato, a primeira empresa estatal a ter seu controle transferido para a iniciativa privada foi a USIMINAS, em 1991, e, do mesmo ano, são exemplos de “desregulamentação” o fim da reserva de mercado no setor da informática e a Lei do Inquilinato que, dentre outras providências voltadas a tornar mais rentável a oferta de imóveis para aluguel, restaurou a “denúncia vazia” para os imóveis residenciais.

Após a sua renúncia, ocorrida em fins de 1992, a ênfase no “controle da inflação” e na “privatização” continuou, sob Itamar Franco, até o final de seu governo em 1994, e foi particularmente notável o caso da transferência do controle da Companhia Siderúrgica Nacional para a iniciativa privada.

Os dois governos de Fernando Henrique Cardoso, o de 1995 a 1998 e o de 1999 a 2002, estiveram marcados pela busca de maior “liberalização” da economia, promovendo alterações na Constituição brasileira para a tornar mais receptiva ao capital estrangeiro – prova disto são as Emendas que extinguiram a distinção entre “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, a reserva ao capital nacional para as empresas voltadas à navegação de cabotagem e a proibição da participação estrangeira no capital das empresas de comunicação social -, intensificando as privatizações, procurando introduzir uma lógica mais próxima da gerencial-privada no âmbito da Administração Pública, com os contratos de gestão, a introdução da constante avaliação de desempenho de servidores públicos pela respectiva chefia, a possibilidade de exoneração por insuficiência de desempenho ou como meio de reduzir o comprometimento com as despesas com pessoal.

Os dois governos de Luís Inácio Lula da Silva, o de 2003 a 2006 e o de 2007 a 2010, embora não tivessem promovido a alienação de empresas estatais, nem por isto se podem caracterizar por uma retomada de uma orientação “estatizante” da economia, o que se pode verificar pela própria aprovação da Emenda Constitucional n. 40, de 2003, que extirpou da Constituição o polêmico tabelamento dos juros bancários, a Lei das Parcerias Público-Privadas, em 2004, que cria para as entidades privadas que contratam com a Administração o desempenho de tarefas públicas várias facilidades, dentre elas, a garantia do risco por um fundo constituído para este fim, e os dois governos de Dilma Rousseff, o de 2011 a 2014 e o de 2015 a 2016, que também se viram marcados por uma política econômica que, mesmo não privatizando empresas estatais, não deixou de atender a postulações do mercado, como a maior abertura do setor ligado à saúde ao capital estrangeiro, tornando “regra” o que era para ser tratado como “exceção”, pelo § 3º do artigo 199 da Constituição brasileira de 1988, a oferta de incentivos tributários à aquisição do controle de instituições financeiras em crise, a alteração do Código Florestal em 2012 mitigando as exigências voltadas à proteção da flora.

Com o *impeachment* de Dilma Rousseff, em 2016, e a ascensão de Michel Temer, foi retomado o projeto de “redução do tamanho do Estado”, sob a alegação de que era o momento de se confiar um pouco mais no mercado e de se combater o comodismo que o assistencialismo estatal gerara, sobretudo porque tal assistencialismo implicaria a necessidade de causar sofrimentos às forças moventes da economia – os empresários – mediante uma escorchantes tributação. Seria urgente tornar o Estado mais barato e assegurar que o capital arriscado produzisse os melhores frutos. A Emenda Constitucional 95, de 2016, ao estabelecer teto para os gastos públicos e congelar as vinculações orçamentárias relativas à educação, saúde e ciência e tecnologia, seguida de vários diplomas relacionados com a retomada das privatizações, a reforma trabalhista com a redução de várias das disposições

de ordem pública nas relações individuais de trabalho, são exemplos.

A partir de 2019, o governo de Jair Messias Bolsonaro veio a implementar uma agenda discursivamente voltada a uma implementação de relações econômicas disciplinadas pelas oscilações da oferta e da procura, com um mínimo de perturbações provocadas pela intromissão estatal. Pode-se dizer que a reforma ministerial, em que, dentre outras providências, se extinguiu o Ministério do Trabalho, absorvendo atribuições deste nos Ministérios da Economia e da Justiça, e a Lei da Liberdade Econômica seriam os diplomas que dariam as linhas mestras da minimização do Estado, embora tenha adotado, aqui e ali, alguns expedientes intervencionistas aptos a agradarem aos agentes do mercado.

De qualquer modo, vê-se, pelo simples enumerar dos fatos anteriores, que desde a entrada em vigor da Constituição brasileira houve, da parte dos Governos Federais, um esforço muito mais no sentido de reduzir-se do que de se aumentar a presença do Estado na economia, variando apenas a intensidade.

3 ANOTAÇÕES SOBRE A TRIBUTAÇÃO

Muito se fala, no senso comum, sobre o terrível peso que a tributação representa sobre a coletividade, sobre o caráter escorchante, semelhante ao roubo, que ela representaria, como um entrave ao funcionamento regular do mercado, e sobre o excesso de tributos. Este tem sido um dos principais cavalos de batalha dos defensores do denominado “Estado Mínimo”.

A tributação é uma das mais expressivas manifestações do poder de coação, ao lado da possibilidade de realização de restrições à liberdade física de movimentos. Sua finalidade primeira, como se sabe, é a de prover recursos para a atuação daquele a quem o meio social confira, legitimamente, o poder de exercer a força. O meio social atribui esse poder a quem quer que seja justamente em razão da necessidade de, ante a possibilidade concreta de um conflito, este poder degenerar num processo de entredestruição dos indivíduos, caso não seja reduzido a uma dimensão administrável, como foi observado pela maioria dos filósofos da modernidade¹, salvo os poucos que identificavam uma natureza humana originariamente bondosa e concentrá-lo em mãos do Estado foi a forma que se encontrou de mais reduzir a possibilidade de o conflito sair do controle².

A tributação esteve presente mesmo quando o título que embasava o poder político era o direito real sobre a terra, como relata ERNST KANTOROWICZ:

A taxação pública, na Alta Idade Média, era sempre extraordinária e sempre ad hoc, pois os tributos venciam não só no retorno de uma certa data, mas no retorno de um certo evento. As ajudas feudais eram pagas para redenção do senhor, título de cavaleiro para o filho mais velho, dote de sua filha mais velha e, esporadicamente, a partir do século XII, para a defesa do reino em caso de emergência pública, o *casus necessitatis*. Cada um desses quatro casos referia-se a um evento: os três primeiros estavam vinculados à vida privada e pessoal à vida privada e pessoal do senhor, enquanto o quarto caso era, por assim dizer, público e suprapessoal, referindo-se

1 ESPINOSA, Baruch de. *Tratado político*. Trad. José Perez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013, p.79; SCHOPENHAUER, Arthur. *Los dos fundamentos de la ética – el fundamento de la moral*. Trad. Vicente Romano García. Buenos Aires: Aguilar, 1965, p.128; JELLINEK, Georg. *La dottrina generale dello Stato*. Trad. Modestino Petrazziello. Milano: Società Editrice Libreria, 1921, v. 1, p.197; BONESANA, Cesare Beccaria. *Elementi di economia pubblica*. Varese: Tipografica Varese, 1978, p.33; SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.52; PASTERIS, Carlo. *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, p.49; CHOMSKY, Noam. *Language and mind*. San Diego: Harcourt, 1972, p.96; FEUERBACH, Ludwig. *L'essenza della religione*. Trad. Anna Marietti Solmi. Torino: Einaudi, 1982, p.104-105; SCHMITT, Carl. *La dittatura*. Trad. Bruno Liverani. Bari: Laterza, 1975, p.21.

2 WEBER, Max. *Economia e società*. Trad. Tullio Bagatti, Franco Casabianca, Pietro Rosi. Verona: Ed. Di Comunità, 1995, v. 1, p.54-55.

principalmente ao *regnum* e à *patria*. Redenção, título de cavaleiro e dote eram instâncias irrepetíveis; uma ‘emergência do reino’, contudo, podia ser proclamada, tecnicamente, ano após ano, pelo menos até que o Príncipe se defrontasse com a resistência de seus esgotados súditos. Como é bem conhecido, o quarto caso, a *necessitas regis et regni*, acabou escancarando as portas para a tributação permanente, dependendo não de um evento, mas do Tempo.³

Sem perder a sua função precípua de prover recursos para o ente dotado do poder de coerção, o tributo veio a exercer, também funções extrafiscais, em face dos “fatos econômicos fundamentais” identificados por Jean-Baptiste Say, convertendo-se, neste particular, em um dos instrumentos à disposição do Estado na formulação e execução da respectiva política econômica, ou diante de outros dados sociais relevantes, compensando determinadas desvantagens ou estimulando comportamentos valorados positivamente.

Embora ele não seja a única fonte de receita, é a principal forma de assegurar o volume de recursos necessário para a prestação dos serviços públicos, em especial aqueles cuja prestação não tenha condições de ser precificada, como é o recorrente exemplo, em autores entusiastas do sistema de mercado, da segurança pública⁴, e é exatamente pelo dado de tal volume de recursos ser assegurado pela compulsoriedade que se põe como uma das heranças do Estado de Direito o estabelecer uma nítida distinção entre o patrimônio público e o patrimônio pessoal do indivíduo investido na condição de autoridade pública⁵. Por outro lado, como a própria visão do liberalismo econômico – ou, caso se entenda por bem adotar a terminologia de Benedetto Croce, que designava a este (para o diferenciar do “liberalismo” propriamente dito, o político) como “liberismo”⁶ – não dispensa a presença do Estado, e como um Estado que não gasta é essencialmente um Estado não vivente, porque nenhuma de suas atividades é gratuita⁷, já que, para as executar, ou tem de recrutar indivíduos para o desempenho delas, e tem de o fazer mediante remuneração, já que não se admite trabalho compulsório gratuito⁸, ou tem de delegar as atribuições que não sejam estritamente públicas, para o que também tem de realizar operações onerosas, uma vez que o particular não vai deixar, só por atuar como delegatário do Poder Público, de ter como motivação para a mobilização de recursos materiais e humanos a expectativa de um retorno substancial no menor período de tempo possível⁹.

Embora as necessidades públicas sejam tidas, hoje, como permanentes, isto não significa que não haja aquelas que acresçam, transitoriamente, dificuldades às anteriores e que,

3 KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Trad. Cid Knippel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.177.

4 EINAUDI, Luigi. *Princípios de ciência da finança*. Torino: Einaudi, 1956, p.5-6.

5 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.131; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.19; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.20-21.

6 CROCE, Benedetto. Liberismo e liberalismo. In: CROCE, Benedetto & EINAUDI, Luigi. *Liberismo e liberalismo*. Milano-Napoli: Riccardo Ricciardi Ed., 1957, p.11; VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo. *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1959, p.154-155; BOBBIO, Norberto. *Perfil ideológico del '900*. Milano: Garzanti, 1990, p.171.

7 CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Financeiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020, p.116.

8 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.169; MOTA, Marcelo de Azevedo Telesca. Do funcionamento burocrático da administração pública em Max Weber. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas [org.]. *Funções constitucionais do Estado na ordem econômica – contexto de crise e reforma*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 2018, p.191.

9 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.711; EUCKEN, Walther. *Fundamentos de política econômica*. Trad. José Luís Gómez Delmás. Madrid: Rialp, 1956, p.506; SANTANA, Diogo; CARVALHO, Vinícius Marques de. A luta, o jogo e o Direito – a crítica de Eros Grau à relação entre Direito e economia. In: COSTA, José Augusto Fontoura da, ANDRADE, José Maria de Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen [org.]. *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013, v.2, p.1364.

para serem enfrentadas, demandem meios excepcionais e transitórios para o financiamento de seu atendimento, e um exemplo frequente é o do empréstimo compulsório, cujo caráter tributário, após a entrada em vigor do Código Tributário Nacional, no Brasil, se tornou indiscutível, e que hoje têm os seus requisitos disciplinados no artigo 148 da Constituição brasileira de 1988.

Quando se fala em “tributação”, outrossim, deve-se pensar nos fatos a que se atribuem consequências tributárias, ou seja, os fatos que, uma vez verificados, rendem ensejo – ou não – ao pagamento de tributos. Não é a natureza que irá ser critério para identificar esses fatos, tampouco a vontade pessoal do indivíduo a que se atribua a tarefa de tornar concreto o exercício da coação: as consequências tributárias não existem fora do mundo do Direito. Esses fatos, quando renderem ensejo ao pagamento de tributos, podem ser ou decorrentes de alguma atividade estatal específica ou independentes desta. É a partir daí que se irão estabelecer as classificações, distinguindo-se dois grandes grupos: os tributos vinculados, que são os decorrentes de uma atividade estatal, e os não-vinculados. Esta distinção devida a Geraldo Ataliba¹⁰ não tem o sentido de dizer que, em alguma medida, a atividade de tributação seja discricionária: o único que tem liberdade de conformação, no seio de um Estado de Direito, em qualquer de suas manifestações (liberal, social, democrático etc.), na matéria tributária, e, ainda assim, bitulado pelos condicionamentos formais e materiais na Constituição, é o legislador (Constituição brasileira de 1988, artigo 150, I).

Tais consequências, ainda, têm de ser devidamente quantificadas, isto é, o indivíduo obrigado ao pagamento de tributos tem de saber quanto deverá pagar e, para tanto, há mister a fixação de critérios de cálculo. O dado que se tomará em consideração para quantificar o montante de que será subtraído ao patrimônio do devedor para aportar aos cofres públicos será denominado “base de cálculo”, e o percentual que deverá ser aplicado sobre ele, “alíquota”. Tanto a “base de cálculo” quanto a “alíquota”, longe de serem estabelecidas a partir de meros critérios de conveniência e oportunidade, são postas a partir de provimento legislativo, justamente como mais um resultado do encontro entre o “liberalismo”, enquanto meio de condicionar a atuação do Poder Público em face do particular, e o “liberismo”, enquanto meio de assegurar a previsibilidade do cálculo econômico, na livre disposição, pelo indivíduo, em relação a seu patrimônio.

O encontro entre o “liberismo” e o “liberalismo”, de outra parte, teve como efeito o ingresso do conceito de “capacidade contributiva” (Constituição brasileira de 1988, artigo 145, § 1º), mercê do qual a obtenção das receitas mediante a tributação haverá de ser proporcional às forças do patrimônio sobre o qual irá recair¹¹. A partir do conceito de “capacidade contributiva”, comparece um primeiro fundamento para se ter como impraticável uma alíquota única para todos os contribuintes, mesmo que se queira seguir a lógica de que o Estado não deve pretender corrigir as distinções patrimoniais determinadas pelos movimentos do mercado, já que um percentual que seja suportado por uma remuneração maior pode impor uma perda mais substancial a quem seja remunerado de modo mais modesto. Este conceito, que toma em consideração, inequivocamente, o fato econômico fundamental denominado “repartição”, vai aparecer como critério para a instituição dos “impostos diretos” – aceite-se a terminologia, já que consagrada legislativa e jurisprudencialmente¹², a despeito da crítica

10 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.130.

11 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.259; ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.85-86; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.142-143; FALCÃO, Amílcar Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.30-31.

12 CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Financeiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020, p.84.

doutrinária¹³ – e, por outro lado, será tomado em consideração, também, no momento de se utilizar o instrumental tributário para corporificar medidas de política econômica, já que a capacidade de a população suportar os encargos para aportar os recursos aos cofres públicos é fator indispensável a que tal aporte se torne concreto.

Em relação aos tributos “indiretos”, a dificuldade de aplicação do conceito de “capacidade contributiva”, já que lhes é essencial a possibilidade de transferência do ônus a quem se relaciona com o devedor, rendeu ensejo à adoção da denominada “seletividade” (Constituição brasileira de 1988, artigos 153, §3º. I, e 155, § 2º, III), que implica variação das alíquotas de acordo com os critérios de essencialidade dos bens e serviços estabelecidos pelo legislador¹⁴. Por mais que possa soar arbitrária a admissão de uma ampla liberdade do legislador na definição do que seja, ou não, essencial para fins de variação das alíquotas, segundo o princípio da “seletividade”, esta é a visão que mais se coaduna com a definição, pelo ordenamento jurídico, da tributação como atividade plenamente “vinculada”, totalmente disciplinada pela lei, não só como garantia da maior racionalidade das rotinas administrativas, mas, principalmente, como garantia do contribuinte, cabendo recordar que o traço comum entre as normas tributárias e as normas penais é precisamente o de estabelecerem as mais fortes restrições à conduta individual, as primeiras, no que toca à gestão do patrimônio privado, as segundas, no que toca à direção da vontade individual neste ou naquele sentido, e é exatamente por isto que não se pode, no contexto de um Estado de Direito, transigir com a exigência de legalidade estrita nestes dois campos¹⁵.

Quanto aos tributos “vinculados”, mais difícil, ainda, vem a tornar-se a aplicação do conceito de “capacidade contributiva”: com efeito, o pressuposto será uma atuação estatal específica, relativa ao contribuinte, individualizável, e que não se pode confundir com o de uma situação relacionada a tributo “não vinculado”, o que acaba por impor que se utilize como base de cálculo o custo dessa atuação (Constituição brasileira de 1988, artigo 145, § 2º), trate-se de serviço público específico e divisível, efetivamente prestado ou posto à disposição, trate-se de exercício de poder de polícia¹⁶.

A definição, outrossim, do contribuinte como, preferencialmente, a pessoa que participa diretamente da formação do fato gerador ou, na dificuldade maior para se identificar o protagonista, a eleição de alguém que, de alguma forma, venha a ter com este relação, o denominado “substituto tributário”¹⁷, bem como de pessoas que serão garantes da obrigação tributária – os denominados “responsáveis tributários” –, é outro tema que comparece obrigatoriamente quando se pretenda discutir, com seriedade, o que significa o impacto dos tributos sobre a coletividade: já se viu que, só pela consideração da capacidade contributiva, os tributos não recaem de modo igual sobre todos os seus devedores, e tampouco pela consideração da seletividade. Deve-se identificar quem são os indivíduos efetivamente atingidos pela tributação, porque estes é que irão sofrer diretamente o sempre referido “impacto”.

A forma de Estado deve ser considerada, ainda, em se tratando do estudo da tributação, já que, quando se tenha sob exame um caso como o brasileiro, cuja Constituição define uma federação, atribuindo competências a cada uma das entidades federativas, ora em caráter

13 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p.493; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.143; MACHADO, Brandão. A repetição de indébito no Direito Tributário. In: MACHADO, Brandão [org.]. *Direito Tributário – estudos em homenagem a Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.99.

14 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.380-381.

15 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p.38-39; BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.189; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Financeiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020, p.64-65.

16 LACOMBE, Américo Lourenço Masset. *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.35.

17 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p.504; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.89-90; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Financeiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020, p.67-68.

privativo, ora em caráter cumulativo, ora em caráter concorrente, há que lhes definir, também, a aptidão para a obtenção das receitas necessárias para o respectivo desempenho, ou seja, há de lhes definir, também, poder para instituir e gerir tributos. Daí decorre a atribuição, a cada entidade federada, para instituir impostos, taxas e contribuições as mais variadas (Constituição brasileira de 1988, artigos 145, I a III, 149, 149-A, 153, 154, 155, 156, 177, § 4º, 195, I e II, e seus §§ 4º, 6º, 8º e 9º, e 239), o estabelecimento de imunidades recíprocas para evitar a aniquilação da autonomia das entidades (Constituição brasileira de 1988, artigo 150, VI, “a”, e 151, II), a interdição a que uma entidade desonere tributos da outra (Constituição brasileira de 1988, artigo 151, III), a atribuição, ao Poder Central, de editar normas gerais de direito tributário, com o escopo de ofertar critérios uniformes para a disciplina da tributação por parte da União, dos Estados Membros, do Distrito Federal e dos Municípios e prevenir conflitos de competência em relação às exações (Constituição Federal, artigo 146).

Sujeição ou não do fato a consequências tributárias, critérios para se quantificar o montante a aportar aos cofres públicos, possibilidade ou não de se transferir a terceiros o valor do ônus tributário, as variações das alíquotas segundo critérios de capacidade contributiva, seletividade ou razões de ordem extrafiscal que podem, ou não, instrumentalizar medidas de política econômica, todas estas questões estarão presentes quando se tiver de realizar uma discussão voltada a compreender seriamente o problema da tributação.

4 RETOMANDO AS FUNÇÕES ECONÔMICAS DO ESTADO E A TRIBUTAÇÃO

Quando se fala em funções econômicas do Estado, sempre cabe recordar que elas não são um dado da natureza, mas uma decorrência do ordenamento jurídico. O campo estabelecido para os particulares e o campo estabelecido para o Poder Público podem estar rigorosamente separados ou podem ser explorados concomitantemente por um ou por outro.

No Estado liberal, mesmo, incumbe, a princípio, ao Poder Público a prestação das atividades que correspondam à satisfação de necessidades coletivas que não coubessem na equação oferta/demanda. A distinção entre “serviços públicos” e “atividades econômicas”, o primeiro, como setor próprio do Estado, o segundo, como setor próprio do particular, é um traço da ideologia “liberista”.

Podem ser identificados dois grandes grupos de funções econômicas do Estado, definidas no artigo 174 da Constituição brasileira de 1988, em tipologia perfeitamente aplicável aos demais ordenamentos constitucionais¹⁸: as funções exercitáveis mediante a edição de comandos abstratos e as funções exercitáveis mediante a prática de atos concretos, em execução, claro, dos comandos abstratos. No primeiro grupo, tem-se a função de planejamento e a função de normação; no segundo, a função de fiscalização e a função de fomento.

A função de planejamento, que se materializa pela aprovação, por lei, de peça técnica que, a partir de um diagnóstico da realidade sócio-econômica, estabelece objetivos a serem atingidos e indica os meios para a eles chegar, permite o estabelecimento de maior previsibilidade em relação à orientação da política econômica pública¹⁹, e, no contexto do direito capitalista, introduziu uma nova função normativa, a “indicativa”, a juridicidade não

18 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.121.

19 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.346-347; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Mutações jurisprudenciais em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do Estado. In: FERRAZ, Roberto [org.]. *Princípios e limites da tributação – 2 – os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.752-753; SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico – Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p.152; CLARK, Giovanni. *O município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.193; SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do Direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.388.

coercitiva, a fim de que se não comprometa a própria essência da liberdade de iniciativa enquanto direito individual, dando, contudo, à lei do plano o caráter vinculante em relação ao Poder Público²⁰.

A função de normação vai se manifestar pela edição de comandos abstratos que se poderão voltar ou não à execução de um plano: o plano não é pressuposto essencial da atuação do Estado sobre e no domínio econômico, embora a sua presença traduza o grau mais profundo dessa atuação. Os comandos abstratos poderão conter determinações positivas (imperativas) ou proibitivas, permissivas ou autorizativas, enquanto caracterizadores de normas primárias, e poderão prever, enquanto caracterizadores de normas secundárias, sanções afliativas ou premiais²¹.

A função de fiscalização traduzir-se-á pela prática de atos concretos voltados a verificar o atendimento tanto a determinações imperativas quanto proibitivas, e também se materializará, quando verificada a infração a tais determinações, pela aplicação da sanção afliativa prevista em lei²².

A função de fomento se manifesta pelo conjunto das formas por que o Estado auxilia os agentes econômicos privados a vencerem fatores de custo, tanto mediante instrumentos eminentemente financeiros como mediante prestações materiais²³.

A função econômica do Estado que mais se costuma relacionar com a tributação é o fomento, tendo em vista que umas das formas mais corriqueiras de se tornar atrativo ao particular o desempenho de uma atividade econômica em que haja interesse público é precisamente a concessão de benefícios fiscais.

Não somente as isenções, como também os denominados “créditos presumidos”, as anistias fiscais, as remissões, os tratamentos fiscais mais brandos em especial para as empresas de menor porte vêm a constituir os exemplos mais recorrentes.

Contudo, a fiscalização também se mostra pertinente ao tema, dada a cobrança de taxas pela prática de atividades que a materializam, como os licenciamentos, as autorizações de todo tipo, que traduziriam, por força do artigo 78 do Código Tributário Nacional, a típica hipótese de exercício de poder de polícia.

Vale observar que se veio a sustentar, desde a queda do Muro de Berlim, um discurso voltado a fazer com que o Estado reduzisse ao mínimo dos mínimos qualquer influência de sua ação sobre a economia, apostando no equilíbrio espontâneo do mercado, ao argumento de que os ônus pesantes sobre os agentes privados seriam entraves ao desenvolvimento.

E é claro que, dentre as funções estatais, diante de um movimento desta ordem, a primeira a ser abandonada seria a do planejamento, justamente porque traduziria uma desconfiança na sabedoria do mercado em permitir a distribuição dos bens pela população a partir da recompensa pela respectiva diligência e pela seleção dos melhores ofertantes de bens e serviços.

20 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.440.

21 BOBBIO, Norberto. *Scienza del Diritto e analisi del linguaggio. Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*. Milano, v.6, 1950, p.352; KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p.137-138; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.105.

22 CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p.74-75; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p.820; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.200.

23 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.122; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.148-149; CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.344.

Por outra banda, isto implicaria, no discurso, reduzir a presença de normas imperativas e proibitivas, ampliando a gama de interesses sujeitos à livre disposição das partes, praticamente aniquilando, ou reduzindo significativamente, o próprio campo da denominada “ordem pública”, tida esta, entretanto, como indispensável à própria sobrevivência do mercado²⁴.

Entretanto, seria precipitado dizer que toda atuação estatal sobre a economia se mostra antagônica aos interesses dos agentes do mercado: basta recordar que toda atuação de fomento é por eles almejada, precisamente porque os exonera de arcar, em larga medida, com os próprios esforços em vencer os obstáculos que se põem entre eles e o benefício que almejam obter a partir da exploração da atividade a que se voltem. Mesmo quando se trate de concretizar o fomento mediante prestações materiais, como, por exemplo, a assistência técnica prestada a agricultores, o que se tem é uma atuação do Estado que também se mostra carregada de custos, e exige, por isto mesmo, recursos financeiros suficientes para o seu desempenho.

As teses em torno da minimização do Estado como apta a convertê-lo em um aparato mais barato, ágil e eficiente, quando se verifica, na prática, o que os próprios defensores delas esperam do Poder Público, em especial para a canalização de todo o aparato voltado ao exercício da coação para o reforço das garantias da propriedade e da vinculatividade dos contratos: haverá necessidade de remunerar não somente o contingente que irá impedir, fisicamente, a prática das violações da propriedade e irá compelir, fisicamente, ao cumprimento dos contratos, como também os fornecedores dos equipamentos necessários a tanto.

Por outra banda, quando se delega ao particular a prestação de serviços públicos e com ele se contratam as realizações de obras públicas, a remuneração desses contratados se vem a dar a partir de recursos financeiros provenientes da receita pública, em especial dos tributos. As próprias obras públicas, as mais das vezes, são precedidas da desapropriação dos terrenos sobre as quais serão edificadas.

A carga tributária, neste sentido, não será necessariamente reduzida: ela poderá ser aumentada justamente para viabilizar o atendimento das exigências do mercado em face do Poder Público.

Mesmo o chamado “Estado Mínimo” está bem longe, pois, de poder ser considerado um “Estado de Custos Mínimos”: ele será um Estado que tomará como critério da respeitabilidade do ser humano poder este, de alguma forma, sobreviver de acordo com as exigências do mercado.

24 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.26; JEMOLO, Arturo Carlo. *I problemi pratici della libertà*. Milano: Dott. A. Giuffrè 1972, p.87-88; CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 2, p.1256; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.31; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, v. 1, p.48; BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 1997, p.63; DE PAGE, Henri. *Complément au Traité Élémentaire de Droit Civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1951, v.1, p.42; BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do Direito Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p.257; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.181; DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1975, p.125; BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, p.411; FARJAT, Gérard. *L'ordre public économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1963, p.38; LONARDO, Loris. *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Milano: Edizione Scientifiche Italiane, 1993, p.387; GORLA, Gino. *Il contratto – problemi fondamentali trattati con el metodo comparativo e casistico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, v. 1, p.202; FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. 2ª ed. Rimini: Maggioli, 1998, p.125; PAJARDI, Pietro. Il giuramento decisorio del curatore fallimentare. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, v.3, n. 2, p. 363, 1957, p.363; QUADRI, Giovanni. *Diritto Pubblico dell'Economia*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1980, p.51; GUARNERI, Attilio. *Ordine pubblico e il sistema delle fonti del Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1974, p.12; CATAUDELLA, Antonino. Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica. In: UNIVERSITÀ DI MACERATA. *Aspetti privatistici della programmazione economica – atti della Tavola Rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971, v.1, p.175-176; SCAGLIONE, Francesco. Il mercato e le regole di correttezza. In: GALGANO, Francesco [org.]. *Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia*. Padova: CEDAM, 2010, v.57, p.88.

5 AS REPERCUSSÕES DA PANDEMIA SOBRE A UTILIZAÇÃO DO TRIBUTO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

Em períodos marcados por um aumento substancial das necessidades da coletividade, as demandas em relação ao Poder Público tendem a aumentar significativamente, em especial diante da retração de uma série de atividades econômicas.

A presença de um perigo de ordem sanitária ou outra calamidade qualquer passa a se traduzir como um desestímulo a que aqueles que tenham algum espaço a que possam chamar de residência dele saiam para o desempenho de alguma atividade, seja na condição de ofertantes de bens e serviços, seja na condição de demandantes. Atividades relacionadas ao turismo, aos espetáculos e às reuniões para fins gastronômicos são as primeiras, sem dúvida, a serem afetadas.

Quando se verifica a retração de determinadas atividades econômicas, parece não ultrapassar o óbvio que isto irá refletir-se, também, na arrecadação. Com efeito, se não são prestados serviços nem circulam mercadorias, os fatos geradores dos tributos correspondentes não ocorrerão.

Por outro lado, a chamada “substituição tributária para a frente” – Constituição brasileira de 1988, artigo 150 § 7º -, em que o substituto recolhe o tributo em razão da operação que provavelmente será praticada pelo substituído, tendo direito à restituição caso o fato gerador não se verifique, poderá, em muitos casos ter frustrada a sua finalidade, se o substituído não realizar nenhuma operação.

Isto, contudo, não quer dizer que a economia como um todo se paralise e que a possibilidade de arrecadação se esboroe por completo. Há atividades econômicas que podem perfeitamente ser desempenhadas a partir da residência do empresário, e existem determinadas profissões cujas tarefas admitem perfeitamente a prestação do denominado “teletrabalho”. Enquanto essas atividades forem desempenhadas, haverá fato gerador para os tributos correspondentes. Isto não significa que deixem totalmente de ser prestadas as atividades que exijam a presença do trabalhador em local diverso de sua residência, como é o caso das atividades rurais, da prestação de determinados serviços públicos e do transporte de mercadorias, quando se trate de bens da essencialidade dos gêneros alimentícios, por exemplo. Essas atividades, cuja prestação por vezes será fato gerador de tributos – os serviços públicos, quando prestados por entidades da Administração indireta ou diretamente pelas entidades públicas, são imunes a impostos, diversamente do que ocorre quando são prestados por delegatários privados, e é esta a razão do “por vezes” -, passam a ter computado a si um fator de risco a ser mitigado, administrado, a despeito da respectiva inexorabilidade.

Neste momento, a tributação pode ser utilizada como instrumento de política econômica para estimular, por exemplo, a fabricação de equipamentos de proteção individual para todo aquele que não tiver como deixar de desempenhar suas atividades fora da respectiva residência e não tenha como paralisar o desempenho dessas atividades. Também pode voltar-se ao desenvolvimento de tecnologias que reduzam o tempo de desempenho das atividades fora da residência, que passa a ser um fator de maior peso, neste caso, do que os fatores usuais tomados em consideração para a fixação da jornada de trabalho.

Comparecem, também, como possíveis alvos de estímulos tributários, as empresas relacionadas com o setor da saúde, como a indústria farmacêutica, as farmácias de manipulação, as empresas voltadas à fabricação – industrial ou manufatureira – de produtos destinados à higiene pessoal, as ligadas ao setor têxtil, na feitura de máscaras, gazes e outros materiais para curativos. Assim também as empresas ligadas à construção civil, na edificação

ou reforma de hospitais, em especial para assegurar um maior isolamento das alas com infectados com doenças altamente contagiosas – que não deixaram de comparecer ao meio social pelo advento da COVID19, que se veio somar a elas -, ou empregando materiais menos aptos a facilitar a disseminação.

Tem sido reduzida a alíquota de tributos federais em relação à fabricação e importação de equipamentos e medicamentos, como se pode verificar pelos Decretos 10.285, 10.302, 10.318 e 10.352, de 2020, pelas Resoluções n. 17, 22 e 23, de 2020, do Comitê Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior do Ministério da Economia.

Financiamentos de estudos e projetos relacionados com o combate à pandemia também podem apresentar-se como aptos a receberem incentivos tributários, como, por exemplo, deduções do montante a ser pago a título de imposto de renda.

É importante salientar que o artigo 3º da Emenda Constitucional n. 106, de 2020, em relação aos benefícios fiscais vinculados ao combate da pandemia, desde que não impliquem despesa permanente, ficam dispensados da observância dos limites quanto à sua concessão ou ampliação.

Costuma-se apontar, com razão, para o dado de que a desigualdade social é um dado que contribui para que em determinadas regiões haja um número maior de afetados do que em outras. Os meios tributários para a mitigação das desigualdades, se constituem uma das formas mais bem sucedidas em se tratando de contextos de normalidade, quando se entra num contexto de pandemia, pouco se altera o papel que eles desempenham, já que a desigualdade não é efeito da pandemia, preexiste a ela. Quer dizer, a tributação, no que diz respeito ao enfrentamento da pandemia, será um instrumento de política econômica muito mais compreensível no âmbito do instituto da produção do que propriamente no da repartição.

Afora as situações em que o fato gerador da obrigação tributária deixa de se verificar, tem-se, também, afetada a própria adimplência dos deveres tributários, o que conduz, por vezes, à busca, por parte dos devedores, da postergação do pagamento, alegando a impossibilidade física de ele se realizar.

Tendo em vista o desenvolvimento da tecnologia de comunicações, muitas das operações negociais passam a não mais exigir o deslocamento para o local em que as partes irão encontrar-se: basta ter-se à disposição energia elétrica, linha telefônica e sinal de internet. Assim, também, as próprias operações bancárias passam a ser realizadas, inclusive, da própria residência dos que movimentam as quantias. Em relação a quaisquer obrigações, pois, passa a ter o devedor o ônus de comprovar que a realidade da pandemia o deixa impossibilitado de satisfazer, a tempo e modo, o direito do credor. O que normalmente ocorre, em especial no que toca aos deveres tributários, é a efetiva possibilidade de o devedor atender o seu débito mediante a realização de operação eletrônica.

A postergação do pagamento, se houver necessidade, terá de ser decidida pela autoridade que estiver investida na condição de gerir os tributos, e deverá existir anterior previsão legal, justamente porque, mesmo em se tratando do diálogo entre o Direito Tributário e o Direito Econômico, a tributação não perde o seu caráter de atividade plenamente vinculada, e esta razão mais se reforça, diante da necessidade do ingresso mais pronto de recursos para custear os serviços que se demandam ao Poder Público. Exemplos desta postergação podem-se ver quanto aos tributos relacionados às telecomunicações, ressalvada, claro, a competência dos Estados-Membros, com a Medida Provisória 952, de 2020, e à prorrogação da suspensão da exigibilidade dos tributos em face da importação de mercadoria para emprego ou consumo na fabricação de produto destinado à exportação (*drawback*), procedida pela Medida Provisória 960, de 2020, à prorrogação do pagamento de tributos federais pela

Portaria 139, de 2020, do Ministério da Economia, e pela Portaria 152, de 2020, do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Determinadas obrigações acessórias, que podem tornar-se de mais difícil atendimento diante da limitação física representada pela pandemia, podem ser objeto de dispensa ou de mitigação, mediante provimento legislativo expresso, de acordo com a exigência do inciso III do artigo 111 do Código Tributário Nacional. Exemplo disto são as prorrogações dos prazos de validade de Certidões Negativas ou Positivas com Efeitos de Negativa previstas na Portaria Conjunta do Secretário da Receita Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional n. 555, de 2020, e a prorrogação dos prazos para entrega de declarações de débitos e créditos tributários federais e da apresentação da escrituração fiscal digital para as contribuições do PIS/PASEP, da COFINS e Previdenciária sobre a Receita pela Instrução Normativa 1.932, de 2020, do Secretário da Receita Federal.

A carência de gêneros em tempos de catástrofes econômicas, a experiência histórica revela a tendência a ser objeto dos mais variados expedientes para forçar a alta dos preços, e, por vezes, pode ocorrer que o valor informado para fins de lançamento tributário não corresponda à realidade, conduzindo à utilização, pelas autoridades fiscais, do lançamento por arbitramento previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional.

O atendimento às necessidades da população, na impossibilidade de atuação da iniciativa privada, incumbe ao Estado. Entretanto, uma vez que a concepção que presidiu a elaboração da “Lei de Liberdade Econômica” se pôs no sentido de que a presença estatal na economia deveria ser exorcizada – e o vocábulo, no caso, está longe de ser metafórico ou hiperbólico -, mesmo com a edição de diplomas disciplinando as relações jurídicas decorrentes da pandemia, o Governo Federal adotou a linha de promover a negação do perigo por ela representado e a exigir que as pessoas voltassem às suas atividades como se tudo estivesse normal. Para os Governos estaduais e municipais, sob o ponto de vista da arrecadação, seria melhor que não houvesse atividades paralisadas, já que os fatos geradores de muitos dos respectivos tributos dependem das operações realizadas pelos que desempenham essas atividades. Contudo, para além dos credos econômicos e das necessidades dos cofres públicos, o fato de se verificarem óbitos crescentes vinculados à doença, à insuficiência de pessoal e recursos materiais na área de saúde para o atendimento de todos os casos, a rapidez dos contágios conduz a que haja, efetivamente, a retração de uma grande parte da atividade particular e a que se voltem as atenções para a atuação do Estado, em todas as suas esferas. E mais dependentes do Estado se mostram, justamente, as camadas menos favorecidas dentre os que se submetem à respectiva autoridade, já que o respectivo poder aquisitivo não lhes permite a escolha de profissional de saúde fora do âmbito do serviço público.

Embora as ações concretas relacionadas à saúde tenham de ser exercidas por todas as entidades federativas, nos termos do inciso II do artigo 23 da Constituição brasileira de 1988, e em relação a essas ações a receita tributária tenha de ser direcionada, somente a União pode buscar, como fonte extraordinária de receita, a instituição de empréstimo compulsório, nos termos do inciso I do artigo 148 da mesma Constituição, já que a pandemia foi caracterizada como “calamidade pública” pelo Decreto legislativo n. 6, de 2020.

Entretanto, uma medida desta natureza não seria coerente, a despeito de necessária, com o discurso do Governo Federal que procura minimizar a força da pandemia como inibidora do “funcionamento normal do mercado” e age no sentido de incentivar o retorno “à normalidade”, descumprindo, em vários pontos, a própria Lei 13.979, de 2020, nascida de iniciativa dele próprio.

De qualquer modo, se há um setor em que não se admite a omissão estatal, por qualquer um dentre os entes federados, é o da saúde, tanto em razão do que dispõe o artigo 23, II, como do que dispõe o artigo 196 da Constituição brasileira de 1988, e uma ampla gama de instrumentos está à disposição desses entes, inclusive os tributários.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento em torno da construção do Estado Mínimo no Brasil, desde a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1988, vem avançando, com maior ou menor velocidade, mas não sofreu propriamente qualquer reversão, nem mesmo em Governos a que se atribuiu uma linha menos confiante nos movimentos espontâneos do mercado, e o meio que normalmente se busca para se conferir maior legitimidade a este movimento é o discurso em torno do caráter aflitivo dos gravames tributários.

Uma vez que não se pode pensar o Estado sem a realização de gastos para a consecução de suas tarefas, e que, em razão disto mesmo, deve ter assegurados os ingressos independentemente da boa vontade daqueles a cuja autoridade se submetem, tem-se um fundamento suficiente para justificar a existência de meios de obtenção compulsória dos recursos, em especial os tributos.

Por outro lado, o poder de tributar é uma das tantas manifestações da concentração do poder de exercer a força no Poder Público e, além de se voltar a finalidades eminentemente “fiscais”, de aportar recursos para o financiamento das atividades estatais, volta-se, também, para fins extrafiscais, e vem a traduzir-se num dos mais frequentes instrumentos da política econômica pública.

Das funções definidas, constitucionalmente, para o Estado em relação à economia, as que mais se ligam à tributação são precisamente as de fomento e fiscalização e, no contexto da pandemia, as possibilidades do emprego da tributação se voltam muito mais a materializar políticas relacionadas à produção e à circulação do que à repartição, justamente porque o tema do agravamento das desigualdades, em tempos de pandemia, se combateria com maior eficácia mediante instrumentos extratributários.

De qualquer modo, são precisamente estes momentos que devem conduzir à reflexão acerca do quão factível se mostra, efetivamente, a implementação do chamado “Estado Mínimo”.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. Hermenêutica e sistema constitucional tributário. In: SOUSA, Rubens Gomes de et alii. *Interpretação no Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do Direito Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

- BOBBIO, Norberto. *Profilo ideológico del '900*. Milano: Garzanti, 1990.
- BOBBIO, Norberto. Scienza del Diritto e analisi del linguaggio. *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 6, p. 352, 1950.
- BONESANA, Cesare Beccaria. *Elementi di economia pubblica*. Varese: Tipografica Varese, 1978.
- BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 1997.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Financeiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.
- CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- CATAUDELLA, Antonino. Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica. In: UNIVERSITÀ DI MACERATA. *Aspetti privatistici della programmazione economica – atti della Tavola Rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971, v. 1.
- CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v.1, t. 2.
- CHOMSKY, Noam. *Language and mind*. San Diego: Harcourt, 1972.
- CLARK, Giovanni. *O município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CROCE, Benedetto. Liberismo e liberalismo. In: CROCE, Benedetto & EINAUDI, Luigi. *Liberismo e liberalismo*. Milano-Napoli: Riccardo Ricciardi Ed., 1957.
- DE PAGE, Henri. *Complément au Traité Élémentaire de Droit Civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1951, v. 1.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Mutações jurisprudenciais em face da proteção da confiança e do interesse público no planejamento da receita e da despesa do Estado. In: FERRAZ, Roberto [org.]. *Princípios e limites da tributação – 2 – os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- EINAUDI, Luigi. *Principi di scienza della finanza*. Torino: Einaudi, 1956.
- ESPINOSA, Baruch de. *Tratado político*. Trad. José Perez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.
- EUCKEN, Walther. *Fundamentos de política económica*. Trad. José Luís Gómez Delmás. Madrid: Rialp, 1956.
- FALCÃO, Amílcar Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FARJAT, Gérard. *L'ordre public économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1963.
- FERRI, Giovanni B. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. 2ª ed. Rimini: Maggioli, 1998.
- FEUERBACH, Ludwig. *L'essenza della religione*. Trad. Anna Marietti Solmi. Torino: Einaudi, 1982.
- GORLA, Gino. *Il contratto – problemi fondamentali trattati con el metodo comparativo e casistico*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, v. 1.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GUARNERI, Attilio. *Ordine pubblico e il sistema delle fonti del Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1974.
- JELLINEK, Georg. *La dottrina generale dello Stato*. Trad. Modestino Petrazziello. Milano: Società Editrice Libreria, 1921, v. 1.
- JEMOLO, Arturo Carlo. *I problemi pratici della libertà*. Milano: Dott. A. Giuffrè 1972.
- KANTOROWICZ, Ernst H. *Os dois corpos do rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Trad. Cid Knippel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- LACOMBE, Américo Lourenço Masset. *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- LONARDO, Loris. *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Milano: Edizione Scientifiche Italiane, 1993
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, v. 1.
- MACHADO, Brandão. A repetição de indébito no Direito Tributário. In: MACHADO, Brandão [org.]. *Direito Tributário – estudos em homenagem a Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOTA, Marcelo de Azevedo Telesca. Do funcionamento burocrático da administração pública em Max Weber. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas [org.]. *Funções constitucionais do Estado na ordem econômica – contexto de crise e reforma*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 2018.
- PAJARDI, Pietro. Il giuramento decisorio del curatore fallimentare. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, v.3, n. 2, p. 363, 1957
- PASTERIS, Carlo. *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962.
- QUADRI, Giovanni. *Diritto Pubblico dell'Economia*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1980.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANTANA, Diogo; CARVALHO, Vinícius Marques de. A luta, o jogo e o Direito – a crítica de Eros Grau à relação entre Direito e economia. In: COSTA, José Augusto Fontoura da, ANDRADE, José Maria de Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen [org.]. *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013, v. 2.
- SCAGLIONE, Francesco. Il mercato e le regole di correttezza. In: GALGANO, Francesco [org.]. *Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia*. Padova: CEDAM, 2010, v. 57.
- SCHMITT, Carl. *La dittatura*. Trad. Bruno Liverani. Bari: Laterza, 1975.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Los dos fundamentos de la ética – el fundamento de la moral*. Trad. Vicente Romano García. Buenos Aires: Aguilar, 1965.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico – Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do Direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIGORITA, Vincenzo Spagnuolo. *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1959.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WEBER, Max. *Economia e società*. Trad. Tullio Bagatti, Franco Casabianca, Pietro Rosi. Verona: Ed. Di Comunità, 1995, v. 1.

TRIBUTAÇÃO SUSTENTÁVEL E A COVID-19: POLÍTICAS FISCAIS DE CURTO, MÉDIO E LONGO PRAZO¹

Marciano Buffon

Pós-Doutor em Direito pela Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla/España. Doutor em Direito do Estado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Empresarial. Advogado. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogado.

Matheus Costella Menegussi

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS. Servidor Público Municipal.

Sumário: 1 Introdução; 2 A pandemia da Covid-19 no Brasil; 3 As medidas tributárias de contenção adotadas durante o isolamento social (primeira etapa); 4 As medidas tributárias relacionadas à retomada das atividades (segunda etapa) e à sustentação da economia (terceira etapa); 5 Um prenúncio das medidas a serem adotadas no pós-pandemia (quarta etapa): rumo ao desenvolvimento sustentável; 6 Conclusão; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.271-292, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 que assola a humanidade tem modificado hábitos e impactado de maneira extraordinária na vida de todos. Seus efeitos são evidentes na economia e na capacidade das empresas e dos cidadãos em geral para contribuir com o sustento da máquina pública. Quem não está mais prestando serviços, vendendo mercadorias e auferindo receitas, por exemplo, não tem como pagar tributos sobre essas atividades e encontra dificuldades para saldar débitos passados, acaso pendentes, remanescentes de um período em que tais fatos ocorriam com maior frequência.

Por outro lado, alguns gastos públicos adicionais podem-se revelar necessários, notadamente no que tange à assistência àqueles acometidos pela doença. Resumindo: uma perspectiva de aumento de despesas, e de redução de receitas, tornando mais dramática a tarefa de manter o equilíbrio das contas públicas.

Nesse sentido, o presente artigo abordará possíveis medidas tributárias de curto, médio e longo prazo para enfrentamento das repercussões econômicas da crise causada pela disseminação da Covid-19 (Sars-Cov-2), no Brasil. A análise compreende duas etapas: as medidas inicialmente voltadas para desoneração tributária ou prorrogação do pagamento de tributos (ditas emergências) e, em seguida, as destinadas à recomposição e reequilíbrio das finanças públicas nacionais.

O objetivo do estudo é oferecer subsídios de política tributária tanto para avaliar as medidas já adotadas no Brasil (e seus reflexos nos tribunais de justiça) quanto para auxiliar a governança na tomada de decisão, sobremaneira em relação aos próximos passos a serem dados no longo caminho de enfrentamento e superação dos efeitos da Covid-19.

Assim sendo, com o escopo de desenvolver o tema proposto, o artigo será assim estruturado: a partir desta introdução, o tópico 2 discutirá a pandemia da Covid-19 no Brasil, destacando-se, de um lado, a rápida evolução da disseminação do vírus (analisados os percentuais da doença nas regiões do país), e de outro, os impactos dela decorrentes na economia e na arrecadação tributária, considerando a adoção das necessárias medidas sanitárias de isolamento social impostas pelos governos. Em seguida, o tópico 3 traçará as principais medidas tributárias de contenção já efetivadas, as proposições legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados e o estado atual do debate em torno do tema. Analisará, também, algumas das principais controvérsias fiscais submetidas ao judiciário brasileiro no contexto da pandemia: (i) as ações de suspensão do pagamento de tributos; (ii) os pedidos de substituição do depósito judicial por seguro garantia; e (iii) a ação direta voltada à suspensão das restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal em relação à concessão de benefícios fiscais; O tópico 4 abordará exemplos de medidas tributárias relacionadas à retomada das atividades (segunda etapa) e à sustentação da economia (terceira etapa), priorizando a solvência das famílias e das empresas e o incentivo à retomada dos investimentos em relação à arrecadação tributária; O tópico 5 fará um prenúncio das prováveis medidas a serem adotadas no pós-pandemia (quarta etapa), período em que o sistema tributário nacional deverá retomar sua higidez, de modo a recuperar não só a capacidade de gerar receitas ao Estado, mas também de estimular e desestimular comportamentos com vistas à realização da sustentabilidade global. Por fim, será apresentada a conclusão.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, exercido a partir da análise das informações disponíveis até a data da elaboração deste estudo e poderá ser atualizada ou revista à luz dos desdobramentos da crise sanitária e econômica. Além disso, também se utilizou de dados estatísticos, pesquisa documental e bibliográfica. As fontes consultadas incluem publicações de organismos internacionais, documentos legislativos, trabalhos acadêmicos e precedentes judiciais relacionados à temática do estudo.

2 A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

A Covid-19, sem dúvida alguma, é a crise mais desafiadora que a humanidade enfrenta desde a Segunda Grande Guerra Mundial e será responsável pela maior queda na atividade econômica desde a Grande Depressão. A perspectiva de retração da economia mundial é de 3% até o final de julho, e ainda pode agravar-se.² Ao encontro disso, estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) preveem que a produção pode inicialmente cair entre 20% a 25%, e o consumo das famílias em cerca de um terço em diversos países. Para cada mês de confinamento, calcula-se queda de cerca de 2% no produto interno bruto (PIB).³

A pandemia ‘desembarcou’ no Brasil rapidamente e, em algumas regiões do País, seus impactos foram maiores e mais graves. Até o final de julho (31ª semana epidemiológica, de 26 de julho a 01 de agosto, dados compilados até o dia 27), o Brasil acumulou 2.442.375 casos de Covid-19 (23.284 novos casos em relação ao dia anterior), com 87.618 óbitos (614 novos óbitos em relação ao dia anterior).⁴

Dados colhidos no *Painel Coronavírus – Brasil* demonstram que a epidemia afeta a população brasileira de forma heterogênea. Os estados da Região Sul registram 14,1 óbitos por 100 mil habitantes. No Sudeste, esse índice é de 74,6, no Rio de Janeiro, e de 47,2 em São Paulo; Minas Gerais surpreende com a baixa taxa de óbitos de 11,6 por 100 mil habitantes. No Centro-Oeste, Brasília apresenta o pior indicador (44,4). No Nordeste, os estados mais fustigados são Ceará (82,2) e Pernambuco (66,7), com o indicador da Bahia também surpreendendo positivamente (21,7). No Norte, Roraima sofre o pior surto (78,2), mas Amazonas, Pará e Amapá também vêm registrando índices elevados, 77,8, 66,6 e 65,7 mortes por 100 mil habitantes, respectivamente.⁵ Na comparação mundial (dados de 27 de julho), ocupamos o 2º lugar em número de casos (2,442,375); o 3º lugar em novos casos (23.579); o 2º lugar em total de mortes (87.679); e o 2º lugar em novas mortes (627).⁶

As medidas de isolamento no Brasil foram adotadas pelos governos locais quase a mesma época em que ocorreram na Europa e nos Estados Unidos. O estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, atualmente ocupa a 10ª posição no *ranking* de isolamento social entre os estados brasileiros (dados analisados entre 19 e 25 de julho mostram que o índice foi de 41,4%).⁷ Foram reduzidos acentuadamente os contatos diários das pessoas nas lojas, nos restaurantes, nos escritórios, no transporte público e nos parques e praças. Estas medidas tornaram a propagação do vírus comprovadamente mais lenta.⁸

2 WEDY, Gabriel. *Covid-19, mudança do clima e perda da biodiversidade*. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/covid-19-mudanca-clima-perda-biodiversidade>. Acesso em: 16 jul. 2020. Segundo o economista estadunidense Lawrence Summers, a pandemia, juntamente com os ataques terroristas ao World Trade Center (11 de setembro de 2001) e a Crise de 2008, faz parte dos três maiores choques globais do Século 21, sendo de longe o mais significativo. (SUMMERS, Lawrence. *Covid-19 looks like a hinge in history*. *Financial Times*, 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/de643ae8-9527-11ea-899a-f62a20d54625>. Acesso em: 16 jul. 2020).

3 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience*, 19 de maio de 2020, p.8. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

4 BRASIL. *Ministério da Saúde*. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde, atualizado em 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

5 BRASIL. *Ministério da Saúde*. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde, atualizado em 28/7/2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

6 WORLDOMETER. *Covid-19 Coronavirus Pandemic: reported cases and deaths by Country, Territory, or Conveyance*, 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Acesso em: 28 jul. 2020.

7 GLOBO NOTÍCIAS (G1). *RS está na 10ª posição no ranking de isolamento social entre os estados brasileiros*. Publicado em 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/07/28/rs-esta-na-10a-posicao-no-ranking-de-isolamento-social-entre-os-estados-brasileiros.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2020.

8 WEDY, Gabriel. Relatório 2020 dos ODS: pandemia e o desenvolvimento sustentável. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/ambiente-juridico-relatorio-2020-ods-pandemia-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

No entanto, os bloqueios são muito caros e não são plenamente eficientes, pois ao isolar apenas indivíduos infectados e os seus contatos, todos ficam isolados indiscriminadamente. Este cenário, aliás, sofre agravamento, sobretudo nos países pobres e em desenvolvimento, pois não existem estruturas físicas e recursos para testagens em massa das populações. A economia paralisa, com custos muito altos, gerando desemprego, a pobreza repentina, o aumento da fome, o aumento dos abusos domésticos e outros impactos psicológicos decorrentes do permanecer em casa por tempo indeterminado. Com efeito, são os hipossuficientes economicamente e as minorias que mais sofrem não apenas com a pandemia, mas com o desenvolvimento insustentável do País.⁹

De outro giro, as necessárias medidas sanitárias de isolamento social e quarentena, além de deprimir a atividade econômica, acabam por derrubar fortemente a arrecadação tributária própria dos entes subnacionais, apoiada substancialmente em tributos sobre o consumo (ICMS e ISS). Em suma, além da queda (despesas públicas em expansão), há o coice (queda na arrecadação tributária própria).¹⁰

Não há dúvidas de que a crise exigirá da governança ousadia, criatividade e responsabilidade para liderar e, sobretudo, para formular políticas públicas de recuperação da nação rumo ao desenvolvimento sustentável, exigências inelutáveis de quem comanda os destinos de uma sociedade.

Ao lado do desafio primordial de equipar os serviços de saúde com os instrumentos necessários para salvar vidas, primeira tarefa de quem governa, urge igualmente a adoção de medidas que lidem com os desafios econômicos do momento, minimizando os danos. O papel da tributação, nesse cenário, ganha relevância e notoriedade, com certeza.

Nessa perspectiva, “no item 3”, apresentar-se-á um quadro geral de algumas medidas de natureza tributária propostas para fazer frente aos efeitos da pandemia no Brasil, incluindo-se os atos normativos de índole tributária efetivamente já adotados pelo Governo e pelo Congresso Nacional e também as proposições em tramitação na Câmara dos Deputados relacionadas à pandemia. A análise também abarcará as principais decisões tomadas pelo Poder Judiciário na matéria. Malgrado não lhe caiba formular políticas fiscais, não há dúvida que sua atuação pode interferir fortemente na efetividade de certas medidas estabelecidas, bem como influenciar a adoção de outras.

3 AS MEDIDAS TRIBUTÁRIAS DE CONTENÇÃO ADOTADAS DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL (PRIMEIRA ETAPA)

O Brasil tem adotado significativo número de providências de ordem tributária para mitigar e combater os efeitos socioeconômicos da pandemia, ditas emergenciais. Há desde “atos legislativos e medidas provisórias a atos administrativos editados pelo Ministério da Economia, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e, inclusive, pelo Comitê Gestor do Simples Nacional”.¹¹

A lista inclui atos normativos que alteram a forma ou o prazo de recolhimento de tributos, como a Portaria nº 139, de 3 de abril de 2020¹², do Ministério da Economia, que prorroga o

9 WEDY, Gabriel. Relatório 2020 dos ODS: pandemia e o desenvolvimento sustentável. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/ambiente-juridico-relatorio-2020-ods-pandemia-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

10 PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

11 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.28. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

12 BRASIL. *PORTARIA nº 139, de 3 de abril de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20139-me.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

prazo de vencimento das contribuições previdenciárias sobre folha de pagamentos devidas pelo empregador, PIS/Pasep e Cofins.¹³

O alcance das medidas é também diverso. “Algumas são amplas e destinam-se a todos os contribuintes”.¹⁴ É o caso da prorrogação do prazo de entrega das Declarações do IRPF (DIRPF) para 30 de junho de 2020, e de pagamento das cotas do imposto, estabelecida pela Instrução Normativa RFB nº 1.930, de 1º de abril de 2020¹⁵. Outras são restritas a bens ou segmentos econômicos estratégicos no combate à pandemia. Podem-se trazer como exemplos a Resolução nº 17, de 17 de março de 2020¹⁶, da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), que reduziu a zero as alíquotas do Imposto de Importação sobre produtos de higiene, desinfetantes, equipamentos de proteção individuais e produtos médico-hospitalares (ventiladores pulmonares), e a Resolução nº 28, de 1º de abril de 2020¹⁷, do mesmo órgão, que amplia a lista de produtos desonerados. É o caso também do Decreto nº 10.302, de 1º de abril de 2020¹⁸, que reduziu a zero a alíquota de IPI sobre artigos de laboratório ou de farmácia, luvas, mitenes e termômetros clínicos, até 30 de setembro de 2020.

A toda evidência, “as medidas estão circunscritas aos atos normativos que dizem respeito a tributos federais”.¹⁹ A única exceção é a Resolução CGSN nº 154, de 3 de abril de 2020²⁰, do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), que posterga o vencimento de pagamento do Simples-Nacional, para os tributos federais e para o ICMS ou ISS.

Ressalte-se que as medidas destacadas até aqui seguem as propostas preconizadas pela OCDE para as fases iniciais²¹ da pandemia, focadas em: diferimento do pagamento de tributos (contribuições previdenciárias patronais, Simples-Nacional, PIS/Pasep, Cofins e IRPF) e das prestações de parcelamentos; postergação dos prazos de entrega de declarações das pessoas físicas e jurídicas; extensão da validade de certidões emitidas pelo fisco; desoneração tributária de produtos médicos e de higiene e limpeza (imposto de importação, IPI, PIS/Pasep e Cofins) e da tomada de crédito bancário (IOF).²²

Chama a atenção a timidez das ações de natureza tributária implementadas até o momento, no Brasil. No contexto atual, com a retração econômica que se prenuncia, é provável que o simples adiamento do pagamento dos tributos não seja suficiente para garantir o fluxo de caixa das empresas e a renda das famílias. Basta lembrar que os novos prazos de recolhimento de tributos vencem no próprio exercício de 2020, e não há neste momento

13 VITAL, Danilo. Governo adia pagamento de tributos federais de março a abril. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/governo-prorroga-pagamento-tributos-federais-meses>. Acesso em: 28 jul. 2020.

14 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p. 28. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

15 BRASIL. *INSTRUÇÃO NORMATIVA nº 1.932, de 3 de abril de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/IN/IN1932-me-serfb.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

16 BRASIL. *RESOLUÇÃO nº 17, de 17 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/Resolucao%20n%C2%BA%2017-CAMEX.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

17 DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. *Resolução nº 28, de 1º de abril de 2020*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-28-de-1-de-abril-de-2020-251062799>. Acesso em: 28 jul. 2020.

18 BRASIL. *DECRETO nº 10.302, de 1º de abril de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

19 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p. 28. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

20 BRASIL. *RESOLUÇÃO CGSN nº 154, de 03 de abril de 2020*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

21 Praticamente todas as medidas implementadas na fase inicial são temporárias, seguindo a recomendação de se evitarem perdas permanentes de receitas ou afrouxamentos burocráticos excessivos, em prejuízo ao controle tributário-aduaneiro.

22 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience*, 19/05/2020, p.8. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

perspectivas de que a atual contração da economia seja integral ou substancialmente revertida por uma recuperação espetacular no segundo semestre.²³

Sabemos, outrossim, que as medidas tributárias devem ser vistas de forma complementar às iniciativas assistenciais e creditícias adotadas pela União para lidar com os efeitos econômicos da pandemia.²⁴ Nessa perspectiva, não haveria obstáculos a que a União promovesse a emissão de moeda, expandindo a base monetária nacional, de modo a injetar recursos na economia, conferindo o adequado atendimento às demandas do sistema único de saúde, aos Estados e Municípios que estão na linha de frente no combate à pandemia, à população mais vulnerável com a ampliação no tempo, na base e no montante do auxílio emergencial, em direção à criação de um programa de renda mínima universal²⁵, e, também, às pequenas e médias empresas que assegurassem emprego e renda para os seus trabalhadores.²⁶

Outrossim, malgrado não seja papel do Poder Judiciário formular as diretrizes da política tributária do país, “as decisões que adota em casos individuais ou em decisões com eficácia ampla (efeitos *erga omnes*) podem influenciar significativamente as escolhas do Poder Público e também sua efetividade em concreto”.²⁷

Desse modo, destacam-se algumas das principais controvérsias fiscais submetidas ao judiciário brasileiro no contexto da pandemia: (i) as ações de suspensão do pagamento de tributos; (ii) os pedidos de substituição do depósito judicial por seguro garantia; e (iii) a ação direta voltada à suspensão das restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal em relação à concessão de benefícios fiscais.²⁸

Premidos pelos primeiros efeitos econômicos da pandemia e pelas restrições impostas pelo Poder Público à atividade econômica, diversos contribuintes recorreram ao Judiciário em busca do que se poderia chamar de uma “moratória judicial”, na forma de suspensão de exigibilidade ou prorrogação de vencimento de tributos federais (e.g. IRPJ, CSLL, PIS e Cofins), estaduais (e.g. ICMS) ou municipais (e.g. IPTU e taxas).²⁹

Nas ações propostas, apontam-se como fundamento para o afastamento temporário do dever de pagamento de tributos os efeitos do isolamento social e das restrições à atividade comercial imposta pelo Poder Público, bem como o reconhecimento da ocorrência do estado de calamidade pública pelos diferentes entes federados.³⁰ Ainda, no tocante aos

23 PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

24 BRASIL. *Ministério da Economia*. Confira as medidas tomadas pelo Ministério da Economia em função da Covid-19 (Coronavírus). Publicado em 06 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>. Acesso em: 29 jul. 2020.

25 Os benefícios de um programa de renda mínima cidadã são inúmeros aos países pobres e em desenvolvimento, porquanto diminuiria a desigualdade na distribuição de renda, além de propiciar a todos a garantia de satisfação de suas necessidades básicas.

26 RIBEIRO, Ricardo Lodi. A pandemia desfaz o mito do orçamento equilibrado. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/ricardo-lodi-pandemia-desfaz-mito-orcamento-equilibrado>. Acesso em: 28 jul. 2020.

27 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.31. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

28 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.31. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

29 ALBUQUERQUE, Victor Teixeira de; WIDMANN, Priscilla Alessandra. Moratória fiscal judicial em tempos de pandemia – o papel do Poder Judiciário e o velho problema do controle externo da administração. *Migalhas*. Publicado em 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327181/moratoria-fiscal-judicial-em-tempos-de-pandemia-o-papel-do-poder-judiciario-e-o-velho-problema-do-controle-externo-da-administracao>. Acesso em: 28 jul. 2020.

30 ALBUQUERQUE, Victor Teixeira de; WIDMANN, Priscilla Alessandra. Moratória fiscal judicial em tempos de pandemia – o papel do Poder Judiciário e o velho problema do controle externo da administração. *Migalhas*. Publicado em 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327181/moratoria-fiscal-judicial-em-tempos-de-pandemia-o-papel-do-poder-judiciario-e-o-velho-problema-do-controle-externo-da-administracao>. Acesso em: 28 jul. 2020.

tributos federais, acrescentam-se mais dois fundamentos jurídicos: a Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012³¹, do antigo Ministério da Fazenda (MF), que prorroga o prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e suspende o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da RFB e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na situação que especifica; e a Instrução Normativa RFB nº 1.243, de 2012³², que altera os prazos para o cumprimento de obrigações acessórias relativas aos tributos por ela administrados.

Em diversos estados da federação e também no Distrito Federal, foram deferidas judicialmente tutelas provisórias para suspender temporariamente ou prorrogar o vencimento de tributos – em geral, por 60 ou 90 dias³³. O juízo da 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal concedeu liminar nos autos do processo nº 1016660-71.2020.4.01.3400 para autorizar a empresa/autora, excepcionalmente, pelo prazo de três meses, contados de cada vencimento, o diferimento do recolhimento dos tributos federais IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, como forma de garantir a manutenção integral dos postos de trabalho.³⁴

Em São Paulo, o juízo da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo³⁵ concedeu liminar requerida em mandado de segurança para o fim de assegurar ao contribuinte o direito de prorrogar o prazo de pagamento das obrigações tributárias federais relativas aos meses de março e abril de 2020. A decisão considerou o teor da Portaria MF nº 12, de 2012.

Todavia, nos Tribunais, os julgamentos não encontraram desfecho uniforme, ou seja, boa parte das liminares concedidas em primeiro grau foram suspensas ou cassadas em grau recursal.³⁶ Foi o que ocorreu, por exemplo, no âmbito da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região³⁷, que cassou diversas liminares³⁸ que permitiam a prorrogação de tributos federais ou parcelamentos devido à pandemia relacionada à Covid-19 e ao estado de calamidade pública dela decorrente.

A mesma orientação parece ter sido adotada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em decisões monocráticas que rechaçaram o pleito de moratória judicial com fundamento na Portaria MF nº 12, de 2012, sem prejuízo da possibilidade de acolhida dessa pretensão em casos excepcionais.³⁹

31 BRASIL. *PORTARIA MF nº 12*, de 20 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37244&visao=compilado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

32 BRASIL. *INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB nº 1243*, de 25 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37261&visao=anotado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

33 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.32. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

34 BRASIL. *Justiça Federal da 1ª Região*. Procedimento Comum Cível nº 1016660-71.2020.4.01.3400, Órgão julgador: 21ª Vara Federal Cível da SJDF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-df-aplica-teoria-fato-principe.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

35 BRASIL. *Justiça Federal da 3ª Região*. Mandado de Segurança Cível nº 5005357-83.2020.4.03.6100, Órgão julgador: 14ª Vara Cível Federal de São Paulo. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br>. Acesso em: 29 jul. 2020.

36 Na maioria dos casos pesquisados, a fundamentação utilizada pelos desembargadores para suspender ou cassar as liminares concedidas prestigiou a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “a suspensão da exigibilidade do crédito tributário reclama, na forma do disposto no artigo 141, CTN, a observância das hipóteses previstas no artigo 151 do mesmo diploma legal”, sendo certo que, “a teor do art. 97, VI, a suspensão do crédito tributário sujeita-se ao princípio da legalidade estrita” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, REsp 219.651/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJU de 06/11/2000), bem como “interpreta-se literalmente a legislação que dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 111, I, do CTN)” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*, AgRg na MC 15.496/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 21/08/2009). Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

37 BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. Agravo de Instrumento/SP nº 5007503-64.2020.4.03.0000, Desembargador Federal Luiz Paulo Cotrim Guimarães, data do julgamento: 22/07/2020. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

38 A título de exemplo, podemos citar: Agravo de Instrumento/SP nº 5007243-84.2020.4.03.0000 e 5007928-91.2020.4.03.0000. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaResumida/1?np=0>. Acesso em: 29 jul. 2020.

39 A título de exemplo, podemos citar: BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, AG 5003396-04.2020.4.02.0000, Rel. Des. Fed. Ferreira Neves, DJ 13/04/2020; AG 5003290 42.2020.4.02.0000, Rel. Juiz Fed. Conv. Firly Nascimento Filho, DJ 11/04/2020; AG 5003197-79.2020.4.02.0000, Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, DJ 07/04/2020. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

No âmbito da justiça estadual da São Paulo, o presidente do Tribunal de Justiça, nos autos do pedido de suspensão de liminar feito pelo Estado de São Paulo (nº 2066138-17.2020.8.26.000), suspendeu liminares concedidas em mandados de segurança, que deferiram moratória mediante a prorrogação dos vencimentos de tributos e/ou parcelamentos estaduais vencidos até o final do estado de calamidade pública, matéria afeta ao presente recurso.⁴⁰

Ademais, a orientação adotada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), nos casos que chegaram a Corte, foi no sentido de suspender as liminares concedidas para suspensão ou prorrogação de débitos tributários. Assim, muitas das liminares concedidas e não cassadas em segundo grau de jurisdição tiveram esse desfecho no âmbito do STF.

Na Medida Cautelar de Suspensão de Tutela Provisória (STP) n. 185, requerida pelo município de São Luís (MA), o Presidente, Ministro Dias Toffoli, deferiu, em 27 de abril de 2020, o pedido para suspender, liminarmente, os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada recursal nos autos do Agravo de Instrumento nº 0803581-39.2020.8.10.0000⁴¹, em trâmite perante o Tribunal de Justiça maranhense, até o trânsito em julgado da ação ordinária a que se refere.⁴²

No mesmo sentido foi a decisão na medida cautelar de Suspensão de Segurança nº 5.373, do município de Aracaju (SE). A suspensão foi ajuizada contra decisão do Tribunal de Justiça do estado de Sergipe, que deferiu pedido do contribuinte para postergar o recolhimento de ISS, pelo prazo de 3 meses.⁴³

De acordo com os casos trazidos nesta exposição, denota-se, em suma, que os efeitos nefastos da pandemia, somados aos fundamentos veiculados na Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012, do antigo Ministério da Fazenda (MF) e na Instrução Normativa RFB nº 1.243, de 2012, não foram suficientes para sensibilizar alguns Tribunais Superiores do país que se mantiveram dentro dos limites do artigo 153 do Código Tributário Nacional (CTN), sem deixar transbordar sua competência e, portanto, deixando de usurpar competência dos outros poderes.

Afora isso, cremos que em situações de crises humanitária e sócio-econômica, como as que enfrentamos hoje em razão da Covid-19, os deveres de resposta não podem ser desconectados e descontextualizados, sob pena do risco de provocarem novas situações de desastres, expondo a população afetada a novos riscos e aumentando ainda mais sua vulnerabilidade. Vale dizer, o tratamento a ser dado à questão deve ser isonômico frente a todos os contribuintes que se encontram na mesma situação, razão pela qual somente a lei

40 O magistrado acolheu pedido formulado pela fazenda Pública de São Paulo, que alegava grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas. Afora a necessidade de lei para concessão de moratória, a decisão apontou ainda que haveria “risco de lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”. O impacto na arrecadação estadual e, por conseguinte, nas ações de enfrentamento da crise sanitária também foi considerado nas razões de decidir, uma vez que “as decisões desconsideraram que a redução na arrecadação dos impostos pelo Estado interfere diretamente na execução das medidas necessárias à contenção da pandemia de COVID-19”. Ver: BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 3002894-97.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 29/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 28 jul. 2020. Ver também: BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 2102712-39.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 17/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2020.

41 A liminar, concedida pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, havia suspenso a exigibilidade do crédito tributário e autorizado dilação do recolhimento do Imposto sobre Serviços (ISS) pelo período de seis meses.

42 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STP nº 185. Origem: MA–MARANHÃO, Relator: Ministro Presidente. Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5898606>. Acesso em: 29 jul. 2020.

43 Segue excerto da decisão: “Ante o exposto, defiro o pedido para suspender, liminarmente, os efeitos das decisões proferidas nos autos do Agravo de Instrumento nº 000307227.2020.8.25.0000 e ADI nº 0003199-62.2020.8.25.0000, ambos em trâmite perante o Tribunal de Justiça sergipano, até o trânsito em julgado das ações a que se referem.” Ver: BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Suspensão de Segurança nº 5.373. Origem: SE – SERGIPE, Relator: Ministro Presidente, Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5900987>. Acesso em: 29 jul. 2020.

(ou ato com os mesmos efeitos, como a Medida Provisória) pode conceder moratória ou fixar as condições para o seu deferimento.⁴⁴

Outrossim, outro pleito que frequentemente tem sido submetido ao Judiciário é o de substituição de depósito judicial em processos tributários por seguro garantia, nos termos da Lei 9.703/1998. A substituição “é apresentada como uma forma de assegurar maior liquidez às empresas, diante do quadro de crise instalado”.⁴⁵

Assim como em relação à moratória judicial, “também não há uniformidade nas decisões a respeito desse tema, mas a orientação que parece predominar nos tribunais superiores não é favorável aos contribuintes”.⁴⁶ A nosso ver por duas razões principais: a uma, porque o seguro garantia não se enquadra em nenhuma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional; a duas, porquanto o depósito judicial serviria para manter suprido o caixa do Poder Público, tendo em vista o combate à Covid-19 e seus efeitos de toda ordem.

No STF, o pleito de substituição foi indeferido pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.239.911. No caso, o contribuinte pretendia substituir os depósitos em dinheiro efetivados para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por apólice de seguro garantia do valor em disputa. A medida requerida poderia representar uma forma de atenuar as dificuldades que, em termos de caixa e liquidez, vêm enfrentando os contribuintes dos mais diversos segmentos econômicos.⁴⁷

O pedido, no entanto, não foi acolhido. O relator consignou que, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, depósito e oferecimento do seguro garantia não são medidas equivalentes. O seguro garantia não consta no rol exaustivo do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN) como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual o pedido de substituição não pode ser acolhido.⁴⁸

Outrossim, questão controvertida diz respeito à possibilidade de levantamento, e, conseqüentemente, de substituição dos valores depositados judicialmente após o encerramento da lide ou do processo litigioso, consoante disposição do artigo 1º, parágrafo 3º, da Lei 9.703/1998.

Em que pese, para alguns, o encerramento da lide seja entendido como o término da discussão sobre o mérito (e, portanto, não haveria necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão)⁴⁹, o Superior Tribunal de Justiça, no Pedido de Tutela Provisória nº 2.700, denegou pedido de contribuinte de substituição de depósito judicial tributário por seguro garantia, por entender que o requerimento iria contra expressa vedação legal.⁵⁰ A proibição estaria no §

44 MARTINS, Jomar. Não é o momento de decisões tributárias isoladas, diz desembargador do TRF-4. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/epidemia-nao-justifica-suspensao-cobranca-imposto-trf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

45 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.36. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

46 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.36. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

47 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário Com Agravo (ARE) 1239911. Origem: SP - SÃO PAULO, Relator: Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 13/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792478>. Acesso em: 29 jul. 2020.

48 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário Com Agravo (ARE) 1239911. Origem: SP - SÃO PAULO, Relator: Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 13/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792478>. Acesso em: 29 jul. 2020.

49 VITAL, Danilo. Combate à epidemia barra substituição de depósito judicial em casos tributários. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/epidemia-barra-substituicao-deposito-judicial-tributario>. Acesso em: 28 jul. 2020.

50 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Pedido de Tutela Provisória nº 2700/DF. Tribunal de Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 06/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

3º do art. 1º da Lei nº 9.703, de 1998, que condiciona o levantamento do depósito judicial ou extrajudicial ao encerramento da lide ou do processo litigioso. E nem poderia ser diferente. Afinal,

a garantia prevista no art. 151, II, do CTN tem natureza dúplice, porquanto, ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, permanecendo indisponível até o *trânsito em julgado da sentença* e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado da demanda em cujos autos se efetivou. (g.n.).⁵¹

Assim sendo, havendo norma expressa a vedar o levantamento do depósito judicial, a medida somente poderia ser autorizada ou mediante a declaração de inconstitucionalidade ou mediante aquilo que a doutrina denomina *superação* (defeasibility)⁵² da regra legal.

Dando continuidade a exposição do assunto, cabe-nos abordar a possibilidade de afastamento das restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal pelos entes federados que decretaram estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19.⁵³

Nesse sentido, decisão especialmente relevante em matéria tributária foi a proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 6.357, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.⁵⁴ A ação foi proposta por iniciativa do Presidente da República com o objetivo de afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação do Covid-19 (vide artigo 14, incisos I e II da Lei Complementar nº 101/2000).

A liminar foi concedida em decisão monocrática do ministro relator, conforme citação abaixo:

(...) Diante do exposto, concedo a medida cautelar na presente ação direta de inconstitucionalidade, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, com base no art. 21, V, do RISTF, para conceder interpretação conforme à Constituição Federal, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19. Ressalto que, a presente medida cautelar se aplica a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19. Intime-se com urgência. Publique-se.⁵⁵

Posteriormente, no entanto, a decisão foi submetida ao Plenário do Tribunal, que em 13 de maio de 2020, por maioria, referendou a medida cautelar deferida e extinguiu a ação por

51 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Pedido de Tutela Provisória nº 2700/DF. Tribunal de Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 06/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

52 ROSA, Alexandre Morais da. Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida>. Acesso em: 28 jul. 2020.

53 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p. 37. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

54 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.357. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. Alexandre De Moraes, Data do Julgamento: 29/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 29 jul. 2020.

55 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.357. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. Alexandre De Moraes, Data do Julgamento: 29/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 29 jul. 2020.

perda superveniente de objeto, nos termos do voto do Relator. A extinção da ação justificou-se pela promulgação da Emenda Constitucional nº 106, chamada de “orçamento de guerra”, cujo art. 3º prevê disposição com efeitos muitos semelhantes aos pretendidos na ação, vejamos:

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.⁵⁶

Ainda que o objeto da ação não se limite exclusivamente à esfera tributária, o caso é particularmente importante para análise do tema deste estudo, porquanto “afastadas as restrições do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, abre-se espaço jurídico para aprovação de projetos de lei de incentivos voltados ao combate dos efeitos socioeconômicos da atual pandemia”.⁵⁷

Ao fim e ao cabo, realizada essa breve análise de algumas medidas tributárias adotadas na fase de isolamento social e os reflexos de decisões judiciais que interferem nas escolhas do Poder Público, ousamos concluir que as ações adotadas pelo Governo até aqui seguiram no rumo certo, mas pecaram pela insuficiência, pela timidez. Conviria aos poderes Legislativo e Executivo agirem no sentido de ampliá-las, sobretudo àquelas regiões que ainda enfrentam as chagas da quarentena e do *lockdown*, sob pena de a discussão das matérias fiscais-tributárias serem cada vez mais deslocadas casuisticamente para o Poder Judiciário.

4 AS MEDIDAS TRIBUTÁRIAS RELACIONADAS À RETOMADA DAS ATIVIDADES (SEGUNDA ETAPA) E À SUSTENTAÇÃO DA ECONOMIA (TERCEIRA ETAPA)

Neste item, nossa opção foi agrupar a segunda (retomada das atividades) e a terceira (estímulo fiscal para dar sustentação à economia) fase do enfrentamento da Covid-19. Isso se justifica porque as medidas a serem adotadas em ambas as etapas ainda estarão mais preocupadas com a solvência das famílias e das empresas e com o incentivo à retomada dos investimentos do que com a arrecadação tributária. Nas palavras do advogado, doutrinador e professor Fernando Facury Scaff – com as quais se concorda – nesse momento, o “enfrentamento deve ocorrer pelo lado da *despesa* e não da *receita pública*”.⁵⁸

A criação de novas incidências tributárias seria inadmissível, pois. O cidadão, desprovido de capacidade para promover o seu próprio sustento (em razão dos efeitos nefastos da pandemia), não pode ser compelido a contribuir por meio de novos tributos para

56 BRASIL. *Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

57 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.37. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

58 SCAFF, Fernando Facury. Nesta crise não se deve aumentar tributo — simples assim. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 06 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/justica-tributaria-nesta-crise-nao-aumentar-tributo-simples-assim>. Acesso em: 29 jul. 2020. Nessa linha, Helenilson Cunha Pontes também alerta que: “desde logo, é fundamental afastar propostas que, aproveitando as incertezas da crise, representem a criação de novas incidências tributárias ou a majoração das atualmente existentes. Nenhum país do mundo civilizado adotou a criação ou majoração de tributos como instrumento para coibir os efeitos econômicos negativos da pandemia.” Ver: PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

o Estado, especialmente quanto este não lhe oferece o auxílio necessário para manutenção dos seus direitos fundamentais, exemplo do que vem acontecendo nesse período de crise.⁵⁹

Sem dúvida, às famílias mais empobrecidas, serviria de auxílio à retomada das atividades a redução da alíquota dos impostos que incidem sobre o consumo. Sabe-se, porém, das dificuldades de colocar isso em prática. No Brasil, ainda não existe um IVA (Imposto sobre Valor Agregado) nacional, ou seja, aqui a tributação do consumo é repartida entre os três níveis de governo – União, Estados e Municípios – e concretizada, grosso modo, por cinco tributos diferentes – IPI, PIS/Pasep, Cofins, ICMS e ISS.

Não é raro “determinada desoneração no plano federal ser, total ou parcialmente, neutralizada por aumento de tributação do ICMS, estadual.”⁶⁰ Aliás, isso é bastante comum no caso de combustíveis, por exemplo.⁶¹

Tudo nos leva a crer que a curto prazo eventuais medidas de incentivo ao investimento na órbita da tributação indireta serão bem tímidas, talvez restritas à concessão de algum incentivo fiscal (redução de alíquotas e/ou concessão de crédito presumido) na órbita do PIS/Pasep e Cofins, com pouca chance de resultados efetivos.⁶²

Por isso, as medidas a serem tomadas nessas etapas, se vierem, devem concentrar-se provavelmente na tributação direta, mais especificamente no IRPJ/CSLL. É o caso, por exemplo, da depreciação acelerada⁶³ para investimentos realizados nesse período ou da flexibilização da utilização de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL.⁶⁴

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a três, já se posicionou no sentido de que o limite de 30% para aproveitamento de prejuízo no abatimento do Imposto de Renda de pessoa jurídica e sobre a CSLL é constitucional.⁶⁵ Isso será extremamente importante pois permitirá que as empresas possam aproveitar integralmente, na apuração do lucro líquido de 2020, os prejuízos fiscais acumulados dos anos anteriores.

59 BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.176.

60 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.47. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

61 ANDRADE, Hanrikson de. Bolsonaro diz que vai isentar combustível se estados “zerarem” ICMS. *Do UOL*. Publicado em: 05/02/2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/02/05/bolsonaro-diz-que-vai-isentar-combustivel-se-estados-zerarem-icms.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

62 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.48. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

63 A depreciação acelerada incentivada consiste na autorização legal às pessoas jurídicas optantes pelo lucro real de deduzir para fins de apuração do IRPJ e CSLL os gastos (despesas) que devem ser reconhecidos como ativo imobilizado. Em geral, essa dedução se dá ao longo do tempo de vida útil do bem, que supera, naturalmente, o ano calendário. Daí a diferença daquela depreciação qualificada como acelerada, pois ela antecipa essas deduções, já que permite a aplicação integral no próprio ano. Ver: CALCINI, Fábio Pallaretti. IRPJ e CSLL: depreciação acelerada incentivada da lavoura canavieira. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-10/direito-agronegocio-irpj-cssl-depreciacao-acelerada-incentivada-lavoura-canavieira>. Acesso em: 28 jul. 2020.

64 SANTOS, Saulo Gonçalves; FILHO, Ricardo Facundo Ferreira. Tributação, covid-19 e a trava de 30% do IRPJ e da CSLL. *Migalhas*. Publicado em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327417/tributacao-covid-19-e-a-trava-de-30-do-irpj-e-da-cssl>. Acesso em: 28 jul. 2020.

65 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário (RE) nº 591.340. Origem: SP – São Paulo, Relator: Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 27/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2633289>. Acesso em: 29 jul. 2020. Ainda consoante o voto vencedor, a possibilidade de compensação dos prejuízos surgiu com a lei Federal 157/1947, que previu essa faculdade sem qualquer limitação, de modo que os resultados negativos poderiam ser integralmente aproveitados, desde que o fossem nos três exercícios subsequentes. Após, o decreto-lei 1.493/73 aumentou esse prazo, determinando que os prejuízos pudessem ser compensados dentro dos quatro exercícios financeiros subsequentes. Por fim, depois de outras modificações, adveio a norma atualmente em vigor, que determina que os prejuízos pretéritos podem ser compensados até o limite de 30% do lucro líquido do período. Recentemente, o STJ iniciou o julgamento do REsp 1.805.925/SP, que analisa a possibilidade da “trava” de 30% ser desconsiderada para a compensação dos prejuízos de empresas extintas, tendo o relator do caso min. Napoleão Nunes Maia Filho, votado no sentido de que todos os prejuízos pudessem ser compensados sem a limitação no último período de apuração, sob pena de se perder o direito de compensar os resultados negativos, já que a empresa deixaria de existir. O julgamento está pendente desde 4.2.20, em razão de pedido de vistas feito pelo Min. Benedito Gonçalves. Ver: SANTOS, Saulo Gonçalves; FERREIRA FILHO, Ricardo Facundo. Tributação, covid-19 e a trava de 30% do IRPJ e da CSLL. *Migalhas*. Publicado em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327417/tributacao-covid-19-e-a-trava-de-30-do-irpj-e-da-cssl>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Além disso, não se pode perder de vista medidas voltadas à suspensão imediata dos parcelamentos tributários em andamento, permitindo caixa às empresas para o pagamento de salários, condicionado ao compromisso de não demitir seus empregados.

Com efeito, também são necessárias a suspensão e cessação das sanções administrativas de cunho político, utilizadas como forma oblíqua de garantir o recebimento do crédito tributário. São exemplos: inclusão no CADIN e, conseqüentemente, todas as restrições daí decorrentes, negativa da expedição de Certidões Negativas de Débito e protesto extrajudicial.⁶⁶ Em outras palavras, o Governo pode e deve se utilizar dos instrumentos tributários de que dispõe para induzir comportamentos econômicos voltados à manutenção do emprego e da atividade econômica.

Acreditamos que grande parte das medidas a serem implementadas nas duas fases intermediárias do enfrentamento da crise estarão orientadas no sentido da desoneração tributária ou do desembolso de recursos públicos, também mediante a concessão de crédito “barato” aos particulares.

5 UM PRENÚNCIO DAS MEDIDAS A SEREM ADOTADAS NO PÓS-PANDEMIA (QUARTA ETAPA): RUMO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Vencidas as etapas do isolamento social, retomadas as condições médico-sanitárias para o retorno à normalidade das atividades empresariais e recolocada a economia em rumos minimamente crescentes, o sistema tributário nacional deverá retomar sua higidez⁶⁷, de modo a recuperar não só a capacidade de gerar receitas ao Estado, mas também de estimular e desestimular comportamentos com vistas à realização da sustentabilidade global.

A necessidade de recompor a arrecadação tributária, associada ao reconhecimento do alto grau de regressividade da tributação no Brasil, indica, em tese, o aumento da cobrança dos tributos sobre a renda e o patrimônio, e, em contrapartida, a diminuição dos tributos sobre o consumo, que penalizam proporcionalmente mais os menos afortunados, sem dúvida, aqueles que mais sofreram com as chagas da pandemia.⁶⁸

66 PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020. A fim de melhor elucidar o assunto, as sanções políticas constituem uma modalidade de sanção aplicada de forma frequente e se materializam por meio de restrições de direitos como forma de obrigar o contribuinte, em débito com o Fisco, a quitar suas obrigações. Com propriedade, Hugo de Brito Machado comenta: “(...) Prática antiga, que, no Brasil, remonta aos tempos da ditadura de Vargas, é a das denominadas sanções políticas, que consistem nas mais diversas formas de restrições a direitos do contribuinte como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias em face de pequena irregularidade no documento fiscal que as acompanha, o denominado regime especial de fiscalização, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes, a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, entre muitos outros”. (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p.468). Apesar de ainda corriqueira, no entendimento de Helenilson Cunha Pontes, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas, sobretudo porque resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até de proibição de participar de concorrências públicas. (PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000, p.141-142). Em consonância com a doutrina pátria, o Supremo Tribunal Federal editou súmulas relativas ao assunto: Súmula 70. “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; Súmula 323. “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

67 NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p.50-51. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

68 De acordo com o estudo *Global Revenue Statistics database*, publicado pela OCDE e atualizado até o ano de 2018: a) quase 45% da arrecadação brasileira vem de tributos que incidem sobre o consumo de bens e serviços, como ICMS, IPI e o ISS; b) em torno de 20% vem de tributos incidentes sobre a renda e proventos, como o IRPF e IRPJ e a CSLL, pago pelas pessoas jurídicas. Em resumo, podemos dizer que o Brasil tributa muito o consumo de bens e serviços e pouco o lucro/renda e propriedade. Isso acaba aumentando a desigualdade, visto que a tributação sobre o consumo atinge todos os brasileiros e, principalmente, a população de baixa renda, já que esses brasileiros praticamente gastam tudo o que ganham no consumo básico (gêneros de 1ª necessidade). Ver: *ORGANISATION FOR ECONOMIC-COOPERATION AND DEVELOPMENT. Global Revenue Statistics Database*. Publicado e atualizado em 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/global-revenue-statistics-database.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

À reforma tributária igualitária, nesse contexto, cumpre o papel central de adequar a tributação à efetiva capacidade contributiva⁶⁹ do cidadão (sempre observando a não-tributação do mínimo existencial⁷⁰), de combater à desigualdade (por meio da progressividade⁷¹ e da justiça fiscal) e de fortalecer o Estado Social.

Sob esse prisma, a *tributação sobre renda* pode vir a sofrer ampla reformulação. Entre as propostas a serem examinadas, merece destaque, por exemplo, o aumento da isenção tributária para os brasileiros que ganham até R\$ 3.000,00 por mês⁷² e, proporcionalmente, e o aumento das alíquotas para os que auferem maiores rendimentos, seguindo os patamares de outros países, que chegam a tributar os maiores rendimentos mensais a alíquotas bastante superiores a 27,5%. Ademais, merece atenção especial a reinstauração da tributação dos lucros e dividendos das empresas, em especial dos grandes banqueiros, visto que sendo os lucros e dividendos somente tributados na pessoa jurídica, e não na física, os proprietários do capital das empresas (seus sócios e acionistas) não são tributados pelo IRPF, ficando livres da tabela progressiva.

Outrossim, o agravamento da desigualdade social em decorrência dos efeitos econômicos da pandemia tende a impulsionar, ainda, amplas e urgentes reformas na tributação sobre o consumo. Nessa linha, a PEC nº 45, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, prevê a unificação de diversos tributos (por exemplo, o ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS) no chamado Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), com alíquotas iguais para todos os produtos e serviços. O impacto dessa unificação tende a amenizar, por exemplo, a dificuldade das pessoas jurídicas em calcular todos aqueles tributos e cumprir com todas as obrigações acessórias a eles inerentes, além de reduzir a desigualdade do sistema fiscal.⁷³

Outras medidas tributárias progressivas deverão surgir como alternativas de obtenção de recursos. Os caminhos mais debatidos são a adoção de impostos sobre a fortuna, cuja instituição compete à União, e de uma tributação mais abrangente das heranças. Quanto

69 Em face do princípio da capacidade contributiva, cada cidadão contribui para a coletividade de acordo com a sua capacidade de fazê-lo, ou seja, o ônus tributário será tanto maior quanto maior for sua capacidade de arcar com tal ônus e, ao contrário, será tanto menor, ou até mesmo inexistente, quanto menor, ou nula, for tal capacidade. (LAPATZA, José Juan Ferreira. *Direito Tributário: teoria geral do tributo*. Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole; Madri: Marcial Pons, 2007, p. 23).

70 De acordo com Marciano Buffon, “num Estado que existe em razão do homem, é imperiosa a necessidade de que as condições de sobrevivência da pessoa não estejam aquém de um patamar mínimo. Para que se efetive, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, deve o Estado assegurar um conjunto de direitos, absolutamente indispensáveis para uma vida digna. Ou seja, não se pode falar em dignidade humana, se não for garantido o denominado “mínimo existencial”. Para que isso se concretize, por um lado, o Estado deverá dar a máxima eficácia aos direitos sociais de cunho prestacional, que estejam aptos a assegurar condições minimamente necessárias a uma existência digna. Por outro lado, é defeso ao Estado exigir tributos que possam atingir aquele mínimo essencial a uma existência digna.” (BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.181).

71 A essencialidade da utilização da progressividade tributária para o atendimento das demandas do Estado Social, é também destacada por Piketty: “O imposto progressivo é uma instituição indispensável para fazer com que cada pessoa se beneficie da globalização, e sua ausência cada vez mais evidente pode levar a globalização a perder apoio. (...) Por essas diferentes razões, o imposto progressivo é um elemento essencial para o Estado Social: ele desempenha um papel fundamental em seu desenvolvimento e na transformação da estrutura da desigualdade no século XX, constituindo uma instituição central para garantir a sua viabilidade no século XXI.” (PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p.484).

72 Isenção no Imposto de Renda deve subir para R\$ 3 mil, diz Bolsonaro. Publicado em 23 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/isencao-no-imposto-de-renda-deve-subir-para-r-3-mil-diz-bolsonaro/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

73 A presente Proposta de Emenda à Constituição, tem como objetivo propor uma ampla reforma do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços, através da substituição de cinco tributos atuais por um único imposto sobre bens e serviços (IBS). Os tributos que serão substituídos pelo IBS são: (i) imposto sobre produtos industrializados (IPI); (ii) imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); (iii) imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS); (iv) contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins); e (v) contribuição para o Programa de Integração Social (PIS). O IBS terá as características de um bom imposto sobre o valor adicionado (IVA), modelo adotado pela maioria dos países para a tributação do consumo de bens e serviços. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 45, de 2019*. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em: 29 jul. 2020).

àquele, denota-se muita resistência a sua aprovação⁷⁴. Não é por outro motivo que sua cobrança permanece à espera da lei complementar instituidora por mais de 30 anos. Este, por outro lado, de competência estadual, caberia ao Congresso Nacional, em princípio, elaborar a lei complementar regulamentadora do fato gerador, base de cálculo e contribuinte, e ao Senado Federal, elevar a alíquota máxima aplicável, fixada atualmente em 8% (artigo 155, §1º, IV da Constituição Federal de 1988 c/c. artigo 2º da Resolução n. 9/92).

Em consulta ao guia *Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide (2019)*, publicado pela rede *EY Private Client Services*, verifica-se que o aumento de alíquota desse imposto para heranças e doações de valores vultosos sequer atingiu patamares de países desenvolvidos, como Estados Unidos, Japão e França, nos quais as alíquotas atingem patamares de 40% a 50%.⁷⁵

Numa reforma tributária ampla, é de se imaginar que a alíquota do ITCMD venha a romper o limite de 8% estabelecido pelo Senado Federal, a fim de combater o aumento da concentração de renda.⁷⁶ Todavia, enquanto isso não ocorrer, é provável que os Estados que ainda não adotaram a alíquota máxima de 8% o façam para reforçar o caixa financeiro.

Aqui e alhures, não são subestimadas as dificuldades práticas de implementação dessas medidas em um sistema político dominado pelos mais ricos a partir do financiamento de campanhas eleitorais pelos extratos mais poderosos da pirâmide social. Todavia, o agravamento da situação social em decorrência da Covid-19 não confere outra alternativa democrática senão o enfrentamento das injustiças sociais, cuja viabilidade financeira dependerá de uma profunda reforma tributária igualitária, a médio e longo prazo.

Abordado o possível contexto fiscal (arrecadatório) na quarta etapa (pós-pandemia), a partir de agora lançaremos nosso olhar sobre a prevalência do interesse humano, ou seja, a defesa e a proteção do meio ambiente, na medida em que “não é possível dignamente viver em um espaço físico degradado, tampouco se admite que em prol de uma fausta existência seja comprometido o ambiente de futuras gerações”.⁷⁷ Inclusive, parece ser intuitivo, chegando as raias da obriedade, que o desequilíbrio climático e ambiental pode levar a maior incidência e intensidade desta e de novas pandemias.⁷⁸

Assim sendo, justifica-se a importância da extrafiscalidade como mecanismo interventivo

74 ZARANCA, Evandro; ELALI, André. Considerações sobre propostas de mudanças tributárias em face da crise. *Revista Consultor Jurídico*, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-14/elali-zaranza-mudancas-tributarias-face-crise>. Acesso em: 29 jul. 2020.

75 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide, 2019*. Disponível em: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/\\$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf). Acesso em: 29 jul. 2020.

76 O economista francês Thomas Piketty desfaz o mito da herança como fruto da meritocracia, demonstrando que os herdeiros em geral pouco contribuem para a manutenção e desenvolvimento do capital que, depois de certo patamar, reproduz-se sozinho. Por este motivo, é essencial a tributação progressiva sobre as heranças a fim de combater o aumento da concentração de renda. (PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 365).

77 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 236.

78 A diminuição da vida no planeta deve-se à perda de habitat, fazendo com que os animais não humanos invadam cidades em busca de alimento e de espaço. E a *urbe*, por seu turno, invade florestas, mangues e vegetações protegidas em nome do crescimento econômico promovendo um desenvolvimento urbano insustentável com o potencial de exterminar espécies de fauna e flora com uma voracidade impiedosa e nunca antes vista. Por consequência, isso propicia o contato efetivo e potencial com outros animais não-humanos e humanos causando, também, o compartilhamento de germes e a disseminação de patógenos. (WEDY, Gabriel. Covid-19, mudança do clima e perda da biodiversidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/covid-19-mudanca-clima-perda-biodiversidade>. Acesso em: 16 jul. 2020).

do Estado⁷⁹, no sentido de estimular/induzir (criando benefícios ou incentivos) ou desestimular determinados comportamentos (ampliando ou agravando a exigência tributária).

A análise será centrada nas normas indutoras de práticas ambientais sustentáveis, talvez a face mais visível e eficaz da extrafiscalidade.⁸⁰ É evidente que seria absurdo imaginar que as possibilidades esgotar-se-iam nas sugestões que seguem. A pretensão, pois, é singelamente apresentar algumas alternativas potencialmente úteis.

No caso do Imposto de Importação (II), quando da nacionalização de produtos compreendidos como nocivos ao meio ambiente, o Poder Executivo, com base no §1º do artigo 153 da CF/88, pode majorar a alíquota deste imposto, com objetivo de desestimular tal operação.

No que se refere ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), “as alíquotas de tal imposto poderiam ser diferenciadas segundo a função e utilização dos veículos, tendo como parâmetro a diminuição da emissão de gases poluentes”.⁸¹ Ainda, “a utilização de combustíveis ecologicamente corretos poderia ser estimulada, mediante a desoneração da incidência do IPVA”.⁸² Por outro lado, “veículos que utilizam combustíveis fósseis mais poluentes poderiam vir a pagar alíquotas maiores”.⁸³

Na seara municipal, por exemplo, o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) pode ser empregado com finalidade ambientalmente orientada, por força do que consta previsto no § 4º do art. 182 da Carta Magna. O Município pode utilizá-lo como instrumento para evitar a não edificação, não utilização ou subutilização de imóveis. Terrenos urbanos que estejam acumulando lixo, infiltrando materiais tóxicos no solo, servindo como veículos de degradação da fauna ou da flora podem sofrer incidência mais rigorosa do IPTU. De outra banda, os imóveis tidos como ecologicamente adequados – a exemplo daqueles construídos com materiais sustentáveis, como tijolos ecológicos, madeiras de reflorestamento e com fontes de energias limpas e renováveis – poderiam gozar de redução nas alíquotas do IPTU.⁸⁴

79 Os tributos são a principal fonte de receita financeira do Estado, e é conceituado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”. Tendo em vista a finalidade precípua de arrecadar recursos aos cofres públicos, tem-se que a função primordial dos tributos é a função fiscal. Fiscalidade, então, significa a função arrecadatória de que se reveste o tributo, devendo pautar-se essencialmente pelos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da capacidade contributiva. Porém, a tributação pode onerar determinadas situações ou operações, e, assim, influenciar as escolhas dos agentes econômicos, que podem se planejar de tal forma a evitar a prática do fato gerador e, conseqüentemente, evitar a incidência do tributo. Quando isso acontece, tem-se o que se chama de efeito extrafiscal. De acordo com Leandro Paulsen, extrafiscalidade: “[...] se trata de um tributo com finalidade extrafiscal quando os efeitos extrafiscais são não apenas uma decorrência secundária da tributação, mas seu efeito principal, deliberadamente pretendido pelo legislador que se utiliza do tributo como instrumento para dissuadir ou estimular determinadas condutas.” (PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.18-19). A esse propósito, Heron José Santana assevera que o Estado fazendo uso da extrafiscalidade em matéria ambiental, acaba premiando àqueles que optem por desenvolver atividades econômicas não-degradantes ou mesmo àqueles que consumam produtos ecologicamente corretos, criando uma sintonia com o princípio da prevenção, já que atua no sentido de evitar o dano ambiental. (SANTANA, Heron José. Meio ambiente e reforma tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, São Paulo, Ano 9, n. 33. p. 9-32, jan./mar. 2004, p.22).

80 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.240.

81 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

82 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

83 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

84 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.244.

No que tange ao Imposto de Renda (IR), é notória sua matriz extrafiscal “quando permite o abatimento de verbas de interesse econômico, social e ambiental, como aquelas que incentivam a preservação do meio ambiente e a formação de reservas florestais no país”.⁸⁵

Também é exemplo importante a seletividade do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) ou do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), que pode se diferenciar na incidência sobre garrafas PET (poluentes) e sobre garrafas de vidro (ecologicamente mais aceitáveis). Na opinião de Gabriel Wedy:

Tributos elevados podem estimular um maior consumo de refrigerantes comercializados em garrafas de vidro retornáveis e um desestímulo ao consumo daqueles vendidos em garrafas PET, que demoram longo período para serem decompostas no ambiente.⁸⁶

Nesse ponto – de fixação das alíquotas de acordo com a adequação dos produtos, mercadorias e serviços aos requisitos e critérios ambientais – acreditamos que reside o espaço mais privilegiado de eficácia da extrafiscalidade ambiental, pois a fixação do ônus tributário em face de ser ou não ambientalmente adequado, tem “uma potencialidade incalculável para, de um lado, estimular o consumo de produtos verdes e, de outro, desestimular a aquisição de mercadorias ou serviços ambientalmente nocivos”.⁸⁷

Não há dúvida de que, nessa perspectiva, a tributação ambiental com finalidade extrafiscal é um importante mecanismo de funcionalização e concretização do direito ao desenvolvimento sustentável, sobretudo no cenário pós-pandemia, em que será inadiável a tarefa de preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

Já nos encaminhando para o fim, torna-se possível compreender que para lidar com os efeitos econômicos, sociais e ambientais desta quarta etapa (pós-pandemia) e seguir rumo à sustentabilidade, a adoção de medidas estratégicas de governança assumirá papel fundamental e o exercício justo e progressivo do poder de tributar não escapará a estas exigências do momento. Numa perspectiva intergeracional, Marciano Buffon alerta: “Este é o tempo em que se vive e o que nele for feito dependerá a vida dos que estão por vir. Está posto o grande desafio!”⁸⁸

6 CONCLUSÃO

A fim de atender aos propósitos iniciais desta investigação científica, apresentam-se conclusões, julgadas essenciais, acerca das medidas tributárias de curto, médio e longo prazo para enfrentamento das repercussões econômicas da crise causada pela disseminação da Covid-19 (Sars-Cov-2), no Brasil:

a) As medidas adotadas pelo governo, inicialmente voltadas para desoneração tributária ou prorrogação do pagamento de tributos (ditas emergências), apesar de bem-intencionadas,

85 WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 291.

86 WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 298.

87 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.245.

88 BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.246.

não foram suficientes diante do tamanho dos desafios enfrentados. Conviria aos poderes Legislativo e Executivo agirem no sentido de ampliá-las, sobretudo àquelas regiões que ainda enfrentam as chagas da quarentena e do *lockdown*, sob pena de a discussão das matérias fiscais-tributárias serem cada vez mais deslocadas casuisticamente para o Poder Judiciário.

Além disso, crê-se que a criação de novas incidências tributárias igualmente não resolverá o problema. Parece ser quase consenso hoje que, em casos de grave recessão, epidemias e guerras, os tributos deixam de ser a principal fonte de financiamento das despesas públicas, sendo substituídos por mecanismos anticíclicos como, por exemplo, a expansão da base monetária mediante a emissão de moeda, de modo a injetar maior quantidade de recursos na economia.

b) As medidas intermediárias para retomada das atividades e sustentação da economia, se vierem, deverão concentrar-se provavelmente na tributação direta, mais especificamente no IRPJ/CSLL. É o caso, por exemplo, da depreciação acelerada para investimentos realizados nesse período ou da flexibilização da utilização de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL.

Afora isso, também serão bem-vindas medidas voltadas à suspensão imediata dos parcelamentos tributários, permitindo caixa às empresas para o pagamento de salários, condicionado ao compromisso de não demitir seus empregados. Nessa perspectiva, igualmente relevante serão a suspensão e a cessação de sanções tributárias indiretas, tais como a inclusão no CADIN, negativa da expedição de Certidões Negativas de Débito e protesto extrajudicial. Em outras palavras, o Governo pode e deve se utilizar dos instrumentos tributários de que dispõe para induzir comportamentos econômicos voltados à manutenção do emprego e da atividade econômica.

c) Finalmente, em pronúncio às medidas que deverão ser adotadas no pós-pandemia, acreditamos, inicialmente, que o sistema tributário nacional deverá retomar sua higidez, de modo a recuperar não só a capacidade de gerar receitas ao Estado, mas também de estimular e desestimular comportamentos com vistas à realização da sustentabilidade global.

Todavia, parece haver consenso de que a tributação no Brasil está associada ao reconhecimento do seu alto grau de regressividade. Daí a importância de se promover, com urgência, uma reforma tributária igualitária, a fim de (i) adequar a tributação à efetiva capacidade contributiva do cidadão (sempre observando a não-tributação do mínimo existencial), (ii) combater a desigualdade (por meio da progressividade e da justiça fiscal) e (iii) fortalecer o Estado Social.

Não se pode subestimar, outrossim, as dificuldades práticas de implementação dessas medidas em um sistema político dominado pelos mais ricos a partir do financiamento de campanhas eleitorais pelos extratos mais poderosos da pirâmide social. Todavia, o agravamento da situação social em decorrência da Covid-19 não confere outra alternativa democrática senão o enfrentamento das injustiças sociais.

Em paralelo, e não menos importante, o interesse humano sob a ótica da defesa e da proteção do meio ambiente deve ocupar lugar de destaque nas medidas de médio e longo prazo. Para tanto, compete ao governo instituir a tributação ambiental com finalidade extrafiscal, importante mecanismo de funcionalização e concretização do direito ao desenvolvimento sustentável, sobretudo no cenário pós-pandemia, em que será inadiável a tarefa de preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Victor Teixeira de; WIDMANN, Priscilla Alessandra. Moratória fiscal judicial em tempos de pandemia – o papel do Poder Judiciário e o velho problema do controle externo da administração. *Migalhas*. Publicado em: 19/05/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327181/moratoria-fiscal-judicial-em-tempos-de-pandemia-o-papel-do-poder-judiciario-e-o-velho-problema-do-controle-externo-da-administracao>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ANDRADE, Hanrikson de. Bolsonaro diz que vai isentar combustível se estados “zerarem” ICMS. *Do UOL*. Publicado em 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/02/05/bolsonaro-diz-que-vai-isentar-combustivel-se-estados-zerarem-icms.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 45, de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *DECRETO Nº 10.302, DE 1º DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.932, DE 3 DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/IN/IN1932-me-serfb.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.243, DE 25 DE JANEIRO DE 2012*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37261&visao=anotado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Justiça Federal da 1ª Região*. Procedimento Comum Cível nº 1016660-71.2020.4.01.3400, Órgão julgador: 21ª Vara Federal Cível da SJDF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-df-aplica-teoria-fato-principe.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Justiça Federal da 3ª Região*. MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL Nº 5005357-83.2020.4.03.6100, Órgão julgador: 14ª Vara Cível Federal de São Paulo. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *MINISTÉRIO DA ECONOMIA*. Confira as medidas tomadas pelo Ministério da Economia em função da Covid-19 (Coronavírus). Publicado em 06/04/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *PORTARIA Nº 139, DE 3 DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20139-me.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *PORTARIA MFN 12, DE 20 DE JANEIRO DE 2012*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37244&visao=compilado>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *RESOLUÇÃO Nº 17, DE 17 DE MARÇO DE 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/Resolucao%20n%C2%BA%2017-CAMEX.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *RESOLUÇÃO CGSN Nº 154, DE 03 DE ABRIL DE 2020*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Pedido de Tutela Provisória nº 2700/DF. Tribunal de Origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 06/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.357. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES, Data do Julgamento: 29/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) nº 591.340. Origem: SP – São Paulo, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO, Data do Julgamento: 27/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2633289>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (ARE) 1239911. Origem: SP - SÃO PAULO, Relator: MIN. LUIZ FUX, Data do Julgamento: 13/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5792478>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STP nº 185. Origem: MA – MARANHÃO, Relator: MINISTRO PRESIDENTE. Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5898606>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Suspensão de Segurança nº 5.373. Origem: SE – SERGIPE, Relator: MINISTRO PRESIDENTE, Data do julgamento: 05/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5900987>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 3002894-97.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 29/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 2102712-39.2020.8.26.0000, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 17/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. Agravo de Instrumento/SP nº 5007503-64.2020.4.03.0000, Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, data do julgamento: 22/07/2020. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALCINI, Fábio Pallaretti. IRPJ e CSSL: depreciação acelerada incentivada da lavoura canavieira. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10/02/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-10/direito-agronegocio-irpj-cssl-depreciacao-acelerada-incentivada-lavoura-canavieira>. Acesso em: 28 jul. 2020.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. RESOLUÇÃO Nº 28, DE 1º DE ABRIL DE 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-28-de-1-de-abril-de-2020-251062799>. Acesso em: 28 jul. 2020.

GLOBO NOTÍCIAS (G1). *RS está na 10ª posição no ranking de isolamento social entre os estados brasileiros*. Publicado em: 28/07/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/07/28/rs-esta-na-10a-posicao-no-ranking-de-isolamento-social-entre-os-estados-brasileiros.ghtml>. Acesso em: 29 jul. 2020.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito Tributário: teoria geral do tributo*. Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole; Madri: Marcial Pons, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MARTINS, Jomar. *Não é o momento de decisões tributárias isoladas, diz desembargador do TRF-4*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 17/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/epidemia-nao-justifica-suspensao-cobranca-imposto-trf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

NETO, Celso de Barros Correia “e col.”. *Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa)*. Tributação em Tempos de Pandemia. Estudo Técnico, Brasília, jun. 2020, p. 1-105. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4. Acesso em: 28 jul. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience*, 19/05/2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Global Revenue Statistics Database. Publicado e atualizado em 2018*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/global-revenue-statistics-database.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide (2019)*. Disponível em: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/\\$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide/$FILE/ey-2019-worldwide-estate-inheritance-guide.pdf). Acesso em: 29 jul. 2020.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PONTES, Helenilson Cunha. Regime tributário de calamidade da Covid -19. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/consultor-tributario-regime-tributario-calamidade-covid-19>. Acesso em: 28 jul. 2020.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A pandemia desfaz o mito do orçamento equilibrado. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 07 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/ricardo-lodi-pandemia-desfaz-mito-orcamento-equilibrado>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SANTANA, Heron José. Meio ambiente e reforma tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, São Paulo, Ano 9, n.33, p.9-32, jan./mar. 2004.

SANTOS, Saulo Gonçalves; FILHO, Ricardo Facundo Ferreira. Tributação, covid-19 e a trava de 30% do IRPJ e da CSLL. *Migalhas*. Publicado em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327417/tributacao-covid-19-e-a-trava-de-30-do-irpj-e-da-csll>. Acesso em: 28 jul. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Nesta crise não se deve aumentar tributo - simples assim. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 06 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/justica-tributaria-nesta-crise-nao-aumentar-tributo-simples-assim>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SUMMERS, Lawrence. Covid-19 looks like a hinge in history. *Financial Times*, 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/de643ae8-9527-11ea-899a-f62a20d54625>. Acesso em: 16 jul. 2020.

VITAL, Danilo. Combate à epidemia barra substituição de depósito judicial em casos tributários. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/epidemia-barra-substituicao-deposito-judicial-tributario>. Acesso em: 28 jul. 2020.

VITAL, Danilo. Governo adia pagamento de tributos federais de março a abril. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/governo-prorroga-pagamento-tributos-federais-meses>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WEDY, Gabriel. Covid-19, mudança do clima e perda da biodiversidade. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/covid-19-mudanca-clima-perda-biodiversidade>. Acesso em: 16 jul. 2020.

WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WEDY, Gabriel. Relatório 2020 dos ODS: pandemia e o desenvolvimento sustentável. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/ambiente-juridico-relatorio-2020-ods-pandemia-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WORLDOMETER. *Covid-19 Coronavirus Pandemic*. 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ZARANCA, Evandro; ELALI, André. Considerações sobre propostas de mudanças tributárias em face da crise. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-14/elali-zaranza-mudancas-tributarias-face-crise>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SEÇÃO V

PROCESSO CIVIL, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: SOLUÇÕES JURÍDICAS NO CONTEXTO DO CORONAVÍRUS

EL ACCESO A LA JUSTICIA LOS JUICIOS EN LINEA Y LA E-DEMOCRACIA

María Macarita Elizondo Gasperín

Doctora en Derecho con mención honorífica y medalla al mérito universitario por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Especialista en Justicia Constitucional. Cuenta con la Medalla al Mérito Judicial Federal por su desempeño como Magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Su último cargo fue ser Consejera Electoral del Instituto Federal Electoral. Consultora internacional e investigadora y académica universitaria.

Sumário: 1 Marco de referencia; 2 ¿Qué derechos constitucionales se han visto trastocados por esta emergencia sanitaria?; 3 *¿Qué implicaciones ha dejado esta pandemia en las funciones de la autoridad que organiza una elección?*; 4 ¿Qué avances tecnológicos están utilizando las autoridades electorales durante la pandemia?; 5 *¿Qué ha pasado con el voto electrónico y las telecomunicaciones?*; 6 El acceso a la justicia, los juicios en línea y la e-democracia; 7 Una mirada a la nueva normalidad; 8 Conclusiones; Referências.

1 MARCO DE REFERENCIA

Después de la última pandemia denominada *gripe española* en 1918, provocada por un virus y reconocida como grave por la Organización Mundial de la Salud (OMS), transcurrieron cien años para que dicha organización mundial calificara como pandemia el 11 de marzo del año 2020, el brote de coronavirus COVID-19, dada la cantidad de casos de contagio y de países involucrados, cuyo inicio se dio en la provincia de Hubei en China. Días después, los gobiernos de los Estados del Mundo reconocieron la epidemia como una enfermedad grave causada por el virus SARS-CoV2.

En México, el Consejo de Salubridad General emitió diversos acuerdos en que reconoce esta enfermedad grave de atención prioritaria, y la considera emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor e inicia así la jornada de *quédate en casa*, toma *sana distancia*, para disminuir la propagación y contagio, enfatizando el distanciamiento social y la suspensión del tránsito o desplazamiento de personas. Posteriormente este hecho se convierte en una suspensión temporal de las actividades de los sectores público, social y privado, que involucran la concentración física, tránsito o desplazamiento de personas.¹

No podemos ser indiferentes a los efectos de esta enfermedad altamente infecciosa, que pone en riesgo la salud de la población. El sentido común nos orilla a escuchar la sabiduría del momento. Nos está gritando que una democracia requiere que todos trabajemos en equipo hacia un mismo fin y que con unidad ejemplar podamos mejorar el estado de cosas hacia soluciones duraderas rumbo al segundo cuarto del siglo XXI.

Es necesario reflexionar: ¿Qué podemos aprender de todo esto?, ¿qué lecciones nos deja esta pandemia que azota a la humanidad? y ¿qué impacto tiene todo esto en las democracias del mundo?

Nos encontramos frente a una democracia que ha puesto un freno a la libertad de movimiento, de reunión, de educación presencial y hasta de acceso a la justicia.

Este aislamiento que se ha vivido, es un alto en el camino que despierta el pensamiento creativo y fomenta la investigación. Son tiempos repletos de paradojas que nos dejan pensando y nos empujan a reinventarnos.

Estamos transitando hacia donde no hay normas jurídicas que den una respuesta clara para enfrentar el desafío de esta “nueva normalidad” en materia electoral. La pandemia evidenció las grandes omisiones de políticas públicas que hemos venido arrastrando con el tiempo, y a su vez aceleró los procesos regulatorios de algunas modalidades como: las reuniones y el trabajo remoto, el uso de la tecnología en los procesos electorales, la educación y capacitación a distancia, entre otras muchas más, que sin duda dejarán de ser la excepción.

2 ¿QUÉ DERECHOS CONSTITUCIONALES HA TRASTOCADO ESTA EMERGENCIA SANITARIA?

Como se dijo, la OMS señaló que esta enfermedad ocasionada por el virus COVID-19 es un riesgo a la salud de la población en general por su fácil propagación y por el contacto con individuos infectados o con las superficies que los rodean, por lo que se vio limitada la concentración de personas.

Las elecciones y los eventos comunitarios en el mundo, por su propia naturaleza reúnen a la gente, y esta situación de emergencia resulta obviamente incompatible con las

¹ En el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 31 de marzo de 2020 se publicó la orden de suspender inmediatamente las actividades no esenciales de 30 de marzo y hasta el 30 de abril de 2020, plazo que fue ampliado al 30 de mayo de 2020, por acuerdo publicado el 21 de abril de 2020 Vid. Ver. *Diario Oficial de la Federación* de fechas 23 de marzo de 2020, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020 y del 30 de marzo de 2020, disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020.

medidas sanitarias que han impuesto los gobiernos, de ahí que, durante el año de 2020, han pospuesto sus elecciones 37 países, entre ellos: Austria, Sudáfrica, Francia, India, República Checa, Argentina, Perú, Siria, Rusia, Sri Lanka, Turquía, Serbia, Chile, España, Bolivia, Reino Unido, Paraguay y Australia, entre comicios municipales, locales, regionales, parlamentarios o presidencias según cada caso, e incluso hasta referéndum y plebiscitos.²

Como sabemos, las normas relativas a los derechos humanos se deben interpretar conforme con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas, por lo que cobra importancia en estos temas la puntual ponderación de los derechos político-electorales frente al derecho humano de preservar la salud de la población.³

¿Cuáles son los principales derechos fundamentales que se han visto restringidos en México?

a) *Libertad de movimiento o Libertad de tránsito.* Las restricciones impuestas por las autoridades de salud pública de resguardo domiciliario (o la limitación voluntaria de movilidad y permanencia en el domicilio particular o sitio distinto al espacio público el mayor tiempo posible), impactaron en las decisiones de las autoridades electorales para posponer o celebrar una elección, vinculadas a actividades propias de la organización electoral, como son: registro de votantes, reclutamiento de personal, nominación de candidatos, campañas políticas y en la emisión del voto y resolución de controversias electorales. Se sabe que durante la epidemia del ébola en Liberia en 2014 se celebraron elecciones legislativas, excepto en algunas áreas urbanas que fueron exentadas de participar; y cabe precisar que ahora en marzo de 2020, Italia, España y Francia restringieron el movimiento de sus ciudadanos como resultado de la pandemia de COVID-19; las elecciones locales en Francia se llevaron a cabo, pero con un nivel de participación más bajo que el pronosticado o el de elecciones previas, mientras que en Italia un referéndum sobre una reforma constitucional se ha postergado de manera indefinida; y en Chile el plebiscito nacional para decidir el 26 de abril de 2020 si debía redactarse una nueva constitución, se difirió para el 25 de octubre de 2020.⁴

b) *Libertad de reunión e ingreso a edificios públicos.* Se limitó la realización de reuniones o congregaciones de más de 50 personas en actividades esenciales; se implementaron filtros sanitarios en los accesos a los diferentes inmuebles de las autoridades; se establecieron procedimientos de control y supervisión; se restringió el acceso a las personas que presenten temperatura corporal igual o mayor a 38°, o que hayan presentado tos, dolor de garganta, dolor de cabeza, dolor de cuerpo o articulaciones y malestar general, falta de aire o escurrimiento nasal, con la finalidad de mitigar el riesgo de contagio, entre otras medidas.

2 A nivel internacional, varios países estimaron necesario la postergación de los procesos electorales ya iniciados; fue el caso de España -en relación a las elecciones parlamentarias de Galicia y del País Vasco-; también de Paraguay que decidió modificar la fecha para las elecciones de intendentes y miembros de juntas municipales; el caso de Etiopía es igual con comicios presidenciales programados para el mes de agosto de 2020; ello, como parte de las medidas urgentes tendientes a fortalecer las acciones de prevención y control de esta pandemia, pues múltiples funciones de la autoridad electoral necesariamente implican realización de actividades en campo y el contacto directo con la gente, su movilidad y congregación en centros de trabajo, lo cual acarrea riesgos de infección en el contexto de la contingencia sanitaria mundial. IDEA INTERNACIONAL elaboró un documento técnico que ofrece un panorama inicial de aspectos clave para los administradores electorales, gobiernos y la sociedad civil en cuanto a la administración de elecciones durante la propagación del COVID-19. Consultable en la News Letter de IDEA Internacional de su página WEB, titulado "Elecciones durante el COVID-19" del día 9 de abril pasado. Ver detalle en Panorama global de COVID-19: impacto en las elecciones, disponible en <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>.

3 Vid. RESOLUCIÓN NO. 1/2020. PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS Adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 10 de abril de 2020.

4 IDEA INTERNACIONAL. "Elecciones durante el COVID-19", del día 9 de abril pasado. Ver detalle en Panorama global de COVID-19: impacto en las elecciones, disponible en <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>.

c) *El acceso a la justicia*. Suspendieron la tramitación y recepción de asuntos en todos los tribunales locales y federales del país, incluyendo aquellos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales administrativos, electorales y laborales.

d) Además podemos señalar la *Libertad de expresión* respecto a las manifestaciones públicas en marchas libres;

e) Por otra parte, en temas diversos a lo electoral podemos agregar la *libertad de trabajo*, la *libertad de profesión y de comercio*, y también la *libertad de culto religioso*.

Vinculado a todos estos derechos fundamentales, la Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas, el lunes 13 de abril de 2020, dio a conocer las DIRECTRICES ESENCIALES PARA INCORPORAR LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS EN LA ATENCIÓN A LA PANDEMIA POR COVID-19, entre las que destacan para nuestro estudio, las siguientes:

1. “Los Estados deben tomar medidas adicionales de protección social para que su apoyo alcance a aquellas personas en mayor riesgo de ser afectadas de manera desproporcional por la crisis”.
2. “En cada estado de esta epidemia – incluyendo la recuperación – se deben hacer esfuerzos para involucrar a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, activistas de la sociedad civil y defensores de derechos humanos. Aquellas personas que cuentan con un involucramiento de larga data en cuestiones de derechos económicos y sociales, comunidades urbanas y grupos vulnerables específicos, como los pueblos indígenas, han aprendido valiosas lecciones que pueden beneficiar a quienes hacen la política pública hoy”.⁵

Más adelante abordaremos las medidas necesarias, idóneas y proporcionales que se implementaron para garantizar, por un lado el derecho a la protección de la salud de las personas integrantes de todos los órganos judiciales impartidores de justicia electoral en México, así como de quienes acuden a sus instalaciones, y por otro lado, el derecho al acceso a la justicia electoral para la protección de los derechos político-electorales de la ciudadanía; así como el cumplimiento a los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y las resoluciones electorales y al principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales.

3 ¿QUÉ IMPLICACIONES HA DEJADO ESTA PANDEMIA EN LAS FUNCIONES DE LA AUTORIDAD QUE ORGANIZA UNA ELECCION?

Un proceso electivo bajo esos escenarios obviamente dificulta el debate público entre candidatos y vuelve complejo que la ciudadanía esté en posibilidad de conocer y discutir los diferentes programas y ofertas electorales que pretendan exponer partidos políticos y las candidaturas, con miras a obtener la preferencia en el voto. Sin embargo, en contraste con lo anterior, llama mucho la atención que una de las recomendaciones (la número 23) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su RESOLUCIÓN NO. 1/2020, del 10 de abril de 2020, denominada PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS, sea en el sentido precisamente de abstenerse de suspender los derechos políticos.⁶

No obstante lo anterior, los Procesos Electorales Locales en México que se estaban desarrollando en los Estados de Hidalgo (a partir del 15 de diciembre de 2019) y de Coahuila (a partir del 1° de enero de 2019), fueron atraídos por el Instituto Nacional Electoral (INE) para decretar

5 Vid. <https://www.business-humanrights.org/en/node/206825>.

6 Vid. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

como medida excepcional la suspensión de todos los actos relacionados con la preparación del Proceso Electoral, posponer la Jornada Electoral, en dichos Procesos Electorales Locales, hasta que se restablezcan las condiciones sanitarias, que permitan su reanudación, para llevarse a cabo preferentemente a finales del mes de julio o principios de agosto de 2020.⁷

Entre las funciones del INE que se vieron afectadas y suspendidas están:⁸

- Procedimientos laborales disciplinarios.
- Acatamientos de sentencias judiciales respecto de procedimientos ordinarios sancionadores.
- Constitución de nuevos partidos y agrupaciones políticas nacionales.
- Elecciones internas de la dirigencia del PRD.
- Atención a diversas solicitudes de acceso a la información.
- Aprobación a las reglas de operación y convocatoria del Programa Nacional de impulso a la participación política de las mujeres a través de ONG´s
- Presentación de los modelos de materiales electorales para el proceso electoral 20-21
- Monitoreo de televisión restringida.
- Los Módulos de Atención Ciudadana, para la tramitación de la credencial para votar con fotografía, quedaron bajo medidas diversas, entre ellas:
 - disminuir la ocupación de las salas de espera;
 - atender exclusivamente a la ciudadanía que cuente con citas programadas, y
 - espaciar las citas para evitar conglomeraciones en las instalaciones.
 - comunicación necesaria para que la ciudadanía esté informada de estas medidas.

4 ¿QUE AVANCES TECNOLÓGICO ESTAN UTILIZANDO LAS AUTORIDADES ELECTORALES DURANTE LA PANDEMIA?

El uso de la tecnología de la información (TIC´s) ha llegado para quedarse. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) mediante diversos acuerdos generales implementó:

1. La FIREL o firma electrónica de sentencias;⁹
2. Sesiones a distancia (discusión y resolución no presencial) y su transmisión vía remota por internet y en redes sociales. Tanto la SCJN y el INE y el propio TEPJF tomaron la decisión de que se realicen por videoconferencia (dejando atrás el acuerdo inicial de hacerlo por correo electrónico)¹⁰, y
3. Comunicación entre salas y despacho de asuntos por videoconferencias, correo electrónico y hasta los chats por Whatsapp o aplicaciones similares, que permitan la comunicación virtual, audiovisual o por texto.¹¹

7 Vid el ACUERDO DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, INE/CG83/2020, del 1 de abril de 2020. Disponible en: <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/113880/CGex202004-01-rp-Unico.pdf>.

8 Vid. ACUERDO DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, INE/CG82/2020, 27 de marzo de 2020. Disponible en: <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/113873/CG2ex202003-27-ap-3-Gaceta.pdf>.

9 ACUERDO GENERAL DE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN NÚMERO 3/2020, POR EL QUE SE IMPLEMENTA LA FIRMA ELECTRÓNICA CERTIFICADA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN LOS ACUERDOS, RESOLUCIONES Y SENTENCIAS QUE SE DICTEN CON MOTIVO DEL TRÁMITE, TURNO, SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL, suscrito el 2 de abril de 2020.

10 Ver. ACUERDO GENERAL DE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN NÚMERO 2/2020, POR EL QUE SE AUTORIZA LA RESOLUCIÓN NO PRESENCIAL DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN, CON MOTIVO DE LA PANDEMIA ORIGINADA POR EL VIRUS COVID-19, suscrito el 26 de marzo de 2020 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el viernes 27 de marzo de 2020 (Edición Vespertina) y

11 ACUERDO GENERAL DE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN NÚMERO 4/2020, POR EL QUE SE EMITEN LOS LINEAMIENTOS APLICABLES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DEL SISTEMA DE VIDEOCONFERENCIAS, suscrito el 17 de abril de 2020 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el miércoles 22 de abril de 2020 (Edición Vespertina).

Estas herramientas tecnológicas auxilian y facilitan las tareas jurisdiccionales, aunque ha llevado un largo peregrinar la implementación del *juicio en línea* para garantizar el total acceso a la justicia electoral en plena pandemia. Se dejó por mucho tiempo afuera a la ciudadanía, a los justiciables, quienes tuvieron que seguir presentando físicamente sus promociones con todo el riesgo que ello acarrea.

Efectivamente, por mucho tiempo se olvidaron de los justiciables con un sistema anacrónico¹² que atenta contra el derecho humano del acceso a la justicia, pues en materia electoral como *regla general*:

1. No hay Estrados electrónicos que sean espejo fiel del estrado físico, es decir, no todas las constancias que están en el estrado físico se suben al estrado electrónico.
2. No se puede interponer la demanda por correo electrónico o *e-mail*.
3. No hay consultar externa de la plataforma de actuaciones del expediente.
4. No hay juicios en línea en todos los medios de impugnación, de los cuales el justiciable pueda tener acceso a todas las actuaciones, pruebas y sus anexos.
5. Las notificaciones electrónicas que existen solo benefician la carga de trabajo para la autoridad electoral, pero el justiciable (que sigue teniendo los mismos plazos fatales -4 o 3 días y hasta de horas-) debe seguir acudiendo físicamente a las Salas del TEPJF para presentar de forma presencial su demanda en todos los medios de impugnación, salvo los recursos de reconsideración y de revisión del procedimiento especial sancionador.¹³

Se requiere de mayores aplicaciones tecnológicas más comprometida socialmente con la justicia electoral para todos, pues siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana, el derecho a un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.¹⁴

5 ¿QUÉ HA PASADO CON EL VOTO ELECTRÓNICO Y LAS TELECOMUNICACIONES?

Afortunadamente, entre las acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria, se consideró a los servicios de tecnología de la información como una de las actividades esenciales para que continuaran en funcionamiento las empresas y plataformas de comercio electrónico y garantizaran la continuidad de los sistemas informáticos de los sectores público, privado y social.¹⁵

Lo paradójico es que una de las actividades que se suspendieron en el INE fue el Dictamen del Sistema de Voto Electrónico por Internet para los mexicanos en el extranjero, sistema que por disposición legal debe ser implementado antes del inicio del proceso electoral 2020-2021, pues a más tardar en abril del año 2020 se debieron tener adjudicadas a las

12 Ver. ELIZONDO GASPERIN, Rafael. "La Urgencia de los juicios electorales en línea", VOZ y VOTO, Abril 01, 2020.

13 El juicio en línea es optativo para la interposición de los recursos de reconsideración y de revisión del procedimiento especial sancionador, así como para la comparecencia de las tercerías; su tramitación es obligatoria por las Salas Regionales y la Sala Especializada, en sus respectivos ámbitos de competencia, así como la sustanciación y resolución por parte de esta Sala Superior. Vid. ACUERDO GENERAL DE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN NÚMERO 5/2020, POR EL QUE SE APRUEBAN LOS LINEAMIENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y EL DESARROLLO DEL JUICIO EN LÍNEA EN MATERIA ELECTORAL, RESPECTO DE LOS RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN Y DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR, emitido el 27 de mayo de 2020.

14 Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de siete de junio de dos mil tres; disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf.

15 Vid. ACUERDO por el que se establecen los Lineamientos técnicos relacionados con las actividades descritas en los incisos c) y e) de la fracción II del Artículo Primero del Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, publicado el 31 de marzo del 2020.

entidades auditoras a efecto de contar para el mes de julio de 2020 con el correspondiente dictamen, a efecto de cumplir con lo establecido en el artículo décimo tercero transitorio de la Ley General de Instituciones y Procesos Electorales.

Por cierto, en relación al voto electrónico, hay que referir que el legislador mexicano, hace 102 años, ya había dispuesto el uso de la tecnología para aplicarlo a la emisión del voto, situación que quedó en el olvido y solo formó parte del texto de la ley electoral en su momento:

*LEY PARA LA ELECCION DE PODERES FEDERALES.
(2 de julio de 1918).*

ARTICULO 58.- La votación podrá recogerse por medio de máquinas automáticas, siempre que llenen los requisitos siguientes:
I.- Que pueda colocarse en lugar visible el disco de color que sirva de distintivo al partido y los nombres de los candidatos propuestos;
II.- Que automáticamente marque el número total de votantes y los votos que cada candidato obtenga;
III.- Que tenga espacios libres donde los ciudadanos puedan escribir los nombres de los candidatos cuando voten por alguno no registrado;
IV.- Que pueda conservarse el secreto del voto;
V.- Que el registro total señalado automáticamente sea visible e igual a las sumas parciales de los votos obtenidos por cada candidato;
VI.- Que los electores de la sección respectiva conozcan su manejo.

La votación remota se torna cada vez más indispensable en situaciones extraordinarias como las que se viven en una pandemia. Por su parte Nueva Zelanda actualmente busca extender el servicio de votación en línea de sus votantes en el extranjero; y extender el servicio de votación a través del dictado telefónico, el cual está disponible para quienes tienen una discapacidad física.¹⁶

Hay que empezar a familiarizar a la población con las votaciones en línea a través de una computadora o aplicación en un teléfono móvil. Primeramente en consultas ciudadanas, en elecciones intrapartidistas y pasar después a elecciones municipales, hasta poder llegar a los más altos niveles de gobierno. De esa forma la población se irá acostumbrando a la organización de las elecciones en línea¹⁷.

De acuerdo al último reporte de *Global Digital 2020* de Hootsuite,

[...] la penetración de las redes sociales en América Latina alcanza un 60 por ciento, superior al promedio mundial de 49 por ciento, cifra que se ha elevado en comparación a 2019, especialmente en el Caribe y en América del Sur": "...se han elevado los niveles de preocupación sobre los efectos que éstas pueden tener en los procesos políticos y electorales mediante el uso de diversas técnicas, por ejemplo, las noticias falsas, la propaganda computacional, el uso de bots o cuentas automatizadas, la desinformación y la promoción de discursos de odio y violencia...por ejemplo en Brasil llega

16 IDEA INTERNACIONAL. "Elecciones durante el COVID-19", del día 9 de abril pasado. Ver detalle en Panorama global de COVID-19: impacto en las elecciones, disponible en <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>.

17 La Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México que entró en vigor el 12 de agosto de 2019, establece 20 mecanismos de democracia directa, instrumentos de democracia participativa e instrumentos de control, gestión y evaluación de la función pública, para que la ciudadanía tenga la posibilidad de involucrarse en asuntos públicos y, particularmente, en la revisión de quienes están ejerciendo la función de mandato. Desde el último minuto del 12 de marzo de 2020, finalizó el periodo para recabar los votos y opiniones vía remota de la ciudadanía en la Elección de Comisiones de Participación Comunitaria 2020 y la Consulta de Presupuesto Participativo 2020-2021. Con la Clave de Opinión por Internet, las y los usuarios podrán acceder al SEI, donde les aparecerá una boleta virtual, a partir del primer minuto del 28 de agosto y hasta el último minuto del 30 de agosto. Vid. DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE EL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO PARA EL EJERCICIO FISCAL 2020. 23 de diciembre de 2019. GACETA OFICIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO.

a ser de hasta 85 por ciento —el más elevado de los países evaluados— y le sigue México con 68 por ciento, Chile con 67 por ciento y Argentina con el 62 por ciento [...].¹⁸

Por último, si bien las campañas electorales se realizan cada vez más por Internet y a través de las plataformas de redes sociales; y ya están regulados los canales tradicionales como la televisión nacional y la radio, y en cierta medida el Internet; lo cierto es que falta una herramienta que dé marcaje en las redes sociales del número reiterado de comunicaciones con contenido denostativo, de promoción anticipada y personalizada, para sancionar lo que siguen impactando la organización y alterando los resultados electorales. Las redes sociales deben ser aliadas de la auténtica comunicación.

6 EL ACCESO A LA JUSTICIA, LOS JUICIOS EN LINEA y LA e-DEMOCRACIA.

Como se sabe el derecho de acceso a la justicia, el cual comprende, a su vez, al derecho a una tutela jurisdiccional efectiva es el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión.¹⁹

Así el acceso a la justicia comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.²⁰

Si bien desde el 1º de junio de 2011, la Asamblea General de la ONU reconoció el acceso universal a internet como un derecho humano, lo cierto es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta el once de junio de dos mil trece, previó en el párrafo tercero del artículo 6º la obligación del Estado de garantizar el acceso a las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) por ser una herramienta que favorece el crecimiento y el progreso de la sociedad en su conjunto.

Es de todos sabido que el uso de las TIC en la impartición de justicia y trámites administrativos puede mejorar la gestión y desempeño del sistema judicial, desde el vínculo con la sociedad civil hasta la organización material y trámites, garantizando el acceso a la justicia de manera pronta y expedita. A esta intersección se le conoce como justicia electrónica, que se refiere al mejoramiento continuo de la administración de justicia con el apoyo de tecnología, que crea programas automáticos para la solución de conflictos.²¹

18 Disponible en: <https://www.idea.int/es/news-media/news/es/publicado-el-bolet%C3%ADn-de-justicia-electoral-no-14-redes-sociales-y-justicia>.

19 Tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007, registro de IUS 172759, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, cuyo rubro es "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES".

20 Tesis jurisprudencial 1a./J. 103/2017 (10a.), registro de IUS 2015591, publicada en el Semanario Judicial de la Federación (publicación semanal), Décima Época, cuyo rubro es "DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN".

21 Vid. INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE ADICIONA UN NUEVO PÁRRAFO CUARTO Y SE RECORREN LOS SUBSECUENTES DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA DIGITAL. Suscrita por el Dr. Ricardo Monreal Ávila, senador del Grupo Parlamentario de Morena a la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión. Cfr. RÍOS Ruíz, Alma de los Ángeles, Una visión latinoamericana de la justicia en la era digital & los medios electrónicos, *Amicus Curiae*. Vid. INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE ADICIONA UN NUEVO PÁRRAFO CUARTO Y SE RECORREN LOS SUBSECUENTES DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA DIGITAL. Suscrita por el Dr. Ricardo Monreal Ávila, senador del Grupo Parlamentario de Morena a la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión.

En México, existe la firma Electrónica como el medio de ingreso al sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación, como opción para consultar, enviar y recibir promociones, documentos, acuerdos, resoluciones, sentencias, comunicaciones y notificaciones oficiales relacionadas con los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales, la cual producirá los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa. Esta Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación (en adelante "FIREL") está regulada en el artículo 3º de la Ley de Amparo y es el Consejo de la Judicatura Federal el encargado de regularla.²²

En cumplimiento a dicho mandato, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitieron diversos "Acuerdos Generales Conjuntos" con la finalidad de regular la tramitación y el procedimiento jurisdiccional.²³

Lo cierto es que todas las actuaciones de las partes deben ir firmadas mediante el uso de la FIREL, aunque se admite también el certificado digital de firma electrónica que hubiere emitido otro órgano del estado, siempre que éste haya celebrado un convenio de colaboración para tal efecto con el Poder Judicial de la Federación.

El llamado *principio de equivalencia funcional* implica otorgar el mismo valor probatorio a un documento signado con firma autógrafa que a otro signado con firma electrónica, tomando como referencia su naturaleza jurídica.²⁴

Por tanto la finalidad pretendida con la incorporación del sistema de tramitación electrónica de los juicios es dotarles de un efecto útil que privilegie los derechos de las y los gobernados por encima de formalismos que impidan irrazonable y desproporcionadamente un pronunciamiento de fondo.

En ese sentido, y en el marco de la contingencia sanitaria provocada por el COVID-19, gracias a las TICs, se permite aproximar cada vez más a las personas a la realización y cumplimiento de los derechos humanos en materia de justicia pronta y expedita.

Así la incursión de las TIC ha comenzado a cambiar la forma de interacción en las sociedades contemporáneas.

7 UNA MIRADA A LA NUEVA NORMALIDAD.

Durante la pandemia se acordó, para los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, que las guardias fueren por turnos equivalentes a la mitad del tiempo, alternadas con descanso durante la otra mitad, y sin tener que llevar el registro de control de asistencia; y en aquellos casos de necesaria presencia, solo con horarios de 9:00 am a 15:00 pm, privilegiando el trabajo a distancia y haciendo uso de las herramientas electrónicas.²⁵

Por su parte el TEPJF continuó con el desarrollo de sus funciones esenciales con el personal mínimo e indispensable, mediante la implementación de guardias presenciales cumpliendo con las medidas preventivas ordenadas por las autoridades sanitarias y suspendió el cómputo de los plazos en la sustanciación y resolución de los juicios

22 La mayoría de los países cuentan con una legislación en materia de firma electrónica: Alemania (Ley de Firmas Digitales); Argentina (Ley de Firma Digital en la Administración Pública); Canada (British Columbia Bill 13-2001, The Electronic Transactions Act) y Colombia (Ley 527), entre otros.

23 Acuerdo General Conjunto 1/2015, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los servicios tecnológicos relativos a la tramitación electrónica del juicio de amparo, las comunicaciones oficiales y los procesos de oralidad penal en los centros de justicia penal federal.

24 Recurso de Reclamación 1554/2019. Voto particular del ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Luis González Alcántara Carrancá.

25 ACUERDO GENERAL 8/2020, DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, RELATIVO AL ESQUEMA DE TRABAJO Y MEDIDAS DE CONTINGENCIA EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES POR EL FENÓMENO DE SALUD PÚBLICA DERIVADO DEL VIRUS COVID-19, emitido el 27 de abril de 2020.

laboral-electorales en el TEPJF.²⁶

Hay que ser claros, no se suspendieron las labores, se pasó momentáneamente de una forma presencial a un trabajo a distancia. Se dio la orden de que los servidores públicos y trabajadores mantuvieran la comunicación con sus superiores a través de medios electrónicos y con el uso de la infraestructura de conexión remota para la realización de las funciones encomendadas por el titular del área jurisdiccional o administrativa, con horarios flexibles pero garantando de la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, así como la confidencialidad, seguridad e integridad de la información. Se exceptuó el registro de asistencia a través de los equipos manuales para todos los servidores públicos.²⁷

En materia de trabajo a distancia no hay legislación específica en materia electoral; solo como referencia, podemos citar el artículo 311 de la Ley Federal del Trabajo que establece que será considerado como “trabajo a domicilio” el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación y teniendo derecho a las mismas prestaciones establecidas para el resto del personal, sin modificar las condiciones de trabajo tales como actividades, horarios y salario, pero sin controles de asistencia, ni puntualidad.²⁸

Cabe advertir que uno de los bienes tutelados en el derecho a la protección de la salud regulado en la Ley General de Salud en México es precisamente el bienestar físico y mental de las personas para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de su salud.

La práctica tecnológica en el sistema democrático nos va a permitir acercar y potenciar los principios rectores e inmutables del derecho electoral como son objetividad, independencia, certeza, legalidad e imparcialidad.

El regreso, ordenado, escalonado y regionalizado a las actividades laborales, económicas y sociales de toda la población en México se encamina hacia la *nueva normalidad*.²⁹

Si bien lo normal es lo que se produce comúnmente, y lo nuevo es algo que no se ha producido con antelación, el vocablo “*nueva normalidad*” podría considerarse una frase equívoca o contradictoria, pues difícilmente se puede regresar a algo nuevo; sin embargo, como forma de expresión es permitida en la retórica del pensamiento y se denominada *oxímoron*, esto es, la combinación de dos palabras con significados opuestos que integran una realidad distinta; ejemplo de ello lo podemos encontrar en: “claroscuro”, “altibajos”, “instante eterno”.

No será una vuelta a la normalidad, pues no seremos los mismos como estábamos antes de la pandemia. La forma como hemos venido pensamos y organizando las elecciones va a cambiar. El método convencional conocido a la fecha va a transitar a otro modelo. Albert Einstein decía: “La creatividad nace de la angustia. Sin crisis no hay desafíos. No podemos seguir haciendo lo mismo, sino solo llegaremos al mismo lugar en donde estamos”.

En este contexto los organismos electorales deben considerar nuevas condiciones de

26 ACUERDO DEL MAGISTRADO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, RELATIVO A LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS QUE GARANTICEN EL ADECUADO FUNCIONAMIENTO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES Y PREVENTIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ESTA INSTITUCIÓN Y PERSONAS QUE ACUDAN A SUS INSTALACIONES, emitido el 16 de marzo de 2020.

27 Vid. ACUERDO General de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación número 2/2020, por el que se autoriza la resolución no presencial de los medios de impugnación, con motivo de la pandemia originada por el virus COVID-19, de fecha 26 de marzo de 2020 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el Viernes 27 de marzo de 2020.

28 Vid. Guía de Orientación Jurídica por afectaciones derivadas del COVID-19, consultable en la página Webb del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, jurídicas.unam.mx . Fecha de consulta del 14 de abril de 2020.

29 Vid. ACUERDO por el que se establece una estrategia en la reapertura de actividades de una manera gradual, ordenada y cauta, considerando tres etapas, publicado en el DOF del 14 de mayo de 2020.

organización electoral y participación ciudadana, lo que puede implicar toma de decisiones desde la modificación de los materiales electorales hasta nuevas modalidades de votación.

No puede soslayarse una dificultad adicional, enfrentar los procesos electorales bajo esta nueva normalidad, requerirá no sólo reformas a procedimientos, lineamientos o reglamentos electorales sino también a la legislación y en algunas temas hasta a reformas a la propia Constitución General.

Enfrentar exitosamente el reto de un retorno de manera escalonada pero sin reformas legales de por medio, implica esquemas complementarios y paulatinos dentro del margen de maniobra y discrecionalidad de las autoridades electorales, que les permita establecer acciones y políticas tendientes a la reapertura de las actividades en general pero con énfasis en la instrucción y habilitación del personal para el resguardo de su seguridad en el ambiente laboral, con la emisión de protocolos sanitarios para el reinicio seguro de sus actividades.

El legislador no siempre regula el detalle, para eso las autoridades cuentan con facultades reglamentarias, que sin afectar los principios rectores de la función electoral, constituyen acuerdos generales y disposiciones secundarias que dan certeza y seguridad jurídica a los procesos electorales. En la actualidad, los reglamentos, acuerdos, bases, manuales y protocolos en materia electoral constituyen, por mucho, un universo mayor al de las leyes electorales emitidas por el Congreso de la Unión.

Unapandemia no puede frenar el avance democrático. Aunque, si bien un desconfinamiento prematuro es riesgoso porque puede provocar más brotes del virus ³⁰, lo cierto es que existen medidas que permiten reactivar las actividades de las autoridades electorales de forma paulatina y que aseguran el derecho fundamental a la salud y al mismo tiempo los derechos constitucionales de acceso a la justicia y del desarrollo de elecciones libres y auténticas.³¹

Considerando las sugerencias del Instituto Interamericano de Derechos Humanos podríamos clasificar las medidas de esta nueva normalidad en tres categorías diferentes:

1. INMEDIATAS para continuar con los procesos electorales locales de Hidalgo y Coahuila.
2. TEMPORALES para hacerle frente e iniciar los proceso electoral federal y locales 2020-2021.
3. PERMANENTES O DE LARGA DATA para el fortalecimiento democrático y las medidas regulatorias a implementar en un mediano y largo plazo.

Esta *nueva normalidad* traerá una manera diferente de aplicar e interpretar las leyes electorales vigentes en 2020, habrá que estar atentos a los alcances jurídicos de las siguientes disposiciones normativas:

- Del artículo 280 párrafo 5 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) cuando establece que "...en ningún caso se permitirá el acceso a las casillas a personas embozadas...";

30 Algunos países como Jordania, Libano, Italia y Reino Unido reactivaron la fase uno de prevención. Vid. WHICH COUNTRIES DO BEST IN BEATING COVID-19? Disponible en: <https://www.endcoronavirus.org/countries>.

31 El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y su Centro de Asesoría y Promoción Electoral CAPEL, elaboró en abril del año 2020, las sugerencias para llevar a cabo elecciones en un contexto de una crisis sanitaria. Vid. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH-CAPEL). Consideraciones para el establecimiento de un protocolo para la celebración de elecciones en el contexto de una crisis sanitaria. Abril 2020. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/capep/media/1652/fasc%C3%ADculo-1-consideraciones-para-el-establecimiento-de-un-protocolo-para-celebraci%C3%B3n-de-elecciones-en-el-contexto-de-una-crisis-sanitaria.pdf>.

- Respecto del artículo 278 párrafo 1 de la LGIPE, respecto de la votación de los electores “en el orden en que se presenten ante la mesa directiva de casilla...”, si ello se ve alterado por razón de seguridad sanitaria.
- En cuanto al artículo 276 párrafo 1, inciso d) de la LGIPE, respecto a: 1. la integración y ubicación geográfica de las casillas que permita asegurar la libertad y secreto del voto así como el fácil y libre acceso de los electores, y 2. los alcances entre lo normal y la nueva normalidad respecto a la porción normativa que enuncia garantizar “...la realización de las operaciones electorales en forma normal”.
- Sobre el artículo 75 párrafo 1, incisos c) h), j), k) de la LGSMIME para establecer los alcances de la causas justificadas por fuerza mayor vinculadas a quienes sean portadores de COVID-19 respecto de la interrupción de la votación, cambio de lugar para el escrutinio o computo, entrega de los paquetes fuera de los plazos al Consejo, expulsión del representante partidista, no permitir el voto a los ciudadanos que se les detectes una temperatura corporal mayor a la normal, aunque no haya prueba de laboratorio que lo acredite en ese momento. Cabe considerar todo esto respecto de la casilla única con el cómputo de las boletas para elección federal o local y aquella consulta popular que se quiera llevar a cabo simultáneamente en dichas elecciones.
- Respecto a los artículos 281, párrafo 1 y 300 de la LGIPE cuando el presidente de la Mesa directiva de casilla solicite el auxilio de las fuerzas de seguridad pública (ejército o guardia nacional) a fin de preservar el orden en la casilla y la normalidad en las votaciones, ordenando el retiro de cualquier persona que altere el orden.
- Y del artículo 75 párrafo 1, inciso i) de la LGSMIME sobre los nuevos alcances de la causal de nulidad por violencia o presión sobre el electorado, relacionado con el delito de peligro de contagio; esto es, al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento.

Por último, veremos con el paso del tiempo cómo los criterios judiciales bajo esta nueva normalidad van a ir dando respuesta a los siguientes elementos: 1. Los parámetros que calificarán como grave una conducta; 2. Los extremos del PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS VÁLIDAMENTE CELEBRADOS, frente a los efectos de una pandemia mundial y la probabilidad de que continúe como emergencia sanitaria; 3. La causa de fuerza mayor originada por la emergencia sanitaria como elemento detonante de la causal de nulidad genérica que materialicen irregularidades sistemáticas y determinantes; 4. Alcances probatorios de dichas irregularidades; 5. Los nuevos factores cualitativos para calificar una elección auténtica y los factores cuantitativos de la magnitud medible por el cúmulo de irregularidades graves o violaciones sustanciales; 6. Los alcances interpretativos de las irregularidad grave o violaciones sustanciales para efectos de la determinancia en el resultado de la votación o de la elección, teniendo como referencia la diferencia entre el primero y el segundo lugar de los contendientes.

8 CONCLUSIONES

El liderazgo de las instituciones se evidencia en las crisis. Debemos ser aliados del futuro. La forma de interrelacionarnos en la tercera década del siglo XXI será la que engarce lo “normal” con la “nueva normalidad”.

Se está viviendo una *metamorfosis democrática* que está gestando una nueva ruta más sensible, humanista, integral y desde la mirada del otro; igualmente está produciendo el tránsito sin retorno de algunas actividades electorales presenciales (consideradas como normales) hacia una modalidad híbrida o a distancia (llamada ahora nueva normalidad); y asimismo nos está dejando ver la importancia del consenso, el diálogo y la actuación inmediata de las autoridades electorales y todos los sujetos regulados sobre la marcha galopante de los procesos electorales.

Ante este reto, que no es menor, el avance democrático nos exige un sincero marco de empatía acentuando la creatividad, innovación, flexibilidad, y adaptación de las funciones electorales que den un salto cuántico hacia la *e-democracia* y prioricen los objetivos realizables a corto, mediano y largo plazo.

Esta pandemia generará con el tiempo un entorno que favorezca estrategias de autogestión para tener éxito en la distribución de actividades laborales y de funcionamiento institucional que representen un reto en su realización a distancia, sin soslayar la excelencia y precisión en sus resultados.

Por tanto se reitera que a partir de la tercera década del siglo XXI las funciones electorales quedarán enmarcadas en lo general en el uso indispensable de la tecnología, con el fin de articular habilidades generacionales sustentables que se proyectarán en el desarrollo democrático del milenio.

REFERENCIAS

ACUERDO por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia. *Diario Oficial de la Federación* de fecha 23 de marzo del año 2020.

ACUERDO por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias. *Diario Oficial de la Federación* del 14 de mayo de 2020.

ACUERDO de la Junta de Coordinación Política (JUCOPO) por el que se establecen las medidas adoptadas por la Cámara de Diputados ante la pandemia del coronavirus (Covid-19), del 18-03-2020. Y el ACUERDO de la Junta de Coordinación Política relativo a la Convocatoria para la elección de Consejeras y Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral y al proceso para la integración del respectivo Comité Técnico de Evaluación, en el *Diario Oficial de la Federación* del 14/02/2020.

ACUERDO del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se determina como medida extraordinaria la suspensión de plazos inherentes a las actividades de la función electoral, con motivo de la contingencia sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus, covid-19. INE/CG82/2020. Disponible en: <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/113873/CG2ex202003-27-ap-3.pdf>.

ACUERDO del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, INE/CG83/2020, del 1 de abril de 2020. Disponible en: <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/113880/CGex202004-01-rp-Unico.pdf>.

ACUERDO general 8/2020, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo al esquema de trabajo y medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus covid-19, emitido el 27 de abril de 2020.

ACUERDO general conjunto 1/2015, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los servicios tecnológicos relativos a la tramitación electrónica del

juicio de amparo, las comunicaciones oficiales y los procesos de oralidad penal en los centros de justicia penal federal.

ACUERDO General de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación número 2/2020, por el que se autoriza la resolución no presencial de los medios de impugnación, con motivo de la pandemia originada por el virus COVID-19, publicado en el Diario Oficial de la Federación el Viernes 27 de marzo de 2020.

ACUERDO GENERAL de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación número 5/2020, por el que se aprueban los lineamientos para la implementación y el desarrollo del juicio en línea en materia electoral, respecto de los recursos de reconsideración y de revisión del procedimiento especial sancionador, emitido el 27 de mayo de 2020.

ACUERDO del Pleno General de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa que modifica el Acuerdo SS/11/2020, para determinar la prórroga de la suspensión de actividades jurisdiccionales del 6 al 29 de mayo del 2020. ACUERDO SS/12/2020.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el nuevo contexto mundial y regional: escenarios y proyecciones en la presente crisis (LC/PUB.2020/5), Santiago, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf.

DECRETO por el que se expide el presupuesto de egresos de la Ciudad De México para el ejercicio fiscal 2020. 23 de diciembre de 2019. GACETA OFICIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO. *Diario Oficial de la Federación* de fechas 23 de marzo de 2020, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020 y del 30 de marzo de 2020, disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020.

ELIZONDO GASPERIN, Rafael. "La Urgencia de los juicios electorales en línea", VOZ y VOTO, Abril 01, 2020.

IDEA INTERNACIONAL. "Elecciones durante el COVID-19" del día 9 de abril pasado. Ver detalle en Panorama global de COVID-19: impacto en las elecciones, disponible en <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>.

IDEA INTERNACIONAL Boletín 14, 2020. Disponible en: <https://www.idea.int/es/news-media/news/es/publicado-el-bolet%C3%ADn-de-justicia-electoral-no-14-redes-sociales-y-justicia>.

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO por el que se adiciona un nuevo párrafo cuarto y se recorren los subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de impartición de justicia digital. Suscrita por el Dr. Ricardo Monreal Ávila, senador del Grupo Parlamentario de Morena a la LXIV Legislatura del Congreso de la Unión.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH-CAPEL). Consideraciones para el establecimiento de un protocolo para la celebración de elecciones en el contexto de una crisis sanitaria. Abril 2020. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1652/fasc%C3%ADculo-1-consideraciones-para-el-establecimiento-de-un-protocolo-para-celebraci%C3%B3n-de-elecciones-en-el-contexto-de-una-crisis-sanitaria.pdf>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. Directrices Esenciales para incorporar la perspectiva de Derechos Humanos en la atención a la pandemia por Covid-19. 13 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/node/206825>.

RECURSO DE RECLAMACIÓN 1554/2019. Voto particular del ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Luis González Alcántara Carrancá.

RESOLUCIÓN NO. 1/2020. PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS Adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

TESIS JURISPRUDENCIAL 1a./J. 42/2007, registro de IUS 172759, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, cuyo rubro es "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES".

TESIS JURISPRUDENCIAL 1a./J. 103/2017 (10a.), registro de IUS 2015591, publicada en el Semanario Judicial de la Federación (publicación semanal), Décima Época, cuyo rubro es "DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN".

WHICH COUNTRIES DO BEST IN BEATING COVID-19? Disponible en: <https://www.endcoronavirus.org/countries>.

MEDIDAS PROCESALES FRENTE AL CORONAVIRUS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 3/2020, DE 18 DE SEPTIEMBRE¹

Leticia Fontestad Portalés

Doutora em Direito Comunitário pela Universidad de Malaga/España. Profesora
Titular de Derecho Procesal pela Universidad de Málaga/España.

Sumário: 1 Introdução; 2 Medidas procesales urgentes en el ámbito de la administración de justicia; 3 Medidas concursales y societarias; 3.1 Introducción; 3.2 Medidas concursales y societarias en la Ley 3/2020 y en el RD-ley 16/2020; 3.3 Medidas procesales para tramitar los procedimientos de insolvencia; 4 Breve referencia a las medidas organizativas y tecnológicas; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.293-313, set./dez. 2020.

1 INTRODUCCIÓN

Ante la situación de crisis sanitaria que estamos sufriendo todavía hoy en día los Gobiernos de prácticamente todos los países del mundo han ido adoptando una serie de medidas procesales y organizativas para combatir los efectos del COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En España, el artículo 86 de la Constitución Española² permite al Gobierno dictar Decretos-leyes “*en caso de extraordinaria y urgente necesidad*”, siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general. En cumplimiento de ello y tras la declaración del Estado de alarma³, el Gobierno español hizo uso del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril⁴, en adelante RD-ley, para establecer una serie de medidas, de diferente naturaleza, con el objetivo de luchar contra los efectos del COVID-19 en la Administración de Justicia⁵ y que acaba de ser derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁶. En el presente trabajo haremos mención del régimen previsto en ambas normas por dos motivos. En primer lugar, analizaremos la desaparecida regulación de la habilitación parcial del mes de agosto y de los cómputos procesales por el debate crítico que suscitó esta medida adoptada por el gobierno en la citada norma, hoy derogada. Y, en segundo lugar, haremos mención al contenido normativo de este RD-ley debido a que aunque muchas de las medidas incorporadas en su articulado han quedado sin efecto, otras se mantienen intactas o con modificaciones en la nueva Ley 3/2020.

Resumiendo, a grandes rasgos, el contenido de este recién derogado Real Decreto-ley, podemos determinar que se trata de una norma que regulaba medidas procesales que se consideraban urgentes⁷, tanto de carácter organizativo como de seguridad jurídica, con el fin de, garantizando la salud de los operadores jurídicos⁸, reestablecer progresivamente el normal funcionamiento de los juzgados y tribunales.

Es importante recordar que nos encontramos ante una norma cuyas medidas han estado en vigor no solo, lógicamente, durante el período en el que el país se encontraba en Estado de alarma, sino también durante los tres meses siguientes a la finalización del confinamiento de los ciudadanos y demás medidas específicas adoptadas en el ámbito de la Administración de Justicia⁹. Pasados los mencionados tres meses, efectivamente, dicha

2 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

3 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

4 Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE, núm. 119, de 29 de abril de 2020).

5 Sin embargo, debemos manifestarnos en contra de que el legislador aproveche situaciones de este tipo para introducir reformas procesales que resultan incoherentes con los principios que informan nuestro sistema procesal reduciendo, además, tal y como afirma TORRES ROSELL, algunos de los derechos y expectativas de las partes procesales. *Vid.* TORRES ROSELL, N., “¿La aceleración de la actividad judicial depende de la restricción de derechos procesales?: modificación y supresión de recursos en el proceso penal (propuestas 4.6 y 4.13 del CGPJ)”, en *Diario La Ley*, núm. 9664, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de Julio de 2020, pág. 1.

6 BOE núm 250 de 19 de septiembre de 2020.

7 Son tres los paquetes de medidas que se aprueban para retomar la actividad de los juzgados y tribunales tras la declaración del Estado de alarma por la crisis sanitaria del coronavirus y que se pretenden articular en torno a tres conceptos: medidas procesales urgentes, medidas concursales y societarias y medidas organizativas y tecnológicas.

8 Para garantizar dicha salud laboral, el RD ley incorpora una serie de limitaciones que deben ser tenidas en cuenta en los órganos judiciales para garantizar la distancia de seguridad, así como para evitar la concentración del personal, que tendrá la posibilidad de acogerse a jornadas de mañana o tarde.

9 El citado RD 463/2020 incorpora entre otras medidas, no solo las limitaciones a la libertad de circulación de las personas, sino, específicamente en el ámbito de la Administración de Justicia, la suspensión de los términos y plazos procesales, con las únicas excepciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

normativa ha sido sustituida por la citada Ley 3/2020.

Las medidas que incorporan, tanto la Ley 3/2020, como el derogado Real Decreto-ley se han estructurado en ambos casos en tres capítulos. El primero de ellos dedicado a las medidas de carácter procesal que es en el que más difieren ambos regímenes, lógicamente, ante la desaparición de esa urgencia en lo que a la necesidad de la adopción de medidas procesales se refiere. En este sentido el Capítulo I de la Ley 3/2020 ha quedado reducida a dos artículos que reproducen prácticamente lo previsto en el RD-ley sobre la tramitación de los expedientes de regulación temporal de empleo y la tramitación preferente de determinados procedimientos. El segundo capítulo de las citadas normas incluye medidas en el ámbito concursal y societario. Y, por último, el tercero, lo dedican a las medidas de carácter organizativo y tecnológico destinadas a afrontar de manera inmediata los efectos de la crisis del COVID-19 sobre la Administración de Justicia.

Entre las medidas urgentes de carácter procesal que adoptó el Gobierno, en el citado Real Decreto-Ley se prevé una serie de normas que tienen como objetivo dar respuesta al, más que posible, incremento de litigiosidad como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19, así como a impulsar la reactivación de la actividad judicial de nuestros tribunales. Para ello, se crearon juzgados Covid-19 para atender provisionalmente los asuntos consecuencia de la crisis y que se mantienen con la nueva normativa en vigor. No obstante, debemos tener en cuenta que el día 20 de septiembre ha entrado en vigor la Ley3/2020 que deroga el RD-ley y como consecuencia desaparecen muchas de las medidas procesales previstas en el capítulo I del citado RD-ley pues, como advertíamos anteriormente, ha desaparecido el mencionado carácter urgente para la adopción de medidas de carácter procesal. Así, por ejemplo, el RD-ley habilitó excepcionalmente, como medida procesal urgente y manera parcial, el mes de agosto que, con carácter ordinario y habitualmente, es inhábil en la Administración de Justicia, previsión que, lógicamente, ha desaparecido de la Ley 3/2020.

En el Capítulo II de la Ley 3/2020 se incorporan otras medidas junto a las ya acordadas en el en el Real Decreto- ley 16/2020, de 28 de abril; en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19¹⁰, así como en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19¹¹, con el objetivo de, por un lado, salvaguardar la continuidad económica de aquellas empresas, profesionales y autónomos que, antes de la declaración del estado de alarma, cumplían los compromisos derivados de un convenio o de un acuerdo, ya se trate de un acuerdo de pago de carácter extrajudicial o de un acuerdo de refinanciación homologado. Por otro lado, en relación con estos deudores, se aplaza la obligación de solicitar la apertura de la fase de liquidación siempre que, durante la vigencia del convenio, el deudor advierta la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y los compromisos adquiridos con posterioridad a la aprobación de aquel. Por último, en este aspecto, se posibilita la modificación

10 BOE núm. 91, de 1 de abril 2020.

11 BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020. Hay que tener en cuenta que la disposición derogatoria del Real decreto-ley 16/2020, deroga el artículo 43 de este Real Decreto-ley 8/2020 que incorporaba la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma, así como la inadmisión a trámite por parte del juez de las solicitudes de concurso necesario hasta transcurridos dos meses desde la finalización de dicho estado. Curiosamente la exposición de motivos de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre advierte que en la Disposición derogatoria única en su apartado segundo se deroga el artículo 43 Real Decreto 8/2020 que establecía la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma y preveía que los jueces no admitirían a trámite solicitudes de concurso necesario hasta transcurridos dos meses desde la finalización de dicho estado pues se trata de “evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que pueden ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo”.

del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación homologado.

Asimismo, en materia concursal y societaria, el legislador, para impulsar e incentivar la financiación de las empresas atendiendo a sus necesidades transitorias de liquidez, califica como créditos contra la masa, llegado el caso de liquidación, los créditos que derivan de sus compromisos de financiación o de la prestación de garantías a cargo de terceros, incluidas las personas especialmente relacionadas con el concursado, siempre que figuraran en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del convenio ya aprobado por el juez.

No podemos dejar de señalar que nos encontramos ante actuaciones que, a pesar de la entrada en vigor de la nueva Ley 3/2020, continúan siendo transitorias y que no están exentas de complejidad puesto que se adoptan en un primer momento, con el RD-ley 2020, en el que todavía no había entrado en vigor el nuevo texto refundido de la Ley Concursal que, apenas hace unos días que resulta de aplicación¹².

En lo que a nosotros nos interesa, desde una perspectiva procesal, resulta de especial relevancia en este punto advertir de las normas de agilización del proceso concursal que se han previsto en esta Ley 3/2020, así como en el derogado Real decreto-ley, de tal modo que para tratar de evitar el previsible incremento de la litigiosidad en lo que a la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia se refiere, se ha regulado, por ejemplo, la confesión de la insolvencia, la tramitación con carácter preferente de determinadas actuaciones dirigidas a la protección de los derechos de los trabajadores, a proteger la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos, etc.

En el bloque organizativo y tecnológico, por su parte, la Ley 3/2020 mantiene algunas medidas adoptadas por el RD-ley como, por ejemplo, la participación de los jueces de adscripción territorial y letrados de la Administración de Justicia en prácticas, así como la movilidad de funcionarios entre órganos judiciales de una misma jurisdicción y en la misma localidad. Medidas que se incorporaron en un primer momento en el RD-ley con el fin de agilizar y dar continuidad a la actividad judicial.

De la misma manera, en este Capítulo III, la Ley 3/2020 en la línea del Real Decreto Ley mantiene su objetivo de impulsar el teletrabajo, de mejorar el uso de los sistemas de firma digital, así como la potenciación de las nuevas tecnologías en el desarrollo de las vistas y demás actos procesales. Para ello, se prevé que los actos procesales se lleven a cabo, con carácter preferente, de forma telemática excepto en los procesos por delitos graves¹³ en el orden jurisdiccional penal que requieren, necesariamente, la presencia física del acusado¹⁴. En definitiva, el Capítulo III de la Ley 3/2020 mantiene e incorpora medidas de carácter

12 Aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020 (BOE núm. 127, de 07 de mayo 2020).

13 Proceso para el enjuiciamiento de delitos que tengan prevista una pena privativa de libertad superior a 9 años. La fase de instrucción o sumario es competencia del Juez de Instrucción, mientras que la fase intermedia y la del juicio oral es competencia de la Audiencia Provincial excepto en los supuestos de aforamientos o delitos cuya competencia esté atribuida a la Audiencia Nacional. *Íd.* Artículo 14 y 757 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Publicado en GACETA de 17 de septiembre de 1882).

14 El artículo 786.1 primer inciso LECrím establece que *“La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor”*, en cumplimiento con lo previsto en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo 6 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York en 16 de diciembre de 1966. Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico se prevé la posibilidad de la celebración del juicio en ausencia del acusado en los procedimientos abreviados cuando la pena privativa de libertad no exceda de dos años y se cumplan los requisitos establecidos en artículos 775 y 786.1.º LECrím. En los procesos por delitos (antiguos juicios de faltas), el artículo 971 LECrím establece que *“la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél”*. Este tipo de procesos penales, la ausencia del acusado no trae consigo ni la declaración de rebeldía ni la suspensión del juicio por razones de economía procesal, es decir, ante la escasa entidad de la infracción y también, en función de lo previsto en el artículo 970 LECrím, por propia innecesidad de la presencia del sujeto pasivo del procedimiento para el supuesto de que el presunto culpable resida fuera de la demarcación del Juzgado.

organizativo y tecnológico destinadas a seguir afrontando las consecuencias de la crisis sobre la Administración de Justicia y, además, amplía la aplicación temporal de las mismas hasta el 20 de junio de 2021, fecha en la que se espera que existan todas las garantías sanitarias contra el COVID-19.

Una vez expuesto, con carácter general, el contenido del Real Decreto-ley 16/2020 y su equivalente en la nueva Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que deroga el citado RD-ley, en el siguiente apartado nos centraremos exclusivamente en análisis de las medidas urgentes de carácter procesal previstas en el capítulo I del RD-ley dejando al margen del trabajo precisamente una de las medidas que se mantiene en la Ley 3/2020 que es objeto de otro trabajo de investigación¹⁵. Al mismo tiempo en este apartado iremos mencionando las medidas organizativas y tecnológicas que se incorporan en el Capítulo III.

Dado que a la finalización de este trabajo de investigación se publica y entra en vigor la citada Ley 3/2020, nos limitaremos en este momento a incluir en cada apartado las diferencias que incorpora la reciente normativa en relación con el derogado RD-ley.

No obstante, antes de comenzar, sirva como justificación del análisis realizado sobre el RD-ley a pesar de estar en la actualidad derogado, además de los motivos antes expuestos, el régimen transitorio previsto en la Ley 3/2020 que entra en vigor el día 20 de septiembre. Así, la citada Ley 3/2020 prevé un régimen transitorio en relación con las actuaciones procesales y otro régimen transitorio en relación con las medidas organizativas y tecnológicas:

- a) Disposición transitoria primera Régimen transitorio de las actuaciones procesales:
 - 1. Las normas de la Ley 3/2020 se aplicarán a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su entrada en vigor, con independencia de la fecha en la que hubiera comenzado el proceso.
 - 2. No obstante, a las actuaciones procesales iniciadas conforme a lo previsto en los artículos 3 a 5 del R.D-ley 16/2020, se le aplicará esta normativa que estará transitoriamente en vigor hasta su conclusión.
- b) Disposición transitoria segunda Previsiones en materia de medidas organizativas y tecnológicas

Las medidas previstas en el Capítulo III de la Ley 3/2020 aplicarán en todo el territorio nacional hasta el 20 de junio de 2021 inclusive. No obstante, si a dicha fecha se mantuviera la situación de crisis sanitaria, las medidas contenidas en el citado Capítulo III se aplicarán en todo el territorio nacional *“hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.”*

2 MEDIDAS PROCESALES URGENTES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dentro de este capítulo dedicado a las medidas procesales urgentes en el ámbito de la Administración de Justicia, analizaremos concretamente la habilitación parcial del mes de agosto y cómputo de los plazos procesales, así como la ampliación del plazo para recurrir por los problemas que suscitó en la comunidad jurídica no sin antes advertir que se trata

¹⁵ El contenido de los artículos 6 y 7 RD-ley se mantienen en los artículos 1 y 2 Ley 3/2020 que incorpora como novedad lo referido al carácter preferente de determinadas inscripciones en el registro civil. En materia de registro civil la Disposición final quinta modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

de medidas que han perdido su razón de ser en la actualidad y que han sido objeto de derogación tras la entrada en vigor de la Ley 3/2020.

El Real Decreto-ley 16/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia incorpora como primera medida procesal la habilitación de días a efectos procesales.

Para poder advertir los efectos de esta relevante medida procesal debemos, al menos, poner de manifiesto cuál es el régimen general en relación con los días hábiles que nuestro ordenamiento jurídico contempla en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶ (en adelante, LOPJ), para la celebración de las actuaciones procesales. Así, el artículo 182.1 de la citada LOPJ, dispone que son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad. El Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), puede, por medio de reglamento, habilitar estos días a efectos de actuaciones judiciales en aquellos casos no previstos expresamente por las leyes.

Por su parte, el artículo 130.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷ (en adelante, LEC) establece que las actuaciones judiciales deberán practicarse en días y horas hábiles afirmando, a continuación que, son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, y los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria¹⁸, en adelante LJV, en atención a lo previsto en el, actualmente derogado, artículo 1812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁹, había que tener en cuenta que para los actos de jurisdicción voluntaria eran hábiles todos los días sin excepción. Previsión que, tras la entrada en vigor de la mencionada LJV, desaparece excepto para las Certificaciones públicas de determinados expedientes de derecho marítimo en función de lo previsto en el artículo 502 de la Ley de Navegación Marítima (en adelante, LNM)²⁰.

Hecha esta advertencia, el artículo 1 del citado RD-ley 16/2020 declaró hábiles para todas las actuaciones judiciales, que a efectos del artículo 183 LOPJ²¹ se declaran urgentes, los días 11 a 31 del mes de agosto del año 2020. Como podemos comprobar, no se trata de una habilitación total sino parcial puesto que no se habilita totalmente el mes de agosto, sino solamente a partir del día 11 del mismo. No obstante, quedaban a salvo los sábados, domingos y festivos, excepto para las actuaciones judiciales para las que estos días fueran declarados hábiles en atención a lo previsto en las leyes procesales²².

16 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985).

17 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000).

18 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

19 Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil (Gaceta de Madrid núm. 36, de 5 de febrero de 1881) cuyo Libro III dedicado a la Jurisdicción Voluntaria ha estado vigente, a pesar de la derogación de esta Ley tras la entrada en vigor de la actual LEC del año 2000, hasta su expresa derogación por la Disposición derogatoria única de la citada Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria, según la cual: "1. Quedan derogados los artículos 4, 10, 11, 63, 460 a 480, 977 a 1000, 1811 a 1879, 1901 a 1918, 1943 a 2174 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881".

20 Vid. Artículo 502 LNM según el cual "En los procedimientos relativos al Derecho marítimo serán hábiles todos los días y horas sin excepción".

21 "Serán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales. No obstante, el Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, podrá habilitarlos a efectos de otras actuaciones".

22 En opinión de GONZÁLEZ CASSO, por un lado, sorprende que del 1 al 10 de agosto no exista urgencia alguna y, por otro lado, critica que esta norma "... es un precepto absurdo e inútil. La habilitación del mes de agosto ya está prevista en nuestras leyes procesales e incluso sin necesidad de previa habilitación (vid. artículos 131 núm. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 201 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por poner algunos ejemplos)". [Cfr. GONZÁLEZ CASSO, J., "Algunas notas de urgencia al Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica), p.2.]

No han sido pocas las críticas desde distintas instituciones que regulan las profesiones de abogados y procuradores en relación a la habilitación del mes de agosto para las actuaciones procesales²³ y, también, en lo que se refiere a la medida adoptada por el Gobierno sobre la distribución de las vacaciones de Jueces, Magistrados, miembros del Ministerio Fiscal, Letrados de la Administración de Justicia y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia a la que hace referencia el apartado 2 del artículo 1 del RD-ley que ahora analizamos.

La razón que lleva al legislador a adoptar esta medida en contra de la opinión del Consejo General de la Abogacía²⁴, no es otra que la de impulsar la recuperación de la actividad procesal que ha estado paralizada durante todo el período del estado de alarma. Sin embargo, las principales críticas parten del hecho de que para ello se requiere un esfuerzo no solo de los operadores jurídicos que trabajan en la Administración de Justicia, sino también de los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia, para garantizar y proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Junto al hecho de conferir, tanto a los operadores jurídicos como a los profesionales relacionados con la Administración de Justicia, la responsabilidad de reactivar el funcionamiento de la actividad judicial, esta norma exige a las citadas Administraciones e instituciones una adecuada organización y coordinación para la distribución de las vacaciones de Jueces, Magistrados, miembros del Ministerio Fiscal, Letrados de la Administración de Justicia y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

La habilitación parcial del mes de agosto, desde el día 11 al 31, como acabamos de ver, junto a la posibilidad de adoptar medidas para la distribución de las vacaciones de los Jueces, Magistrados y demás funcionarios de la Administración de Justicia ha provocado las críticas de un gran sector de los profesionales del Derecho que no pertenecen, pero colaboran con la Administración de Justicia, al considerar que se trata de normas que en ningún caso van a solucionar el retraso en la administración de justicia dado que, entre otras cosas, la habilitación parcial del mes de agosto para agilizar la justicia es del todo incompatible con el régimen adoptado por el Gobierno para proteger las vacaciones del citado personal al servicio de la Administración de Justicia.

En este sentido, la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, el pasado 30 de abril, declara que

[...] declarar hábil agosto y garantizar el respeto a las vacaciones de los jueces y del conjunto de los funcionarios de la Administración de Justicia no es compatible con el pleno rendimiento del sistema, de modo que no se recuperará el atraso que acumulan los juzgados. De hecho, esta decisión supondrá en la práctica la ralentización del sistema durante siete meses (junio, julio, agosto y septiembre, octubre, noviembre y diciembre) en lugar de uno solo (agosto).²⁵

23 Sirva como ejemplo el rechazo frente a esta medida del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, en https://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=%2FS015010002001%2F1586695783613_es_ES.html (última consulta, 07 sep. 2020).

24 *Vid.* Nota sobre el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de Medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia en relación a las peticiones efectuadas por el CGAE, disponible en https://www.icacordoba.com/archivos/tmw-Nota_CGAE_RDley_16_2020_28Abril.pdf, (última consulta 08 sep. 2020).

25 En sentido, no podemos olvidar las recomendaciones que, tras la publicación del RD-ley, realiza la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial, el 11 de mayo, de *"limitar en lo posible las vistas orales, sin perjuicio de aquellas que deban celebrarse en atención a su urgencia"* así como, para el supuesto de que los jueces consideraran necesario aprovechar los días habilitados durante este mes, *"comunicar a las partes los señalamientos para dicho periodo con la suficiente antelación, preferiblemente antes del 15 de junio"*. El CGPJ, además, consideró que lo más conveniente sería *"reducir al mínimo esencial la práctica de notificaciones cuyo plazo precluya entre el 11 y 31 de agosto"*. Igualmente, la Comisión de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante, TSJA), en acuerdo de 2 de junio de 2020, acordó establecer una serie de pautas de actuación a tener en cuenta a partir del día 4 de junio de 2020 como consecuencia del alzamiento de la suspensión de las actuaciones judiciales y plazos procesales (disponible en https://www.icacordoba.com/archivos/tmw-COMISION%20SG_2%20de%20Junio_TSJA.pdf). Acuerdo que fue recurrido por el Consejo Andaluz de Colegio de Abogados (disponible en https://www.asnala.com/media/docs/corona/416-C.G.PJ._Recurso-Alzada-Definitivo-C.G.PJ.pdf).

El Ministerio de Justicia, al inicio de su Plan de arranque judicial, declara que

Tras analizar las cifras de uso del sistema de comunicaciones electrónicas Lexnet, se muestra que abogados y procuradores han hecho un uso intensivo durante el periodo hábil, aumentando tanto la recepción de notificaciones como la remisión de escritos de inicio de demandas y de trámite a los órganos judiciales. Durante el periodo hábil de agosto de 2020, respecto al mismo periodo de 2019, se observa un aumento considerable en todos los actos de comunicación. En particular, el número de notificaciones ha sido de 1.310.000 (un 1.000% más respecto a 2019), y los abogados y procuradores han presentado más de 110.000 escritos iniciadores de demandas (un 245% más que el año anterior) y más de 436.000 escritos de trámite (un 585% más). Según los datos del informe realizado por Justicia, esta medida ha compensado en parte los meses de inactividad y ha reactivado un gran número de procedimientos. Las comunicaciones electrónicas a lo largo del periodo habilitado en agosto han sido fluidas y los sistemas han funcionado con normalidad sin producirse incidencias reseñables. Las cifras permiten concluir que, gracias al esfuerzo de todos, se ha mantenido una razonable actividad judicial y se ha respondido adecuadamente a la situación generada por la pandemia.²⁶

Sin embargo, ante este informe, los profesionales que colaboran con la Administración de Justicia se preguntan ¿dónde quedan las citadas recomendaciones del CGPJ y del TSJA que limitaban los señalamientos y las notificaciones a asuntos esenciales y urgentes?

Además, a pesar de los datos tan optimistas y esperanzadores que arroja este informe del Ministerio de Justicia, por ejemplo, en el Colegio de Abogados de Granada, que habilitó una especie de Buzón de incidencias, entre el 24 de agosto y el 4 de septiembre, ha recibido un total de 162 comunicaciones en dos semanas²⁷.

En relación al cómputo de plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir, el artículo 2 RD-ley es muy claro cuando determina que aquellos términos y plazos procesales previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos en función de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19²⁸, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente.

No obstante, hay que tener en cuenta el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma que procede a derogar en los siguientes términos las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19²⁹ que, en el avance del Plan para la desescalada, para la reactivación de la actividad económica, de la movilidad y de las necesidades de los ciudadanos de acceder a los servicios, tanto públicos como privados, hace conveniente facilitar el normal desarrollo de los procedimientos administrativos y judiciales. Para lo cual, en

26 Nota de prensa del Plan de arranque judicial del Ministerio de Justicia, disponible en <https://cutt.ly/FWUUtVn> (última consulta, 08 sep. 2020).

27 El Ilustre Colegio de Abogados de Granada había solicitado a los abogados que comunicaran a la Institución las incidencias sobre el incumplimiento por los juzgados de Granada de las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) sobre señalamientos y notificaciones en agosto. Como consecuencia, se han recibido 72 quejas en relación con diligencias, 27 con autos, 28 con providencias, 11 con sentencias y 15 con decretos. Información disponible en la página web del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, en <https://icagr.es/noticias/detalle/3128> (última consulta, 08 sep. 2020).

28 BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

29 BOE núm. 145, de 23 de mayo de 2020.

primer lugar, se decreta el levantamiento de la suspensión de términos y de la interrupción de plazos administrativos, estableciendo, con efectos de 1 de junio de 2020, la derogación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. De esta manera, se determina que se reanude o, en su caso, se reinicie el cómputo de los plazos desde esa misma fecha.

Igualmente, este Real Decreto 537/2020, en relación con los plazos y términos procesales, deroga con efectos a partir del 4 de junio de 2020, la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alzándose la suspensión en la misma fecha. Al mismo tiempo, se deroga, con efectos a partir del 4 de junio de 2020, la disposición adicional cuarta del Real Decreto citado, relativa a la suspensión de plazos de prescripción y caducidad de acciones y derechos, alzándose la suspensión en dicha fecha.

Como consecuencia y resumiendo:

- 1) Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alza la suspensión de los plazos procesales.
- 2) Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alza la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones.
- 3) Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanuda, o se reinicia, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas. En este sentido, no podemos olvidar que la disposición derogada no resultaba de aplicación a los procedimientos administrativos en determinados sectores como el ámbito de la afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social, así como tampoco a los plazos tributarios, regulados en una normativa especial, ni en particular a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias.

A efectos prácticos, el principal problema que se plantea tras el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales se centra en determinar cuál es el espíritu de la norma en lo que se refiere a la reanudación del cómputo de los plazos procesales, pues se plantea la duda y surge el debate a cerca de si, tras el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales el pasado 4 de junio, el cómputo de los plazos procesales para los procedimientos que estaban suspendidos, se reanudan teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, o por el contrario, los plazos vuelven a computarse desde su inicio. GONZÁLEZ CASSO afirma que la norma se refiere a la interrupción de los plazos procesales por lo que:

El cómputo del plazo se hace desde el principio de modo que si teníamos veinte días para contestar a una demanda y nos restaban tres, cuando se levante la suspensión seguiremos teniendo los veinte días iniciales. La disposición transitoria primera no altera esta interpretación. Nos dice que las normas del Real Decreto Ley se aplicarán «a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de iniciación del proceso en que aquellas se produzcan». Aunque pudiera parecer en una primera lectura que, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley, el 30 de abril, sus normas son aplicables, también en lo relativo a los plazos procesales, estos siguen suspendidos mientras no se levante el estado de alarma.³⁰

30 Cfr. GONZÁLEZ CASSO, J., "Algunas notas de urgencia al Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica), pp.3-4. Para un análisis de los motivos que llevan a plantearse si nos encontramos ante una suspensión de los plazos procesales y, por tanto, se reanuda el cómputo de los plazos o, por el contrario, se debe comenzar a contar desde el inicio porque se trata de una interrupción. Vid. GARCIA SANCHEZ, A., "Plazos procesales ¿se reanuda el cómputo o se reinicia desde cero?", en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 2 de junio de 2020. A favor también de considerarlo una interrupción RUIZ GONZÁLEZ, A., "Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica), p.1.

En relación con la ampliación del plazo para recurrir, el RD-ley establece que cuando se trate de plazos para recurrir resoluciones judiciales (notificadas durante el estado de alarma o en los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos), además de reiniciarse ese cómputo, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora. No obstante, en el último párrafo de este apartado segundo del artículo 2 RD-ley se determina que este régimen no será aplicable a los procedimientos cuyos plazos estaban exceptuados de la excepción en función de lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, esto es, solo será aplicable a aquellos procedimientos cuyos términos y plazos hubieran estado suspendidos por el estado de alarma³¹.

La Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo, por la que se aprueba el Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19, establece cómo se llevará a cabo el retorno a la actividad ordinaria de la Administración de Justicia que, en función de lo establecido en este documento y que se realizará en cuatro fases sucesivas³².

Asimismo, tampoco se puede dejar de lado el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial que determina que, una vez que se produzca el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales y hasta el restablecimiento de la plena normalidad de funcionamiento de la Administración de Justicia, los servicios considerados esenciales durante la vigencia del estado de alarma se sitúen “*en un plano análogo*” al de las actuaciones declaradas preferentes y urgentes por las leyes procesales³³.

Aunque enumeraremos las medidas organizativas previstas en el capítulo III del RD-ley al final de este trabajo, no queremos dejar de advertir en este momento cuáles han sido las medidas que, durante el estado de alarma y los tres meses siguientes a su finalización se han adoptado tanto en los juzgados y tribunales, oficinas judiciales y fiscalías.

En primer lugar, los actos procesales, cuando se ha dispuesto de los medios tecnológicos adecuados, se han llevado a cabo telemáticamente, es decir, una vez constituido el juzgado o tribunal en su sede, los juicios, comparecencias, declaraciones y vistas, se han realizado con carácter preferente de forma telemática. Todo ello sin perjuicio, como veremos más adelante, de la imposibilidad de celebrar el juicio en ausencia en los procesos penales por delitos graves.

En segundo lugar, para garantizar la salud de todas las personas que participen de una u otra forma en la Administración de Justicia, ya sea por ejemplo el juez o los justiciables, se toman medidas para la celebración de los actos con audiencia pública, en función de las características de las salas de vistas.

Por lo que respecta a las exploraciones médico-forenses, se ha previsto que se realicen,

31 *Vid.* Artículo 2.2 RD-ley 16/2020.

32 *Vid.* Orden JUS/430/2020, de 22 de mayo, por la que se activa la Fase 2 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (BOE núm. 145, de 23 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/23/pdfs/BOE-A-2020-5241.pdf>) y, la más reciente, Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (BOE de 6 junio de 2020).

33 El CGPJ afirma que “*El alzamiento de la suspensión de los plazos procesales habrá de operar sobre una situación en la que los órganos judiciales no dispondrán de la totalidad de sus medios personales, por razón de las necesidades derivadas de las medidas sanitarias y de seguridad que deben mantenerse durante la prórroga del estado de alarma, e incluso después de su finalización –sin que se descarten ulteriores prórrogas–, de acuerdo con las disposiciones de las autoridades sanitarias. Por lo tanto, permanecen, aun después del alzamiento de la suspensión de los plazos procesales, aunque de forma más limitada y en menor medida, las razones que llevaron a exceptuar de la regla de suspensión a las actuaciones consideradas esenciales*”. *Vid.* Acuerdo del CGPJ, de 23 de mayo de 2020 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-acuerda-que-los-servicios-declarados-esenciales-durante-el-estado-de-alarma-sigan-tramitandose-de-modo-preferente-una-vez-se-reanude-la-actividad-judicial>).

en la medida de lo posible, en función de la documentación médica puesta a su disposición hasta el 20 de junio de 2021.³⁴

Igualmente, incluso, se ha determinado la dispensa del uso de las togas en las audiencias públicas para asistir a las actuaciones orales.

Para atender al público, se determina la atención preferentemente a través del teléfono o por correo electrónico excepto en aquellos casos que sea necesario acudir a la sede judicial para los que se debía solicitar cita previa en atención a los protocolos que al efecto establezcan las administraciones competentes.

Medida, estas últimas que, precisamente, se mantienen en la normativa de la Ley 3/2020.

3 MEDIDAS CONCURSALES Y SOCIETARIAS

3.1 Introducción

Los artículos 3 a 13 Ley 3/2020, que sustituyen a los artículos 8 a 18 del derogado RD-ley, están destinados a la regulación de una serie de medidas de carácter concursal y societario pues el legislador es consciente, por un lado, de que la crisis sanitaria del COVID-19 supone un problema añadido a la viabilidad de las empresas concursadas que puede traer como consecuencia, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable. Y, por otro lado, de las consecuencias de la aplicación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso en las circunstancias actuales.

Como consecuencia, el legislador, junto a las medidas previstas en el citado Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 que, como ya sabemos, extiende a estas empresas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo en función de lo establecido en el, también citado, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 adopta en la Ley 3/2020 una serie de medidas con el objetivo de mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente con sus obligaciones, de potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez y, por último, de tratar de evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores.

Las medidas previstas en el RD-ley tienen que ver con:

- a) La modificación del convenio
- b) El aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación.
- c) Los acuerdos de refinanciación,
- d) Régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores.
- e) Financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor.
- f) Impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
- g) Enajenación de la masa activa.
- h) Aprobación del plan de liquidación.
- i) Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos.
- j) Suspensión de la causa de disolución por pérdidas.

³⁴ En este caso, la Ley 3/2020 permite la actuación de los equipos psicosociales de menores y familia y de las Unidades de Valoración Integral de Violencia sobre la Mujer de forma presencial, de oficio o a petición de cualquiera de las partes.

Medidas concursales de carácter provisional que llegan en un momento en el que todavía no había entrado en vigor el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que ha entrado en vigor el día 1 de septiembre de 2020³⁵ dando lugar a una situación algo más compleja de lo habitual³⁶.

Aun cuando nosotros centramos nuestro interés exclusivamente en las medidas procesales que se adoptan frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, no hemos querido dejar de, al menos, hacer una breve referencia a las medidas concursales y societarias en general teniendo en cuenta, además, la reciente entrada en vigor del citado Texto Refundido de la Ley de Concursal para, finalizar, con el análisis de las medidas concursales de carácter procesal.

3.2 Medidas concursales y societarias en la Ley 3/2020 y en el RD-ley 16/2020

En relación con la propuesta de modificación de convenio, que permite reformular las cuentas sociales y adaptarlas a la nueva situación, hasta el 14 de marzo de 2021, el concursado tendrá la posibilidad de presentar una propuesta de modificación del convenio que se encuentre en período de cumplimiento siempre que adjunte³⁷:

- 1 - La relación de créditos pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos
- 2 - Un plan de viabilidad
- 3 - Un plan de pagos

La propuesta de modificación se debe tramitar atendiendo a las normas establecidas para la aprobación del convenio originario, pero se tramitará por escrito. La modificación no va a afectar a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni tampoco a los acreedores privilegiados, ni a los créditos contraídos en período de cumplimiento de convenio inicial, excepto que se hubiesen adherido expresamente a la propuesta.

Así, como con el RD-ley, durante los seis meses siguientes a la finalización del estado de alarma el juez debe dar traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores, y no se podían admitir a trámite hasta transcurridos tres meses a contar desde que finalice ese plazo, en el que al concursado se le ofrece la posibilidad de presentar propuesta de modificación del convenio para su tramitación prioritaria a la solicitud de declaración de incumplimiento.

En el régimen que incorpora la Ley 3/2020, se prevé la posibilidad de solicitarla sin necesidad de esperar al año y se regula también la posibilidad de que el juez de traslado al concursado de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio que presenten los acreedores hasta el 31 de octubre de 2020 inclusive, aunque, igualmente, no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice ese plazo³⁸.

35 Sobre esta cuestión se puede consultar SALINAS ADELANTADO, C., "El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16/2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?", en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 2 de junio de 2020.

36 Para un estudio exhaustivo del proceso concursal antes y después de la reforma de 2020 se pueden consultar las obras de JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., *Los concursos conexos*. Madrid: Ed. Tecnos, 2015; GUERRERO PALOMARES, S., *Derecho Procesal Concursal* (Adaptado al RDL 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

37 *Vid.* Artículo 3 Ley 3/2020 y artículo 8 RD-ley.

38 *Vid.* Artículo 3 Ley 3/2020.

En ambas normativas, se establecen que los acuerdos extrajudiciales de pago se registrarán por estas mismas reglas.

En cuanto al aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación, efectivamente, el RD-ley exonera al deudor del deber de solicitar la liquidación, aun cuando sea conecedor de la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos y resto de obligaciones, hasta el 14 de marzo de 2021. Para evadirse de dicha obligación deberá presentar una propuesta de novación de convenio que sea admitida a trámite dentro del plazo del año, es decir, hasta el 14 de marzo de 2021. Fecha que coincide con lo previsto en el artículo 4 Ley 3/2020.

Lógicamente, durante dicho plazo, el juez no podrá dictar auto de apertura de la liquidación, aun cuando el acreedor acreditase la existencia de algún hecho sobre el que pudiera basar la declaración de concurso.

En caso de incumplimiento del convenio, aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, se considerarán créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza concedidos al concursado o derivados de garantías reales o personales en favor de éste, por cualquier persona, incluidas las personas especialmente relacionadas con él, si en el convenio o en la propuesta consta la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación o de la garantía a que se hubieran comprometido³⁹.

En función de lo previsto en el artículo 5 Ley 3/2020, hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, el deudor tiene el plazo de un año para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o alcanzar otro nuevo, aunque no haya transcurrido un año de la anterior homologación según lo dispuesto en el artículo 617 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Para ello el deudor deberá tener homologado un acuerdo de refinanciación⁴⁰.

Hasta el 31 de octubre, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurra un mes a contar desde dicha fecha. Durante ese mes en el que el juez no puede admitir a trámite la solicitud de declaración de incumplimiento de dicho acuerdo de refinanciación, el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación.

Hasta aquí no existe ninguna diferencia en lo que al acuerdo de refinanciación se refiere entre ambas normativas. Sin embargo, desaparece la previsión del artículo 10.2 *in fine* del derogado RD-ley que establecía la posibilidad de que el juez admitiera a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores cuando el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que tuviera en vigor u otro nuevo en los tres meses siguientes a la comunicación del juzgado.

En relación con el régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de

³⁹ *Vid.* Artículo 4.3 Ley 3/2020 y 9.3 RD-ley.

⁴⁰ El artículo 10.1 RD-ley establecía que *“Durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación”*.

acreedores, el artículo 6 Ley 3/2020 y el artículo 11 RD-ley, atendiendo a las consecuencias del estado de alarma, regulan la ampliación el plazo del deudor insolvente para solicitar el concurso de la siguiente manera:

1. Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor en estado de insolvencia no tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso, con independencia de que haya comunicado, o no, al juzgado competente para la declaración del concurso, la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

2. Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no pueden admitir a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Si hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

3. Si antes del 31 de diciembre, en lugar del 30 de septiembre de 2020 al que hacía referencia el RD-ley, el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio se estará al régimen general establecido por la ley.

La financiación y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor, tanto en la Ley 3/2020 como en el RD-ley, queda regulado de la siguiente manera en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022:

- los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que, desde la declaración del estado de alarma, le hubieran sido concedidos al deudor por quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él, tendrán la consideración de créditos ordinarios
- Igualmente tendrán la consideración de créditos ordinarios los créditos en que se hubieran subrogado quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta de este, a partir de la declaración de ese estado.

3.3 Medidas procesales para tramitar los procedimientos de insolvencia.

Con advertíamos al comienzo de este apartado referido a las medidas concursales y societarias, entre las medidas procesales para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia el legislador también prevé una serie de medidas que afectan al proceso concursal. Algunas de estas medidas se aplican con carácter general al desarrollo de todos los procedimientos como, por ejemplo, y como ya hemos visto anteriormente, las medidas que tienden a evitar la celebración de las vistas. Sin embargo, junto a estas medidas procesales de carácter general, a las que no escapa el proceso concursal, el legislador establece otras medidas concretas para el procedimiento de insolvencia.

Así, en primer lugar, debemos advertir que lo establecido en el artículo 8 Ley 3/2020 sobre la impugnación del inventario y la lista provisional de acreedores establece como plazo para los incidentes que se incoen para resolver las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive.

Resulta interesante destacar en relación con la regulación de este procedimiento que desaparece la limitación en relación a la presentación de los medios prueba previsto en el derogado artículo 13 RD-ley, que establecía que los incidentes que se incoaran para resolver

las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores en los que la administración concursal no hubiera presentado el inventario provisional, así como la lista provisional de acreedores con anterioridad a la declaración del estado de alarma, se admitirían exclusivamente las pruebas documentales y periciales⁴¹.

Siguiendo la línea general de este RD-ley de evitar las vistas, igualmente el citado artículo 8 Ley 3/2020 que regula este procedimiento de impugnación del inventario y de la lista de acreedores determina que, en este procedimiento, no procede la celebración de la vista, salvo que el Juez del concurso resuelva otra cosa.

Salvo que nos encontremos ante demandas presentadas por acreedores de derecho público, las citadas normas, tanto la vigente como la derogada, atribuyen a la falta de contestación de la demanda por parte del demandado, la consideración de allanamiento⁴² toda vez que, en principio, no se celebrará vista en la que pueda intervenir.

El artículo 14 RD-ley, hoy derogado, reconocía la tramitación preferente hasta que transcurriera un año a contar desde la declaración del estado de alarma de:

- Los incidentes concursales en materia laboral.
- Las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo.
- Las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio.
- Los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa.
- La admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente.
- La adopción de medidas cautelares y, en general, cualesquiera otras que, a juicio del Juez del concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos.

Si analizamos lo previsto en el actual artículo 9 de la Ley 3/2020, podemos comprobar que el legislador mantiene el plazo de un año para la tramitación preferentes de estos incidentes pues establece como fecha límite para la tramitación preferente el 14 de marzo de 2022 pero reconoce la tramitación preferente además de los supuestos a los que hace referencia el citado artículo 14 RD-ley, a los siguientes:

- El concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa y de la posibilidad de plantear un plan de pagos, instado por mediador, en el que conste lista de acreedores provisional, calificación fortuita y solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo.
- El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

A partir de aquí, el legislador, en los preceptos que se regulan a continuación, elimina las medidas previstas en la anterior regulación que perseguían salvar la obstrucción de nuestros tribunales y de acelerar la liquidación de activos. Así, en el artículo 15 RD-ley, se imponía la celebración de las subastas extrajudiciales de activos en sede concursal en relación con la

41 Que, además, según determinaba el apartado 3 de esta misma norma, las partes deberían acompañar necesariamente a la demanda incidental de impugnación y a las contestaciones que se presenten. Previsión que, no obstante, se mantiene en el artículo 8.3 Ley 3/2020.

42 Como todos sabemos, la ausencia de contestación a la demanda, como regla general, conlleva la declaración en rebeldía del demandado y el proceso sigue su curso en función de lo previsto en el artículo 496 y ss LEC. Vid. Artículo 21 LEC que regula el allanamiento.

declaración de los concursos dentro del año siguiente a la finalización del estado de alarma incluso si, en el plan de liquidación aprobado, se determinara otra cosa⁴³. Sin embargo, el actual artículo 10 Ley 3/2020 establece para la celebración de la subasta de bienes y derechos de la masa activa, en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive y en los que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, que se podrá realizar a través de una subasta, judicial o extrajudicial, o mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la LC.

En ambas normas se establece que si el juez, en cualquier estado del concurso, hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización.

Por otro lado, en lo que se refiere al plan de liquidación, el artículo 11 Ley 3/2020 establece que el LAJ debe acordar de inmediato la puesta de manifiesto en la oficina del juzgado de aquellos planes de liquidación que la administración concursal haya presentado a la entrada en vigor de la presente Ley. Asimismo, finalizado el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, lo debe poner en conocimiento del juez del concurso que dictará auto de inmediato aprobando el plan de liquidación con las modificaciones que estime necesarias u oportunas, si lo considera conveniente para el interés del concurso⁴⁴.

No se olvida el legislador de los métodos alternativos para la resolución de conflictos en lo que a la tramitación de la insolvencia se refiere, ni a las posibles renunciaciones de los diferentes mediadores a aceptar el cargo, por lo que para que no se produzcan retrasos en la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pagos, se considerará que el acuerdo extrajudicial se ha sido intentado sin éxito cuando se acredite que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado a los efectos de iniciar el concurso consecutivo y así debe ponerse en conocimiento del juez.

Por último, desde el punto de vista societario, el legislador, tanto en el desaparecido artículo 18 RD-ley como en el artículo 13 Ley 3/2020, con el objetivo de adaptar el cumplimiento de las obligaciones societarias a la restricción de movimientos y, sin dejar de lado, el contenido de la Circular 2/2020, de 18 de marzo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado⁴⁵, en relación con el Real Decreto de declaración del estado de alarma, suspende el deber de formalizar la operación de reducción obligatoria de capital prevista en el artículo 327 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁴⁶. Además, a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Sin embargo, si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, los administradores deberán convocar la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. No obstante, la celebración de dicha Junta podrá solicitarse por cualquier

43 En el 15.2 RD-ley el legislador, sin embargo, exoneraba de esta imposición de acudir a la subasta extrajudicial, con independencia del estado del concurso, para la venta del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, que sí podía realizarse a través de la subasta judicial o extrajudicial, así como a través de cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de los previstos en la Ley Concursal.

44 *Vid* lo previsto en el régimen derogado previsto en el artículo 16 RD-ley.

45 Disponible en https://www.notariosregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/05/CIRCULAR-CGN-3_2020.pdf (última consulta 12 sep. 2020).

46 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03 de julio de 2010). *Vid*. GONZÁLEZ DÍA, B., "Medidas concursales para las empresas ante el COVID-19: propuesta de modificación de convenio, refinanciación y liquidación", en <https://elderecho.com/medidas-concursales-las-empresas-ante-covid-19-propuesta-modificacion-convenio-refinanciacion-liquidacion> (última consulta, 12 sep. 2020).

socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley.

El artículo 13.2 Ley 3/2020, así como el derogado artículo 18.2 RD-ley, cuando regulan esta suspensión de la causa de disolución por pérdidas advierten que todo ello debe entenderse sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en la presente norma.

4 BREVE REFERENCIA A LAS MEDIDAS ORGANIZATIVAS⁴⁷ Y TECNOLÓGICAS

En relación con las medidas organizativas y tecnológicas previstas en la Ley 3/2020 así como en el derogado RD-ley, no podemos olvidar las ya citadas órdenes del Ministerio de justicia en ejecución del Plan para la transición hacia una nueva normalidad que establecen los principales parámetros e instrumentos para la consecución de la normalidad, previendo la reactivación de diversos sectores.

Por su parte, tanto la reciente Ley 3/2020 como el citado RD-ley, dedican el Capítulo III, a regular una serie de medidas de carácter organizativo y tecnológico para enfrentar de manera inmediata en el caso de la norma derogada y *a posteriori* en el caso de la recién publicada norma, las consecuencias de la crisis del COVID-19 en la Administración de Justicia.

A grandes rasgos, como se desprende de la exposición de motivos en las citadas normas, en ambos casos, se prima la protección de la salud de las personas y, para reducir el riesgo de contagio, se establece que la celebración de los actos procesales se lleve a cabo preferentemente, de forma telemática. Tanto el RD-ley⁴⁸ como la Ley 3/2020 establecen que esta norma no resulta aplicable en el ámbito de la jurisdicción penal para los procesos por delitos graves puesto que, como todos sabemos, exigen presencia física del acusado para la celebración del juicio⁴⁹, añadiendo la reciente normativa que, igualmente, esta norma tampoco resultará aplicable en los procesos penales cuando cualquiera de las acusaciones interese la prisión provisional o se solicite pena de prisión superior a dos años, en los que la presencia física del acusado resulta necesaria⁵⁰. Añade, además, el último párrafo del artículo 14 de la nueva Ley 3/2020 que cuando sea requiera la presencia física del acusado o del investigado, igualmente será necesaria la presencia física de su defensa letrada, ya sea a petición de ésta o del propio acusado o investigado.

Con relación a la celebración de las vistas de forma telemática, a la vista de las críticas que se han suscitado por parte de la doctrina en relación con una posible ausencia de garantía de los derechos de las partes en el proceso, el artículo 14. 5 de esta ley prevé, no solo que

47 TORRES ROSELL afirma que “Si una medida organizativa es aquella con la que se pretende obtener una más adecuada gestión de los recursos humanos y materiales de los que se dispone en la administración de justicia, mi conclusión —como a continuación justificaré— es que la mayor parte de las incluidas en los arts. 19 a 28 RD-L 16/2020, no lo son; que, además, respecto de algunas de ellas se han excedido los límites que el art. 86. CE (LA LEY 2500/1978) establece para un RD-Legislativo; confundiendo en ocasiones la «competencia estatal para legislar en materia procesal» con que ésta le corresponde al ejecutivo”. (Cfr. TORRES ROSELL, N., “Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020”, en Diario *La Ley*, núm. 9647, 2020, pág. 1 (última consulta, 17 sep. 2020).

48 *Vid.* Artículo 19.2.

49 Para la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, nos remitimos a lo anteriormente expuesto en relación con el procedimiento abreviado y al proceso por delitos leves (artículos 786.1 y 970 y 971 LECrim, respectivamente).

50 *Vid.* Artículo 14.2: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado”.

se adopten las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos para garantizar los derechos de todas las partes del proceso, sino que, expresamente exige especial cuidado en garantizar a los acusados e investigados en los procedimientos penales su derecho de defensa haciendo expresión mención del derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales.

Como novedad en relación con el régimen anterior del RD-ley, el legislador permite que al juez o al LAJ ante los que se celebren los actos procesales mediante presencia telemática que decidan acerca de una posible asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios⁵¹.

Del mismo modo, con idénticos fines, hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, se limita el acceso del público a todas las actuaciones orales atendiendo a las características de las salas de vistas. Se posibilita, así, el mantenimiento de las distancias de seguridad y se evitan las aglomeraciones y el trasiego de personas en las sedes judiciales cuando ello no resulte imprescindible⁵². Prevé además la Ley 3/2020 la posibilidad de acordar también la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido, cuando se disponga de los medios materiales para ello.

Con el objetivo de garantizar la protección de la salud de las personas también se establece un sistema de atención al público hasta el 21 de junio de 2021 a través de videoconferencia, vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, de tal forma que se limita la atención presencial a los supuestos estrictamente necesarios y únicamente mediante cita previa.

Todo ello siempre que sea posible en función de la naturaleza de la información requerida y, en todo caso, cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵³.

La recuperación de la actividad ordinaria de las oficinas judiciales y fiscales requirió no dilatar el plazo de reincorporación tras el levantamiento de las principales restricciones y de esta forma establecer medidas que coadyuvaran a afrontar con el menor impacto posible el incremento de litigiosidad.

De este modo, se prevé la creación de unidades judiciales para el conocimiento de asuntos derivados del COVID-19 y se establece la posibilidad de que los letrados de la Administración de Justicia puedan, durante el periodo de prácticas, realizar funciones de sustitución o refuerzo, entre otras medidas. Con ello se pretende atender la urgente necesidad de regularizar la situación de juzgados y tribunales para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

Además, tal objetivo ha de compatibilizarse con la adecuada protección de la salud del personal de la Administración de Justicia, del resto de profesionales y de los particulares que acuden a sus sedes. Por ello, se precisan medidas que supongan la distribución temporal de la prestación de servicios por el personal de las oficinas judiciales, de forma que puedan cumplir con su horario habitual de forma sucesiva. Con tal objeto, se establecen jornadas de trabajo de mañana o tarde, evitando con ello la coincidencia de todo el personal en las mismas horas. El cumplimiento de ese horario por distinto personal al servicio de la Administración de Justicia, aun sin ampliación de jornada, permite, además, la celebración de juicios y vistas no solo en horario de mañana, sino también durante las tardes.

51 Cfr. Artículo 14.6 Ley 3/2020.

52 Vid. Artículos 20 RD-ley y 15 Ley 3/2020.

53 Vid. Artículos 23 RD-ley y 18 Ley 3/2020.

Con el mismo objetivo de protección de la salud de los justiciables y demás personal de la Administración de Justicia, se limita el acceso del público a todas las actuaciones orales atendiendo a las características de las salas de vistas para posibilitar el mantenimiento de las distancias de seguridad y evitar las aglomeraciones, así como el continuo traslado de personas en las sedes judiciales si no resulta imprescindible.

La recuperación de la actividad ordinaria de las oficinas judiciales y fiscales requiere no dilatar el plazo de reincorporación tras el levantamiento de las principales restricciones y de esta forma establecer medidas que coadyuven a afrontar con el menor impacto posible el incremento de litigiosidad.

Para facilitar la adopción de medidas para combatir el aumento de la litigiosidad se parte de un plan progresivo de recuperación de la actividad de las oficinas judiciales, así como la actividad de las fiscalías encomendando, además el conocimiento de asuntos derivados del COVID-19 a unas unidades judiciales de nueva creación que estarán reforzadas, en caso necesario, por Letrados de la Administración de Justicia que se encuentran en periodo de prácticas que podrán incluso realizar funciones de sustitución. En este punto, de nuevo la Ley 3/2002 incluye una previsión que no se tenía en cuenta en el régimen derogado en lo que se refiere a que, en ningún caso, se permite remover a un letrado sustituto en funciones para nombrar en su lugar a un letrado en prácticas⁵⁵. El objetivo fundamental es preservar el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

Pero, como decíamos anteriormente, no solo se trata de proteger la salud del justiciable, sino también la del personal de la Administración de Justicia, así como la del resto de profesionales y de los particulares que visitan sus sedes. Por lo tanto, para lograr este objetivo se determina también en esta Ley 3/2020, así como en el régimen anterior del RD-Ley, una serie de medidas encaminadas a la distribución temporal de la prestación de servicios por el personal de las oficinas judiciales, de manera que puedan desempeñar su trabajo con su horario habitual de forma sucesiva. En esta línea, se dividen las jornadas en turnos de mañana o tarde. No se trata de una ampliación de la jornada laboral, sino de la posibilidad de celebrar juicios y vistas tanto en el horario de mañana, como en el de tarde. En este punto, el artículo 22 Ley 3/2020, exige como requisito a la hora de adoptar estas medidas la previa negociación colectiva con las organizaciones sindicales y respetando en todo caso las medidas de seguridad laboral y prevención de riesgos laborales.

Para fomentar el teletrabajo, la Disposición final cuarta modifica la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que facilita el acceso remoto a las aplicaciones utilizadas para la gestión procesal, así como el acceso de los ciudadanos a los servicios electrónicos en la Administración de Justicia. Como consecuencia de este acceso remoto, se han debido dotar a los órganos, oficinas judiciales y fiscalías de los medios e instrumentos electrónicos y de los sistemas de información necesarios y suficientes para poder desarrollar su función eficientemente.⁵⁶

Como novedad no solo se establece la obligación de incluir un enlace al Tablón Edictal Judicial único en las sedes judiciales electrónicas⁵⁷, sino que se incluye el régimen de

54 *Vid.* Artículo 23.1 Ley 3/2020.

55 Ya la disposición final primera modificaba la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, modificaciones que se prevén en la Ley 3/2020 como la modificación de la letra f) del artículo 4.2; la letra d) del artículo 6.2 y el añadido párrafo segundo.

56 del artículo 8.

57 *Vid.* del artículo 11.2 f) Ley 18/2011 tras la modificación por la Disposición Final Cuarta, número 4 Ley 3/2020. Para el régimen de publicación de los tablones edictales habrá que estar a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 35, así como a la Disposición adicional decimotercera Ley 18/2011, ambos añadidos por la citada Disposición Final cuarta.

comunicación edictal de forma electrónica⁵⁸. La publicación de los edictos mediante el Tablón Edictal Judicial Único, según establece la Disposición transitoria tercera de la Ley 18/2011 tras la entrada en vigor de la Ley 3/2020, será aplicable a partir del 1 de junio de 2021 tanto a los procedimientos que se inicien con posterioridad, como a los ya iniciados.

Dado que el análisis de cada una de estas medidas organizativas y tecnológicas exceden del objetivo de este trabajo, en este momento nos limitaremos a enumerar las cuestiones a las que hace referencia el legislador en los artículos 14 a 22⁵⁹ teniendo en cuenta, además, que a lo largo de trabajo hemos ido haciendo referencia a muchas de ellas.

1. Celebración de actos procesales mediante presencia telemática, medida a la que hemos hecho referencia con anterioridad.

2. Acceso a las salas de vistas

3. Exploraciones médico-forenses

4. Dispensa de la utilización de togas

5. Atención al público

6. Órganos judiciales asociados al COVID-19

7. Asignación preferente de Jueces de adscripción territorial

8. Actuaciones dentro de un mismo centro de destino

9. Jornada laboral

10. Sustitución y refuerzo de Letrados de la Administración de Justicia en prácticas

Sin duda alguna, esta Ley 3/2020, en relación con estas medidas organizativas y tecnológicas introduce importantes mejoras respecto del Real Decreto-ley 16/2020, adaptando las medidas previstas en el mismo, ampliando en algunos casos los plazos para su aplicación e introduciendo nuevos aspectos en las mismas, como por ejemplo la puesta en funcionamiento del Tablón Edictal Judicial Único para la publicación y consulta de resoluciones y comunicaciones en los casos que establezca la ley.

Por último, no podemos olvidar la previsión de un proyecto de ley que regule las normas para la celebración de actos procesales telemáticos, preservando en todo momento las garantías procesales previstas en el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de las partes al que hace referencia la Disposición final decimosegunda de la Ley 3/2020.

REFERENCIAS

GARCIA SANCHEZ, A., "Plazos procesales ¿se reanuda el cómputo o se reinicia desde cero?", en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2 de junio de 2020.

GARCÍA SANZ, J., Y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA J., "Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración", en *Diario La Ley*, núm. 9659, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 23 de junio de 2020.

GONZÁLEZ CASSO, J., "Algunas notas de urgencia al Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia", en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020 (versión electrónica).

⁵⁸ El nuevo artículo 35 Ley 18/2011 establece que "la publicación de resoluciones y comunicaciones que por disposición legal deban fijarse en tablón de anuncios, así como la publicación de los actos de comunicación procesal que deban ser objeto de inserción en el «Boletín Oficial del Estado», en el de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia respectiva, serán sustituidas en todos los órdenes jurisdiccionales por su publicación en el Tablón Edictal Judicial único previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial".

⁵⁹ Vid. artículos 19 a 28 del RD-ley sobre los que realiza un análisis crítico y detallado TORRES ROSELL, N., "Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020", en *Diario La Ley*, núm. 9647, 2020, p.1 (última consulta, 17 sep. 2020).

GONZÁLEZ DÍA, B., “Medidas concursales para las empresas ante el COVID-19: propuesta de modificación de convenio, refinanciación y liquidación”, en <https://elderecho.com/medidas-concursales-las-empresas-ante-covid-19-propuesta-modificacion-convenio-refinanciacion-liquidacion> (última consulta, 12 sep. 2020).

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, 30 de abril de 2020.

GUERRERO PALOMARES, S., *Derecho Procesal Concursal* (Adaptado al RDL 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal). Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., *Los concursos conexos*. Madrid: Ed. Tecnos, 2015.

MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. «Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus». De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, N° 9646, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 4 de junio de 2020.

MARCA MATUTE, J., “Juicios virtuales en tiempos del coronavirus”, en *Diario La Ley*, núm. 9688, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 3 de septiembre de 2020.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial”, en *Diario La Ley*, núm. 9654, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 16 de junio de 2020.

RUIZ GONZÁLEZ, A., “Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia”, en *Diario La Ley*, núm. 9632, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 14 de mayo de 2020.

SALINAS ADELANTADO, C., “El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16/2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?”, en *Diario La Ley*, núm. 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 2 de junio de 2020.

TORRES ROSELL, N., “Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RD-L 16/2020”, en *Diario La Ley*, núm. 9647, 2020.

TORRES ROSELL, N., “¿La aceleración de la actividad judicial depende de la restricción de derechos procesales?: modificación y supresión de recursos en el proceso penal (propuestas 4.6 y 4.13 del CGPJ)”, en *Diario La Ley*, núm. 9664, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de Julio de 2020.

LAS ANTINOMIAS PROCESALES, SU INTERPRETACIÓN Y SOLUCIÓN¹

Martin Eduardo Pérez Cázares

Doctor en Ciencias Políticas y Sociales por el Centro de Investigación y Docencia en Humanidades del Estado de Morelos/México. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Guadalajara/México. Maestro en Derecho Privado por la Universidad de Guadalajara/México. Profesor Investigador en la Universidad de Guadalajara/México. Abogado. ORCID: 0000-0003-1427-278X. E-mail: martineduardo64@gmail.com.

Sumário: 1 Introducción; 2 Concepto de antinomia; 3 Como encontrar las antinomias; 4 Los principios en las antinomias; 5 Los principios del derecho; 6 Sistema jurídico de interpretación de normas; 7 Tipos de antinomias; 8 Conclusiones; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.314-326, set./dez. 2020.

1 INTRODUCCIÓN

Las antinomias es en síntesis una contradicción normativa que en la práctica analizan comúnmente los juzgadores en los casos que les toca juzgar, como de igual manera los estudiosos del derecho, académicos y postulantes.

Algunos autores señalan formas y métodos para encontrar las antinomias como para realizar la interpretación de las normas en conflicto, y la manera de resolverlas, de igual manera la Corte mexicana ha establecido que la interpretación que se realice en el caso de las antinomias se haga privilegiando al ser humano.

El problema radica en que ciertas interpretaciones que realizan los juzgadores pueden caer en el decisionismo que afecta sustancialmente al derecho adjetivo y derechos humanos, al interpretar de manera errónea y contra la ratio de la norma artículos que desde su lectura demuestran una claridad que no debe estar sujeta a interpretación.

Las antinomias han sido un problema al momento de la aplicación del derecho por parte de los juzgadores, puesto que se enfrentan a problemas procesales no solo de interpretación de la norma adjetiva, sino de soluciones en la aplicación del derecho, ya que deben de definir cual norma es valida y aplicable al caso que los ocupa y cual en su caso invalida, sin lastimar derechos de las partes contendientes. En el presente analizamos el concepto de antinomia, la forma de localizarlas, los principios básicos para entenderlas, el sistema jurídico de interpretación de estas, los tipos de antinomias existentes.

2 CONCEPTO DE ANTINOMIA

Para adentrarnos al estudio, es necesario establecer el concepto de antinomia jurídica para poder dilucidar y debatir interpretación que debe de hacerse conforme a los derechos humanos, a criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como de la doctrina.

La antinomia es la situación en que dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, que concurren en el ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico, y esto impide su aplicación simultánea.²

Se conoce como antinomia a la contradicción, oposición real u aparente entre dos leyes, principios, ideas, palabras, fenómenos, entre otros. La palabra antinomia es de origen griego "*antinomia*", formada por el prefijo "*anti-*" que significa "*contra*", "*nomos*" que expresa "*leyes*", y el sufijo "*-ia*" que significa "*cualidad*".³

La antinomia jurídica o legal, se observa por la contradicción de dos leyes, y esto se da cuando dos normas jurídicas imputan un mismo supuesto jurídico, logrando un mismo ámbito de aplicabilidad, y representando un problema de eficacia y de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico de ese país.⁴

Se dice que nos encontramos ante una antinomia siempre que a un mismo supuesto de hecho le sean aplicables dos o más normas que establezcan consecuencias jurídicas distintas e incompatibles para ese mismo caso.⁵

2 Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/165/165344.pdf>. Consulta en: 3 jun. 2019.

3 Disponible en: <https://www.significados.com/antinomia/>. Consulta en: 3 jun. 2019.

4 Disponible en: <https://www.significados.com/antinomia/>. Consulta en: 3 jun. 2019.

5 MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos normativos*. Instituto de Investigación Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 3 jun. 2019, p.1309.

El orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente no puede negarse la posibilidad de que los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren en conflicto entre sí, es decir, que efectúen actos cuyo sentido subjetivo sea un deber, y que cuando ello quiera ser interpretado también como su sentido objetivo, cuando esos actos sean vistos como normas, las normas se encuentren recíprocamente en conflicto. Semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera.⁶

En un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema. Existe una antinomia, siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.⁷

Es el conflicto normativo que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles.⁸

Se dice que nos encontramos ante una antinomia siempre que a un mismo supuesto de hecho le sean aplicables dos o más normas que establezcan consecuencias jurídicas distintas e incompatibles para este mismo caso.⁹

Es así que podemos decir que la antinomia jurídica es una contradicción normativa de una conducta o de un supuesto jurídico de dos o más artículos de un mismo cuerpo normativo o de dos o más leyes, que no están en armonía una con otra, sino por el contrario adoptan posturas distintas.¹⁰

En otras palabras, es el problema que surge al momento en que se aplica un artículo que se contrapone con otro del mismo cuerpo de leyes, de diversas leyes o del sistema jurídico, dilema que comúnmente se presenta para los jueces, quienes tienen que aplicar la ley, pero que encuentran una antinomia al aplicarla, sin embargo, en un momento puede violar derechos humanos, pues una de las normas tiene que elegir para regir la situación del caso.

La duda es, ¿si pueden existir antinomias en el ámbito procesal? y, ¿hasta donde puede afectar al derecho adjetivo?

3 COMO ENCONTRAR LAS ANTINOMIAS

Para llegar a una antinomia, es necesario acudir no solo a la interpretación jurídica, sino al método analítico y exegético, pues ahí es donde se encontrará el enunciado de la norma y podremos determinar si existe o no la contradicción entre dos preceptos.

No podemos negar que la contradicción de enunciados normativos es un fenómeno que se presenta en el momento que se aplica el derecho de manera particular, esto es, cuando la norma general se particulariza a un caso concreto.

En el discurso jurídico, las expresiones oposición normativa, conflicto normativo e incompatibilidad normativa, generalmente son utilizadas para aludir a las antinomias.

Para Norberto Bobbio se debe desarrollar dos aspectos fundamentales en el estudio

6 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12. ed. México: Porrúa, 2002, p. 214.

7 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, p. 71.

8 HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, 2007, p. 263.

9 MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos normativos*. Instituto de Investigación Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 3 jun. 2019, p.1310.

10 Ejemplo cuando una norma determina que el robo debe ser castigado con pena de muerte y existe otra que dispone que debe serlo con prisión, existiendo por tanto una contradicción que viene a ser una antinomia jurídica.

de las antinomias: a) fijar los criterios para identificar las antinomias en el discurso normativo, y b) establecer los criterios para resolverlas una vez que han sido identificadas.¹¹

Mantilla Molina, considera que el mismo legislador que crea los tribunales debe dictar las normas que ha de sujetarse la tramitación ante ellos pues un tribunal no siempre podrá aplicar normas procesales que no tomen en consideración su peculiar estructura.¹²

Pero, resulta común que el legislador se equivoque, no solo en la redacción de la norma, sino en los enunciados del cuerpo de leyes que va a dictaminar, correspondiendo al doctrinista o el juzgador resolver las discordancias existentes entre dos normas de un mismo cuerpo de leyes o de distintas, no al legislador como lo señala Mantilla Molina. Partiendo siempre del principio que la norma sea oscura o encuentren contradicción.

Lo que reviste importancia en el derecho procesal, pues es ahí en la que frecuentemente se violan derechos humanos.

Hay que insistir en que una antinomia es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas. Con esto quiere decirse, en primer lugar, que una antinomia puede (en muchos casos) ser evitada, prevenida por medio de la interpretación; en segundo lugar, que una antinomia puede ser creada por la interpretación; en tercer lugar, que una antinomia puede solo presentarse con una interpretación ya realizada; en cuarto lugar, que, en consecuencia, una antinomia abre no un problema interpretativo (y que, por tanto, no puede ser resuelta por medio de la interpretación), sino un problema de otra naturaleza. Para resolver una antinomia hay que eliminar una de las dos normas en conflicto (o, quizás, ambas).¹³

Podemos decir que la antinomia se da cuando dos normas se encuentran en conflicto, y debe una de ellas subsistir, aplicarse o dejar de aplicarse, aunque este conflicto lo tiene en la mayoría de los casos los jueces al tener que decidirse sobre una norma adjetiva que se contrapone y aplicarla al caso concreto, las cuales en muchas ocasiones corresponde a la vía procesal elegida, a la personalidad de los litigantes, a los requisitos de forma en una demanda entre otras, pero con la salvedad de que no debe de violarse derechos humanos.

Debemos entonces realizar procedimientos y técnicas interpretativas idóneas para resolverlas. Tradicionalmente entre los métodos de solución de las antinomias, suelen aplicarse las siguientes: a) el criterio de especialidad, (*lex specialis derogat legi generali*); b) el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), y c) el criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*).¹⁴

Si se trata de normas generales pronunciadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*.¹⁵

Podemos establecer nuevos criterios de localización y solución de las antinomias, un criterio procesalista en el que domine y/o aplique la norma que mas favorezca al justiciable durante el procedimiento, favoreciendo el principio *in dubo pro actione*, en el que prevalezca el derecho de acción y la tutela judicial efectiva.

Esto implica tener una interpretación adecuada de la norma que se adapte al principio ya señalado y excluir la norma opuesta a este principio, esto es, debe de tomarse en cuenta el resultado y contenido material y el fin perseguido en el procedimiento. Buscar el supuesto

11 BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 2012, p. 95.

12 MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. México: Porrúa, 1982, p. 41

13 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, p.71-72.

14 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, p.71-72.

15 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12. ed. México: Porrúa, 2002, p.215.

de hecho que materialice la tutela de los derechos, para así resolver la antinomia encontrada.

En otras palabras, debemos de establecer un nuevo paradigma de reparación de las antinomias que encontremos, dando respuesta a la aplicación de la ley, buscando el pensamiento que el legislador plasmo en la norma, y su interpretación en beneficio del ser humano, esto es, otorgar una interpretación que de acceso a la tutela judicial, a la pretensión del actor, no una interpretación que obstaculice el acceso a la justicia.

Las reglas del derecho no están solo en los códigos, sino en la interpretación que se hace al aplicarlas, operan y surgen a la vida al momento de que son utilizadas para resolver un caso. Se debe observar al aplicar una norma procesal que ordenes vivas quieren decir, que es lo que transmiten en su sentido.

Al interpretar una norma procesal no se debe de ver solo las palabras que la conforman (esto seria una interpretación gramatical), sino el valor que encierra y el objeto que persigue para lo que fue creada.

Cuando se consideran juntos dos o más objetos, se advierte que hay entre ellos semejanzas y diferencias. La comparación de los objetos pone al descubierto sus cualidades que ayuda a captar las diferencias entre el objeto y el concepto.¹⁶

Puede añadirse, que la comparación opera sin límites en el sentido de que confronta no sólo el dato del objeto sino también el resultado.¹⁷

Antes de decidir que norma aplicar ante una antinomia, es necesario el cotejo de diversos componentes y ordenamientos jurídicos que se oponen entre sí, para decidir cual es el más favorable o el que más favorece a la persona humana y al derecho de acción, para así aplicarlo.

La comparación entre normas ante el fenómeno jurídico de la antinomia resulta útil, pues la confrontación entre institutos idénticos en ordenamientos diversos, como del mismo ordenamiento jurídico nos da la pauta a decidir que norma aplicar, por eso resulta necesaria una comparación interna y externa de ordenamientos jurídicos diversos.

Por ello debemos de buscar la función de la norma y encontrar un nuevo modelo que sirva para resolver de la mejor manera las antinomias que de como resultado la mejor aplicación de esta para el desarrollo del procedimiento.

Cuando existe una prescripción legal positiva, ésta debe ser obedecida por el juez; el juez debe observar de modo estricto la letra de la ley y el uso del lenguaje de la vida cotidiana, y en ningún momento puede decidir lo que no está regulado de manera indubitable por la ley.¹⁸

Hacer lo contrario caería en el decisionismo judicial, cuya función de juzgar sucumbiría en el exceso, extralimitando facultades que tienden a la violación de derechos humanos y al principio de legalidad.

4 LOS PRINCIPIOS EN LAS ANTINOMIAS

En materia de antinomias, tenemos que acudir también para un mejor entendimiento de estas a principios filosóficos y de lógica jurídica para resolver el conflicto normativo existente.

El principio lógico de contradicción establece que dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas verdaderas; dos normas contradictoriamente opuestas no pueden ambas ser válidas.

16 CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. México: Editorial Colofón, 2008, p. 59.

17 CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. México: Editorial Colofón, 2008, p. 60.

18 SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 19.

De manera semejante, el principio lógico de tercero excluido afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos falsos, en tanto que el correspondiente jurídico declara que normas de derecho contradictorias entre sí no pueden carecer de validez la dos. Por último, el principio lógico de razón suficiente expresa que todo juicio para ser verdadero ha menester de una razón suficiente, mientras el jurídico indica que toda norma, para ser válida, necesita un fundamento suficiente de validez.¹⁹

El principio lógico del tercero excluido es un principio originalmente aristotélico, aplicado a la filosofía, se le conoce como principio de exclusión del término medio, principio del medio excluido, principio del tercero excluido o principio del tercer término excluido,²⁰ pero también ha sido aplicado en materia procesal en las antinomias.

Este principio declara que todo tiene que ser o no ser. Afirmar, simultáneamente que “A es” y “A no es”, es imposible, en otras palabras, no puede haber dos supuestos verdaderos.

Si decimos, por ejemplo, que “el perro es un mamífero” y que “el perro no es mamífero”, no podemos rechazar estas dos proposiciones como falsas, pues no hay una tercera posibilidad. Este principio de tercero excluido es preciso reconocer que una alternativa es falsa y otra verdadera y que no cabría una tercera posibilidad.

En su forma original, se refiere también a una estructura de la realidad y consiste en la afirmación de que no hay término medio entre el “ser” y el “no-ser”. La forma lógica de este principio debe entenderse como afirmando que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos falsos.²¹

Ante estas dos posiciones contrarias, una tendrá que ser verdadera y la otra tendrá que desaparecer, entramos en cierto modo a una lógica jurídica que tendrá que aplicarse para resolver el problema y tomar la decisión de cual norma aplicar, siempre y cuando exista contradicción o se contrapongan.

Podemos acudir también al principio de la voluntad de la ley, para determinar la existencia de una antinomia, al respecto hay que diferenciar entre la voluntad de la ley y la voluntad del legislador; el legislador puede pretender o tener la voluntad de que la ley que dictó resuelva cierto problema o diga tal o cual enunciado, pero en la práctica, al aplicarse o bien no resuelve el problema, o el enunciado es distinto al que el legislador pretendía, de ahí que será necesario acudir a la voluntad de la ley como un principio resolutorio de antinomia.

Habrà que interpretar que a lo que el juez debe atenerse para someterse al sentido claro de la ley es a la voluntad de la ley. Consiguientemente el juez no debe hacer otra cosa que subsumir bajo la ley. Y de ahí parece deducirse entonces que una decisión judicial es correcta cuando puede ser presentada como el resultado de la subsumición bajo una ley.²²

Es un hecho que hay normas eficaces e ineficaces y en cierto punto contradictorias, que en la praxis judicial conciben sentidos distintos, en ocasiones de un modo amplio y en otras de un modo estricto, en algunos casos poco explícitas o complejas, por lo que al momento de aplicarlas debe de buscarse su propio sentido, de no encontrarlo buscar el sentido que favorezca la continuación del procedimiento.

19 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *El Principio Jurídico de Razón suficiente*. Disponible en: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>. Consulta en: 11 jun. 2019, p.22.

20 MAYORGA MADRIGAL, Alberto Cuauhtémoc. *Claves de la Argumentación* apuntes de clase de Argumentación Jurídica febrero de 2013. Doctorado en Derecho generación 2012-2016. Universidad de Guadalajara, 2013.

21 MAYORGA MADRIGAL, Alberto Cuauhtémoc. *Claves de la Argumentación* apuntes de clase de Argumentación Jurídica febrero de 2013. Doctorado en Derecho generación 2012-2016. Universidad de Guadalajara, 2013.

22 SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 22.

“Todo esto hace necesario que la apelación a la vinculación del juez a la ley vaya acompañada de la prohibición de la negativa a juzgar, que significa que el juez no puede apelar al silencio o a la oscuridad de la ley”.²³

En ocasiones el derecho procesal se torna rígido en cuanto a su aplicación, cuando en algunas situaciones (frecuente a veces), debe de ser blando, esto es, suave en cuanto a su empleo e interpretación, ponderando el derecho a la jurisdicción, si bien el sentido de una norma adjetiva se expresa mediante enunciados que encierran un significado a través de las palabras que facilitan su comprensión, en muchas ocasiones no es bien entendido, lo que dificulta su entendimiento y aplicación.

“Así el sentido lógico de un juicio a veces no es bien recogido por las palabras, pues estas, debido a su ambigüedad, falta de precisión o variedad en sus acepciones, deja escapar el sentido lógico del juicio expresado”.²⁴

Entonces nos enfrentamos a la problemática de la aplicación normativa adjetiva al momento del desarrollo del procedimiento, desde el auto de admisión o no admisión de una demanda, hasta la ejecución de la sentencia. ¿Qué norma aplicar cuando mas de una encierra distintos enunciados?, en ocasiones contradictorios entre sí.

Entramos entonces a una racionalidad procesal cuya argumentación debe de ser sin limitación y con la motivación de dar entrada al procedimiento, pues servir de arbitro ante un conflicto entre particulares o entre el Estado y sus gobernados es el fin del juzgador y el impartir justicia una función del Estado, pero también un derecho humano el acceder a la justicia.

En este sentido, una norma procesal no tiene vida propia si no es aplicada, y en la aplicación debe de ser interpretada en todo su contexto del lenguaje jurídico, sin obstaculizar el desarrollo procedimental, pues el ideal de una norma adjetiva.

Entendemos entonces que el derecho supone estar vinculado al problema del lenguaje, sujeto a límites de su capacidad de expresión, en un vocabulario de terminado.²⁵

Así entonces, el derecho adjetivo tiene normas obligatorias tanto para el juzgador como para las partes, establece conductas de actuar o no actuar, sobre todo en los procedimientos que son a petición de parte, esto es, aquellos que no transcurren o pasan de una etapa a otra sin promoción o a petición de las partes, pero en su aplicación requieren de una interpretación para que sea operable la normatividad procesal, lamentablemente existen interpretaciones innecesarias que trastocan al sistema procesal y que buscan antinomias donde no las hay, en perjuicio de una parte o de ambas dentro de una controversia.

Esto nos lleva aun principio de decisionismo judicial para buscar antinomias donde no las hay, dejando al desamparo al justiciable, entrampándose en una confusión que crea inseguridad jurídica.

5 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

Cuando creemos en el derecho y accionamos el derecho en una controversia, aplicamos principios y valores inclusive creencias, buscamos la justicia, el equilibrio, no buscamos un capricho de alguien, la ley no debe de hacerse al capricho ni por un capricho, y menos aun en las interpretaciones de esta, pues no debe de realizarse apreciaciones acordes al interés de alguna persona en particular, debe de estar al servicio de la sociedad y en especial de la

23 SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 23.

24 CISNEROS FARIAS, Germán. *Lógica Interna del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 18-19.

25 CISNEROS FARIAS, Germán. *Lógica Interna del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 18-19.

justicia a la que debe de servir.

Robert Nozick decía que: “los principios son las barreras que impiden que las personas sigan sus deseos y los intereses del momento”.²⁶ Por ello el derecho adjetivo al aplicarse está lleno de principios, reglas, normas y valores que impiden que las personas actúen según su criterio o intereses propios.

Cuando entramos al principio y valor de la justicia, los jueces, para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho.

La operancia de estos principios en toda su extensión para algunos es la fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros es una orientación, hay quienes le dan una interpretación estricta, para varios es una positivización que es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.

Normalmente al derecho se le hacen observaciones, algunas coherentes otras incoherentes, bien por el estado de las cosas o de las situaciones que se viven en un determinado procedimiento, para tratar de enmendar lo que no estuvo bien legislado, por lo cual caben las interpretaciones, pero solo en aquellas en que la norma es oscura, o cuando tiene enunciados que se contraponen.

Cuando existen controversias que la ley no alcanza a resolver, porque no se encuentra en un texto de la ley o en una norma, los principios generales de derecho servirán para resolverlos de ahí la importancia de estos que coadyuvarán en la aplicación del derecho.

6 SISTEMA JURÍDICO DE INTERPRETACIÓN DE NORMAS

Una vez señalados los principios para llegar a la antinomia, acudiremos a un sistema de interpretación jurídica.

Antes que nada, debemos de señalar que es la interpretación. Interpretación proviene del latín *interpretatio*, a su vez del verbo *interpretor*, que significa servir de intermediario, venir en ayuda de. El verbo *interpretor* deriva de *interpres*, que significa agente intermediario. *Interpres* designa también al traductor, un intermediario singular, el que aclara, el que explica o que hace accesible lo que no se entiende. Así, *interpretatio* se aplica a lo que hace aquel que lee o entiende otras cosas.²⁷

Interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo ciertas cosas, signos formulas o acontecimientos. De ahí que interpretar consista en un acto por el cual se asigna significado específico a ciertos hechos, signos, formulas o palabras.²⁸

26 NOZICK, Robert. *The nature of rationality*. New Jersey: Princeton University Press, 1993, p. 9.

27 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.134.

28 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006, p. 92.

Interpretar, por tanto, estriba en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, formulas o acontecimientos de ahí que interpretar consista en un acto de significación, esto es, un acto por el cual se asigna un significado específico.²⁹

La interpretación jurídica puede corresponder entonces a dos casos:

- a) Asignación de un significado jurídico a ciertos hechos (comportamientos humanos, inter alia), los cuales se constituyen en hechos jurídicamente interpretados.
- b) Asignación de un significado jurídico (técnico) a objetos conocidos ya como jurídicos pertenecientes a un orden jurídico positivo.³⁰

Bajo estos postulados podemos interpretar la norma jurídica dándole un significado que más favorezca al ser humano y al derecho de acción, esto es, si se encuentra una antinomia, tendrá que buscarse la interpretación que mayormente favorezca a la persona y al ejercicio de la acción intentada, con el firme propósito de agilizar el procedimiento.

“Se toma conciencia de que el derecho tiene lagunas y antinomias, así como de que los cánones de interpretación conducen en ocasiones a resultados diversos”.³¹

Siendo entonces que la interpretación jurídica de la ley es un proceso intelectual que surge al momento de la aplicación de la norma, que ocurre comúnmente durante el desarrollo del procedimiento, como de igual manera al momento de su análisis por parte de los estudiosos del derecho, pero existen casos en los que el derecho no determina la decisión judicial porque estamos sujetos a la discrecionalidad del juzgador y no a la aplicación estricta de la ley. Teniendo en un momento dado tener que discernir entre distintas soluciones posibles cual es la que mejor se acomoda a la Constitución y si esta establece de manera clara que debe de interpretarse conforme a los derechos humanos, es claro que una antinomia debe de declararse en sentido que más favorezca a la persona.

El acto de interpretación que realiza el órgano aplicador está condicionado de forma determinante, por las nociones, concepciones y dogmas jurídicos, elaborados y mantenidos por la doctrina y la práctica profesional. El órgano aplicador, de entre todas las significaciones que es posible hacer, escogerá una (la conveniente, la justa) siguiendo para ello los métodos hermenéuticos recibidos por la tradición jurídica a la que pertenece. Así, el sentido que se de al lenguaje jurídico dependerá de la formación o cultura jurídica a la que pertenece el orden jurídico en cuestión.³²

Es así que, podemos acudir a la ley superior para solucionar el problema que deroga a la ley inferior, esto es un criterio jerárquico de normas, o ir al criterio cronológico para acudir a la ley posterior, o a un criterio de especialidad de la norma o inclusive a una simple interpretación gramatical, pero dentro de todos ellos se debe de privilegiar al ser humano y al derecho de acción.

Dentro de los sistemas de interpretación resalta uno importante que es el principio de lógica en el que sólo se aplican a enunciados que puedan ser verdaderos o no verdaderos; una contradicción lógica entre dos enunciados, consistiendo en que sólo el uno o el otro de

29 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006, p. 136.

30 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006, p. 138.

31 ITURRALDE SESMA, Victoria. *Lenguaje legal y Sistema Jurídico*, Cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p. 36.

32 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.2134.

ellos puede ser verdadero, en tanto cuando uno es verdadero, el otro tiene que ser falso.

Para efectos de las antinomias jurídicas una norma no es verdadera ni falsa, sino válida o inválida y por lo tanto solo una puede ser considerada objetivamente válida y, por lo tanto aplicarla dentro del procedimiento.

Algunos autores señalan que son los jueces quienes corresponde resolver las antinomias, pero es también una obligación de la doctrina, quien siendo especialistas en la materia jurídica de diversas ramas del derecho interpretan la norma legal.

Toca entonces a los jueces ser los interpretes oficiales del derecho, si bien el legislador es el creador de la norma, el juez es el aplicador de esta, quien debe de resolver las contradicciones, disipar las oscuridades y las faltas de precisión.³³ Pero como ya se señaló, es también quehacer de la doctrina jurídica interpretar la norma, ubicar las antinomias y resolverlas, no puede ser solo tarea del juzgador, en tal caso para englobar, podemos decir que corresponde a los juristas.

Son muchos los problemas que se presentan al abordar el tema de la interpretación en el derecho. El primero es determinar qué textos son susceptibles de ser interpretados. Por una parte, existe un sentido restringido que establece que sólo aquellos cuyo contenido sea oscuro será objeto de interpretación.³⁴

“La tarea interpretativa tiene asignado como objeto específico desentrañar el sentido que estaba en la norma legal en donde se subsumía el caso individual”.³⁵

Dentro de estos sistemas jurídicos de interpretación, tenemos que establecer mecanismos para que los juristas, jueces, litigantes etc., resuelvan la antinomia a la que se puedan enfrentar y encontrar solución al problema.

Uno de ellos puede ser la ponderación, esto es, determinar cual norma tiene mayor peso para el caso concreto a aplicar y dar preferencia a la misma.

Si bien Ricardo Guastini critica a la ponderación como una forma de resolver la antinomia, porque para él es una preferencia del interprete sin control racional, y por lo tanto el resultado no sería correcto.³⁶

Pero en términos prácticos, la ponderación si puede resolver una antinomia cuando en esta una norma viole derechos humanos, tendrá entonces el juzgador que ponderar cual norma no viola derechos humanos y aplicarla, desechando la norma violatoria, es entonces la ponderación un sistema perfectamente aplicable a las antinomias jurídicas, sobre todo en materia procesal.

Por consiguiente, entraríamos a lo que señala Riccardo Guastini, interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado, a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto se dice requiere de interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho.³⁷

Si vemos la teoría de *Principia Iuris*, en el sentido de que las proposiciones normativas no son verdaderas o falsa, sino que describen alguna realidad observable para definir conceptos y establecer relaciones entre ellos, para desarrollar sus implicaciones y analizar su forma

33 VIGO, Rodolfo L. *Interpretación Argumentación Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, p.43-44.

34 RASCADO PÉREZ, Javier. La interpretación de los derechos humanos. En: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier; UGALDE RAMÍREZ, Ricardo (Coords.). *Estado Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 357.

35 RASCADO PÉREZ, Javier. La interpretación de los derechos humanos. En: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier; UGALDE RAMÍREZ, Ricardo (Coords.). *Estado Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 46.

36 GUASTINI, Ricardo. *Los Principios de Derecho y Discrecionalidad Judicial*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28177179_Principios_de_derecho_y_discrecionalidad_judicial/link/546f6fd20cf24af340c08c2b. Consulta en: 27 jun. 2019, p.42.

37 GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002, p.3-4.

lógica y su estructura normativa de manera explicativa; para comprender mejor su realidad práctica en el derecho positivo y sus principios constitutivos, cuando la normatividad viene dada con el carácter estipulativo del lenguaje. Los postulados y las definiciones se desarrollan axiomáticamente en teoremas que responden a opciones libremente elegidas y la lógica de la teoría adquiere un valor normativo frente a su objeto, con principios analíticos y descriptivos de la lógica, que hacen uso de las reglas de ortografía.³⁸

Tales principios son fundamentalmente dos, la coherencia y la plenitud, que permiten concebir al derecho como un sistema que de hecho no es pleno ni coherente, dado que irremediablemente aparecen lagunas y antinomias, que a su vez es reflejo de la propia normatividad del derecho frente a sí mismo.³⁹

Como resultado, la interpretación de la norma debe estar condicionada a la no afectación de los derechos humanos y, al declarar una antinomia que en su interpretación afecte derechos fundamentales, resulta esta inválida.

Por lo tanto, una declaración de antinomia puede ser una interpretación mal hecha o indebida que trastoca el sistema procesal, es algo así como un cuerpo extraño dentro del ADN del procedimiento que inclusive puede violar derechos humanos.

Al ejercer el control de convencionalidad en materia de derechos humanos, la corte mexicana estableció que deben realizarse los siguientes pasos: a) Interpretación en sentido amplio, que significa que los jueces del país y todas las demás autoridades del Estado mexicano deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, los jueces deben preferir aquella que haga a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando no sea posible efectuar una interpretación conforme de la norma analizada, frente a la Constitución.

Luego entonces, para resolver una antinomia debe de buscarse siempre la norma que mas favorezca al ser humano y en cuanto al ámbito procesal, la que beneficie el derecho de acción que implica el dar acceso a la justicia, quitando formalismos jurídicos innecesarios e interpretaciones estériles carentes de sustento legal.

7 TIPOS DE ANTINOMIAS

Existen varios tipos de antinomias, si bien cada autor pueda darles un nombre distinto, y tener variación una de otra, la mayoría coincide en las siguientes: la total, la parcial, la aparente, la autentica.

La total es cuando en un mismo cuerpo normativo un artículo permite una acción y otro artículo la prohíbe.

La parcial, cuando una norma permite hacer o no hacer algo, pero otra norma del mismo cuerpo normativo la maneja como obligatorio.

La aparente, es la que se da en el proceso de interpretación, esto es, cuando al apreciar

38 SANCHÍS PRIETO, Luis. *La teoría del derecho de Principia Juris*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Para Leer a Luigi Ferrajoli*. México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, p.92-96.

39 SANCHÍS PRIETO, Luis. *La teoría del derecho de Principia Juris*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Para Leer a Luigi Ferrajoli*. México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, p. 97.

un precepto se le da un sentido distinto al real que persigue la norma, por lo que no excluye la validez de esta.

La autentica, es aquella que la norma originaria del conflicto carece de validez jurídica.⁴⁰

Adicionalmente, podríamos establecer la existencia de la procesalista, aquella que en un mismo cuerpo normativo adjetivo señala una vía procesal para el trámite de una acción, y otra señala una vía distinta.

8 CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las antinomias se presentan al momento de que se aplica el derecho a un caso concreto esto es, dentro del procedimiento y es cuando el juzgador debe de decidir cual aplicar; el problema radica en que al momento de su determinación puede afectar al justiciable o al ejercicio de la acción intentada, lo que por tanto, una antinomia debe de ser denunciada como se hace en la contradicción de tesis y que sea un tribunal superior mediante ejecutoria quien resuelva la misma y decida cual disposición se adapta a la situación necesaria. En otras palabras, debe de denunciarse la antinomia para que el superior determine que norma aplicar y cual resulta invalida, lo anterior a efecto de homogenizar criterios en la solución de las antinomias.

SEGUNDA.- En el derecho también se debe de innovar para encontrar nuevas maneras de resolver conflictos normativos, por lo que es necesario aplicar otras formas de solución de las antinomias, que tiendan a beneficiar al estudio de la acción, esto es, dar preferencia al procedimiento, buscando elegir la norma que mas se adapte a dar continuidad al trámite que se ocupa, para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial, evitando interpretaciones innecesarias que tiendan a obstaculizar el procedimiento y negar el acceso a la justicia.

TERCERA.-, Una manera de solución al problema de las antinomias procesales es la ponderación, mediante un sistema procesalista que privilegie el derecho humano de acceso a la tutela judicial. Un criterio procesalista que compare una norma con otra buscando resolver elegir la que menos formalismos implique en su aplicación dentro del procedimiento, con un análisis lógico para llenar las necesidades de un trámite ágil, sencillo, sin obstáculo alguno, entendiendo la función e importancia que tiene el derecho humano a la jurisdicción, buscando el fin a una de las funciones del Estado que es impartir justicia.

REFERENCIAS

BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. México: Editorial Colofón, 2008.

CISNEROS FARIÁS, Germán. *Lógica Interna del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2007.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *El Principio Jurídico de Razón suficiente*. Disponible en: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>. Consulta en: 11 jun. 2019.

GUASTINI, Ricardo. *Estudio sobre la interpretación jurídica*. 4. ed. México: Porrúa, 2002.

GUASTINI, Ricardo. *Los Principios de Derecho y Discrecionalidad Judicial*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28177179_Principios_de_derecho_y_discrecionalidad_judicial/link/546f6fd20cf24af340c08c2b. Consulta en: 27 jun. 2019.

40 MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos normativos. *Instituto de Investigación Jurídicas*, 2015, p.1315. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 12 jun. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12. ed. México: Porrúa, 2002.

HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, 2007.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *Lenguaje legal y Sistema Jurídico*, Cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. México: Porrúa, 1982.

MAYORGA MADRIGAL, Alberto Cuauhtémoc. *Claves de la Argumentación* apuntes de clase de Argumentación Jurídica febrero de 2013. Doctorado en Derecho generación 2012-2016. Universidad de Guadalajara, 2013.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos normativos. *Instituto de Investigación Jurídicas*, 2015. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>. Consulta en: 12 jun. 2019.

NOZICK, Robert. *The nature of rationality*. New Jersey: Princeton University Press, 1993.

RASCADO PÉREZ, Javier. La interpretación de los derechos humanos. En: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier; UGALDE RAMÍREZ, Ricardo (Coords.). *Estado Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Editorial Porrúa, 2010.

SANCHÍS PRIETO, Luis. La teoría del derecho de Principia Juris. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Para Leer a Luigi Ferrajoli*. México: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.

SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos, 2012.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México: Editorial Fontamara, 2006.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

VIGO, Rodolfo L. *Interpretación Argumentación Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México: Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

PODER JUDICIÁRIO E COVID-19 NO BRASIL: PANORAMA E PERSPECTIVAS SOBRE O PROCESSO ELETRÔNICO, AS AUDIÊNCIAS E SESSÕES DE JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA E A PRODUTIVIDADE ¹²

Larissa Clare Pochmann da Silva

Pós-Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 A pandemia do Coronavírus e as alterações legislativas no cenário brasileiro; 3 A atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante a pandemia; 4 O processo eletrônico; 5 As audiências e sessões de julgamento por julgamento por videoconferência; 6 A produtividade do Poder Judiciário; 7 Perspectivas após a pandemia; 8 Conclusão; Referências.

1 O presente artigo foi elaborado a partir da atualização do cenário do COVID-19 no Brasil, que inicialmente havia sido demonstrado na palestra proferida a convite do Instituto Iberoamericano de Direito Processual em 29 de maio de 2020 e disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=UYmC8ZaJBxs>.

2 Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.341-352, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

A partir de 11 de março de 2020, a doença infecciosa causada pelo coronavírus veio a ser caracterizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma pandemia e acabou alterando os hábitos em diversos países, em função de medidas sanitárias adotadas.

A mudança não se restringiu ao cenário social: o Direito, enquanto fenômeno verificável nas relações sociais, também acompanhou as transformações, com a edição de diversos atos normativos e o Judiciário precisou adequar seu funcionamento às medidas sanitárias.

Nesse diapasão, o presente trabalho pretende tratar do funcionamento e da atuação do Judiciário brasileiro durante a pandemia, voltado especificamente à relevância do processo eletrônico, à utilização da videoconferência e à análise da produtividade, de forma a trazer algumas perspectivas de como poderá se apresentar o cenário após esse período.

Para isso, através da pesquisa bibliográfica e documental, além de dados do Conselho Nacional de Justiça, oferecendo-se um tratamento quanti-qualitativo às informações obtidas, inicia-se a abordagem com um panorama sobre o cenário da disseminação do COVID-19 no Brasil e as alterações legislativas nesse período.

Em seguida, já entrando especificamente no contexto do Poder Judiciário, aborda-se a relevância da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para, então, tratar-se do processo eletrônico, das audiências e sessões de julgamento por videoconferência e da produtividade.

Ao final, tecem-se algumas considerações sobre possíveis perspectivas para o período após a pandemia, refletindo-se sobre como esse momento poderia contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

2 A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Em 30 de janeiro de 2020, o COVID-19, doença infecciosa causada pelo coronavírus, veio a ser constituída como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Com os níveis alarmantes de disseminação e em virtude das suas severas consequências, a partir de 11 de março de 2020, a doença foi considerada uma pandemia³.

Em decorrência desse cenário, a realidade de muitos países acabou se alterando, envolvendo o debate medidas como o distanciamento social, a quarentena e até mesmo o *lockdown*. Além disso, muitas atividades que antes eram realizadas presencialmente, acabaram sendo temporariamente interrompidas ou passaram a ser realizadas de forma digital. E a mudança não se restringiu ao cenário social: a pandemia teve um forte impacto nas relações sociais e o Direito, enquanto fenômeno verificável nas relações sociais, não ficou aquém nesse cenário.

No Brasil, a edição de atos normativos especificamente sobre o COVID-19 se iniciou em 3 de fevereiro de 2020, com a Portaria nº 188, que declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo coronavírus. A partir dela, sucederam-se a edição de outras Portarias, Resoluções, Medidas Provisórias e Leis tratando de temas pertinentes à pandemia.

Dentre os atos normativos, merece destaque que, em 10 de junho de 2020, foi sancionada a Lei nº 14.010, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório

3 O acompanhamento do Covid-19 pode ser feito na página da Organização Mundial de Saúde: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em 11 jun. 2020.

das relações jurídicas de Direito Privado (RJET). A referida lei delimitou a eficácia de alguns dispositivos legais em razão da pandemia, no âmbito do Direito Civil, Empresarial, Consumidor e de Locações Urbanas⁴.

Nas suas disposições, é relevante mencionar que houve a suspensão dos prazos prescricionais e decadenciais desde a entrada em vigor da lei até 30 de outubro de 2020, a fim de resguardar os direitos daqueles que não conseguirem ir ao Judiciário, mas a suspensão dos prazos processuais não foi prevista nesta legislação, já que era medida mais antiga e que será tratada de forma mais detida no próximo tópico.

Cumprido ressaltar, porém, que nada foi disposto sobre os prazos desde o início da pandemia até a publicação da referida lei, restando aí um período que permitirá discussões acerca da (in)ocorrência de suspensões do prazo no ordenamento brasileiro.

Por sua vez, a suspensão dos prazos prescricionais para aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112/1990, na Lei nº 12.846/2013 e demais diplomas legais aplicáveis aos servidores públicos já ocorria, em virtude da previsão da Lei nº 13.979/2020.

Já os prazos de prescrição para pretensões em face do Poder Público, previstos no Decreto nº 20.910/1932, não estão afetados pela previsão da Lei nº 14.010/2020.

Também merecem destaque a suspensão até o dia 30 de outubro de 2020: i) da aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, para produtos perecíveis ou de consumo imediato ou de medicamentos, referente ao direito de arrependimento para compras fora do estabelecimento; ii) do prazo para aquisição da propriedade imobiliária ou mobiliária, por usucapião, nas suas diversas espécies; iii) do prazo para eleição de novos síndicos, caso o mandato do síndico anterior tenha se vencido a partir de 20 de março de 2020 e não seja possível realizar a assembleia por meio virtual; iv) da aplicação do artigo 36, §3º, incisos XV a XVII da Lei nº 12.259/2011, referente à venda de mercadorias ou à prestação de serviços abaixo do preço de custo, bem como cessão parcial ou total das atividades da empresa sem justa causa foi suspensa retroativamente, desde 20 de março de 2020; v) da prisão civil por dívida de alimentos, prevista no artigo 528, §3º do Código de Processo Civil, que deve ser cumprida exclusivamente na modalidade domiciliar; vi) do cômputo do prazo para abertura do inventário, para as sucessões que ocorrerem a partir de 1º de fevereiro de 2020; vii) do término dos inventários já em curso, desde que iniciados antes de 1º de fevereiro de 2020.

Se, no direito material, seria possível pontuar diversos impactos da pandemia, no Judiciário não foi diferente. Passa-se a retratar o Poder Judiciário.

3 A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) DURANTE A PANDEMIA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual⁵.

Sua criação se deu pela Emenda Constitucional nº 45/2014, com a inserção do artigo 103-B na Constituição. Suas atribuições, sem prejuízo de outras previstas pelo Estatuto da Magistratura, podem ser assim dispostas: i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações; ii) definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional

4 Para uma análise da novel legislação: RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações de Direito Privado*. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/regime-juridico-emergencial-e-transitorio-das-relacoes-de-direito-privado-rjet>. Acesso em 13 jun. 2020.
5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Quem somos?* Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em 11 jun. 2020.

do Poder Judiciário; iii) receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado; iv) julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas e v) melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.

É importante acrescentar, ainda, que, de acordo com o artigo 196 do Código de Processo Civil, compete ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de forma principal, e aos tribunais, supletivamente, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos.

Previamente à elaboração de atos normativos sobre o funcionamento do Poder Judiciário durante a pandemia pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou, no dia 11 de março de 2020, a Portaria STJ/GP nº 82, que previu o regime de teletrabalho, pelo prazo de 15 (quinze) dias, aos servidores que tivessem regressado de localidades em que havia surto da doença.

No dia seguinte, 12 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Resolução nº 663, prevendo que: i) servidores, colaboradores, estagiários, juízes ou Ministros do Tribunal que chegassem de locais ou países com circulação viral sustentada e apresentarem febre ou sintomas respiratórios, dentro de até 14 dias do retorno, deveriam procurar um serviço de saúde (art. 3º); ii) servidores maiores de 60 anos e aqueles portadores de doenças crônicas, que compunham grupo de risco, poderiam optar pela execução de suas atividades por trabalho remoto (art. 5º) e iii) a suspensão temporária da visitação pública e do atendimento presencial do público externo que pudesse ser prestado por meio eletrônico ou telefônico.

A partir de então, outros tribunais passaram a editar medidas de combate ao coronavírus, sem que houvesse uma sistematização e uniformização. Para evitar essa dispersão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, no dia 19 de março de 2020, a Resolução nº 313.

A referida resolução trouxe, dentre as suas previsões: i) a suspensão do trabalho presencial nos prédios dos fóruns; ii) a suspensão do atendimento presencial às partes e seus patronos, ficando a cargo de cada Tribunal a disponibilização de contato remoto de suas unidades jurisdicionais; iii) a suspensão dos prazos processuais, tanto de processos físicos como de processos eletrônicos, inicialmente, até o dia 30 de abril; iv) a previsão de um plantão extraordinário, em idêntico horário ao do expediente regular.

Cumprido ressaltar que alguns tribunais já haviam previsto, antes do dia 19 de março, essa suspensão de prazos processuais. Então, nesse caso, deveria prevalecer o prazo de suspensão de cada Tribunal⁶, caso fosse mais amplo do que o estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), até mesmo para não haver surpresa ou prejuízo ao jurisdicionado que havia seguido o ato normativo do próprio Tribunal.

Ademais, é preciso pontuar que essa previsão de plantão extraordinário seria um *modus operandi* excepcional, em função da impossibilidade de realização da prestação

6 No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. *Suspensão dos prazos processuais por força da pandemia*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322617/suspensao-dos-prazos-processuais-por-forca-da-pandemia>. Acesso em 11 jun. 2020.

jurisdicional presencial. A ideia de plantão que já tinha previsão no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 220 do Código de Processo Civil, além das Resoluções nº 244/2016, nº 71/2009 e 152/2012, todas do Conselho Nacional de Justiça⁷. Como lembra o Desembargador Federal e Professor Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁸, ao mesmo tempo em que foi previsto o plantão extraordinário, estabeleceu-se o trabalho remoto, durante o mesmo horário do expediente regular.

O plantão ficou encarregado de apreciar as matérias previstas no artigo 4º da referida resolução⁹, aí envolvendo medidas tanto criminais como cíveis, inclusive alvarás, requisições de pequeno valor e expedição de guias de depósito, ou seja: o plantão apenas privilegiaria medidas urgentes em processos físicos, mas o Judiciário continuou trabalhando, em observância ao horário forense regular, de forma que a movimentação foi mantida em processos eletrônicos.

Em 20 de abril de 2020, foi editada a Resolução nº 314, que trouxe a previsão de retomada dos prazos dos processos eletrônicos a partir do dia 4 de maio (art. 3º), mas a manutenção de suspensão dos prazos dos processos físicos, em princípio, até o dia 15 de maio (art. 2º); o incentivo da prática de atos processuais por meio eletrônico, inclusive com a possibilidade de realização de sessões e julgamento não presenciais tanto em processos físicos como em processos eletrônicos, mas com o adiamento dos atos que porventura não puderem ser praticados eletronicamente (art. 3º, §2º); o regime de trabalho diferenciado, no mesmo horário do expediente forense (art. 3º, §5º), para realização de todos os atos processuais, virtualmente, bem como para o traslado de autos físicos, quando necessário, para a realização de expedientes internos, vedado o reestabelecimento do expediente presencial e o incentivo à digitalização dos processos físicos (art. 6º, §4º).

Neste ponto, é importante comentar que nem todos os prazos de processos eletrônicos passaram a fluir ininterruptamente a partir do dia 4 de maio. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, na Questão de Ordem no Pedido de Providências nº 0002765-70.2020.2.00.0000, que envolvia o Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, foi consignado que, em virtude da decretação de medidas sanitárias restritivas à livre locomoção de pessoas, os prazos deveriam ser suspensos desde o dia 12 de maio de 2020, data de apreciação da Questão de Ordem pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, até o dia 31 de maio de 2020. Como consequência, foi editada, na Justiça Trabalhista, o ato TRT-Corregedoria-

7 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. Regime de Plantão Extraordinário e Tribunais Online em Tempos de Coronavírus e seus Efeitos no Direito Processual: Presente e Futuro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). *A Pandemia e seus Reflexos Jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 348.

8 Trata-se de *live* sobre o COVID-19 e o Poder Judiciário, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=LTGx0hixnXI&t=544s>. Acesso em 11 jun. 2020.

9 O referido dispositivo tem o seguinte teor: Art. 4º No período de Plantão Extraordinário, fica garantida a apreciação das seguintes matérias: I – habeas corpus e mandado de segurança; II – medidas liminares e de antecipação de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais; III – comunicações de prisão em flagrante, pedidos de concessão de liberdade provisória, imposição e substituição de medidas cautelares diversas da prisão, e desinternação; IV – representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária; V – pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, interceptações telefônicas e telemáticas, desde que objetivamente comprovada a urgência; VI – pedidos de alvarás, pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, Requisições de Pequeno Valor – RPVs e expedição de guias de depósito; VII – pedidos de acolhimento familiar e institucional, bem como de desacolhimento; VIII – pedidos de progressão e regressão cautelar de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas e pedidos relacionados com as medidas previstas na Recomendação CNJ no 62/2020; IX – pedidos de cremação de cadáver, exumação e inumação; e X – autorização de viagem de crianças e adolescentes, observado o disposto na Resolução CNJ no 295/2019. § 1º O Plantão Extraordinário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantões anteriores, nem à sua reconsideração ou reexame. § 2º Nos processos envolvendo réus presos e adolescentes em conflito com a lei internados, aplica-se o disposto na Recomendação CNJ no 62, de 17 de março de 2020.

SCR nº 31/2020, suspendendo os prazos nos processos eletrônicos. Na Justiça Estadual, a suspensão dos prazos ocorreu em virtude de decisão proferida nos autos do Pedido de Providências nº 0002746-64.2020.2.00.0000, no período de 14 a 31 de maio de 2020. Já na Justiça Federal a suspensão dos prazos foi do período de 20 a 31 de maio de 2020, em virtude do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003391-89.2020.2.00.0000.

A Resolução nº 318, de 7 de maio de 2020, prorrogou as previsões anteriores até o dia 31 de maio de 2020, vindo este prazo a ser novamente prorrogado até o dia 14 de junho de 2020, por força da Portaria nº 79, de 22 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No dia 1º de junho de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 322, para que os tribunais estabeleçam, de forma gradual e sistematizada, a retomada das atividades presenciais. Os Tribunais mantêm a maior parte de seus magistrados e servidores trabalhando remotamente, mas desenvolvem e implementam, de forma paulatina e gradual, planos para o retorno seguro às atividades, dividido em etapas, em constante observância e monitoramento à evolução da pandemia no país.

4 O PROCESSO ELETRÔNICO

Ao contrário da realidade de muitos países também afetados pela pandemia, o processo eletrônico no Brasil não foi estabelecido em virtude da suspensão das atividades presenciais dos fóruns. Ele já vinha sendo pensado e regulamentado, no sentido de facilitação do acesso à justiça e da libertação dos entraves formais e burocráticos que consomem boa parte do tempo e da energia na tramitação de um processo¹⁰. Como consequência, o processo eletrônico em muito contribuiu para a manutenção do tripé fundado na consagração dos direitos pela via legislativa, pela previsão dos meios para reclamá-los e pela estruturação do setor estatal que torne efetivas as reclamações¹¹ durante a pandemia, mantendo as atividades do Poder Judiciário, mesmo em teletrabalho.

No Brasil, menciona-se, sobre a relevância do processo judicial eletrônico, a Lei nº 9.800/99, que permitiu às partes a utilização de sistemas de transmissão de dados para prática de atos processuais, exigindo, porém, a protocolização dos originais. Houve, na sequência, leis que previram a prática de atos processuais por meio eletrônico, como, por exemplo, a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991), a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), a Lei nº 11.280/2006, que inseriu o parágrafo único ao artigo 154 do Código de Processo Civil de 1973, tratando da prática e da comunicação dos atos processuais por meio eletrônico e a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que, dentre outras alterações na execução, incluiu o artigo 655-A no Código de Processo Civil de 1973, possibilitando que o juiz promovesse a penhora *online*.

Porém, foi a partir da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, conhecida como Lei de Informatização do Judiciário, que o tema teve nítido destaque. A referida legislação é dividida em 4 (quatro) capítulos, sendo eles: Capítulo I - Da informatização do processo judicial; Capítulo II - Da comunicação eletrônica dos atos processuais; Capítulo III - Do processo eletrônico; Capítulo IV - Disposições gerais e finais. Dentre as suas referências, merecem destaque: i) o artigo 1º, que admite a possibilidade de tramitação dos processos judiciais por meio eletrônico, ii) o artigo 3º, que dispõe que o ato processual praticado por meio eletrônico

10 GRECO, Leonardo. O Processo Eletrônico. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Direito e Internet*. São Paulo: RT, 2001, p. 77

11 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 29.

será tempestivo se praticado dentro das 24 (vinte e quatro) horas do dia; iii) os artigos 4º e 5º, que tratam da comunicação dos atos processuais por meio eletrônico; iv) o artigo 11, sobre os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos.

Merece também destaque, no ano de 2013, a Resolução nº 185 do Conselho Nacional de Justiça¹², que instituiu o Sistema Processual Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de informações e prática dos atos processuais, estabelecendo os parâmetros para a sua implementação e funcionamento.

A relevância do processo eletrônico foi, ainda, consagrada no Código de Processo Civil de 2015, em vigor desde 18 de março de 2016. O diploma dedicou a Seção II do Capítulo I do Livro IV à prática eletrônica dos atos processuais, mais precisamente os artigos 193 a 199, sendo que o artigo 194 destaca que os sistemas informatizados devem respeitar a publicidade dos atos e o acesso e participação das partes e procuradores, o artigo 195 trata do registro do ato processual praticado por meio eletrônico e o artigo 197 se preocupa com a transparência e a acessibilidade.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponibilizados no ano de 2020, com base no ano de 2019¹³, neste último ano 88% (oitenta e oito por cento) dos processos que ingressaram no Judiciário brasileiro foram através da via eletrônica.

É certo que o acesso à tecnologia ainda é um desafio no país e, com os prédios dos fóruns fechados, mesmo o Judiciário mantendo gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais, estes não acabaram se tornando inacessíveis. Sendo assim, a pandemia pode agravar eventualmente dificuldades para a prática dos atos processuais.

Porém, a disseminação do coronavírus destaca a relevância do direito processual continuar pensando o processo eletrônico, especialmente as garantias fundamentais do processo na era digital, bem como avançando na tarefa da digitalização dos processos físicos, de forma que possa ser mantida, de forma ininterrupta, a prestação da atividade jurisdicional.

Inclusive, considerando que o processo pode depender, também, da prática de atos fora do Judiciário, destaca-se que as serventias extrajudiciais estão funcionando de forma remota, realizando atos de forma eletrônica.

No campo do direito processual, urge a digitalização dos processos físicos e o constante aperfeiçoamento do processo eletrônico, enquanto no campo social, é necessária a realização de políticas públicas capazes de promover a inclusão digital e a disponibilização de locais de acesso a equipamentos eletrônicos, de forma que possa se manter uma prestação jurisdicional efetiva.

5 AS AUDIÊNCIAS E SESSÕES DE JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Na realidade pátria, ainda era frequente tanto as audiências e sessões de julgamento, como a própria solução de conflitos, serem realizadas presencialmente. Os Tribunais por todo o país diariamente realizavam audiências e sessões de julgamento, muitas delas presenciais, mas com a utilização da videoconferência quando dependia da prática de um ato fora da comarca.

A legislação brasileira já contemplava a videoconferência, esculpida, no âmbito do processo civil, nos artigos i) 236, §3º; ii) 385, §3º; iii) 453, §1º ; iv) 461, §2º e v) 937, §4º do

12 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 434-436.

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. CNJ: 2020, p. 48. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

Código de Processo Civil de 2015, além de, no âmbito do processo penal, haver referência no artigo 185 do Código, sendo, inclusive, realizados depoimentos e sustentações orais por videoconferência, com mais frequência no processo penal do que no processo civil¹⁴.

Também eram realizadas sessões virtuais ou *on-line*, que em alguns tribunais, eram sessões que, não havendo oposição das partes, advogados ou do membro do Ministério Público que atuava enquanto fiscal da ordem jurídica, ocorriam com disponibilização do voto do relator entre os julgadores, por determinado período de tempo, regulamentado pelo Tribunal e, não havendo divergência, a disponibilização do resultado do julgamento nos autos.

Neste ponto, destacam-se as sessões de Plenário Virtual no âmbito do Supremo Tribunal Federal, atualmente regulamentadas pela Resolução nº 642, de 19 de junho de 2019, com alteração estabelecida pela Resolução nº 675, de 22 de abril de 2020. A resolução dispõe sobre os processos que podem ser incluídos em pauta de julgamento eletrônico (art. 2º), processos que se excluem do julgamento eletrônico (art. 4º), bem como sobre o procedimento para a disponibilização dos votos (arts. 5º e 6º).

É relevante também mencionar que, antes da pandemia, as sessões aconteciam remotamente, com o auxílio da videoconferência. Menciona-se a título de exemplo, que, no Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF-4), as chamadas turmas descentralizadas¹⁵ atuam, com o auxílio da videoconferência, em matéria previdenciária no âmbito dos estados que não são sede do tribunal, buscando a aproximação com o jurisdicionado.

Também já se desenvolvia no Brasil a utilização dos métodos de solução de conflitos em plataformas virtuais, mas a maioria das sessões de conciliação e de mediação eram presenciais.

Cabe destacar que, desde 27 de junho de 2014, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon/MJ) havia desenvolvido o portal consumidor.gov.br. Segundo pesquisa acadêmica¹⁶ realizada na referida plataforma, no período de maio de 2014 a julho de 2017, havia mais de 13 mil reclamações consumeristas cadastradas, sendo que um percentual 99,52% das reclamações foi respondido, mas apenas um quantitativo de 39,36% foi solucionado pelo portal.

Em contrapartida, os dados de solução consensual¹⁷ foram de 11,1% das sentenças proferidas em 2015, 11,9% em 2016, 12,2% em 2017 e 11,5% em 2018. Isso significa, em números, que 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça, sendo 3,7 milhões de sentenças na fase processual e 700 mil na fase pré-processual. Mesmo que nem toda solução consensual seja homologada em juízo, tem-se um parâmetro dos números de processos solucionados de forma consensual a cada ano.

Porém, durante a pandemia, audiências e sessões presenciais não foram mais possíveis. Mantiveram-se as sessões virtuais, mas foram incentivadas a realização de audiências e sessões de julgamento integralmente por videoconferência. Nem todos os Tribunais começaram a realizar sessões de julgamento e audiências por videoconferência imediatamente. A iniciativa vem sendo gradativamente implementada, mas teve nítido incentivo a partir da Portaria nº 61, de 31 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, quando foi instituído, de forma facultativa, sem prejuízo de outras ferramentas que alcancem o mesmo

14 RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4. Acesso em 18 jun. 2020.

15 Informação disponível em https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12925 e https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13399. Acesso em 18 jun. 2020.

16 A pesquisa foi publicada por PORTO, José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 114, 2017, p. 295-318.

17 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2020, p. 95.

objetivo, a Plataforma Emergencial de Videoconferência (Cisco Webex) para a realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social provocado pela pandemia do Covid-19.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça¹⁸, desde o início do ano até 30 de agosto de 2020, já foram realizadas 477.719 audiências pela plataforma em todo o país, com duração média de 44 minutos por processo. Esse número: i) não exclui que mais audiências tenham sido realizadas por outras plataformas virtuais, ii) é pequeno diante do quantitativo de processos no país, que tinha, em 2019, 77,1 milhões de processos pendentes, iii) pode incentivar a prática de atos processuais pela via eletrônica.

Ainda durante a pandemia, é relevante mencionar a alteração no artigo 22 da Lei nº 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais, pela Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, que nele inclui dois parágrafos, passando a prever, mesmo após o término da pandemia, a possibilidade de serem realizadas audiências de conciliação não presenciais nos Juizados Especiais, mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça¹⁹ anunciou, em maio de 2020, uma nova plataforma para a realização de sessões de conciliação e mediação. A ferramenta será totalmente *on-line* e servirá, em um primeiro momento, para resolver o grande volume previsto de conflitos relacionados à COVID-19, mas poderá representar um grande incentivo à solução de conflitos *on-line* no país.

No âmbito privado, a maior novidade já se refere às Câmaras de Solução *On-line* (ODRs), especialmente desenhadas para questões seriadas. As questões repetitivas do consumo, de baixa complexidade terão nas ODRs, um modo de solução extraprocessual, paralelo ao sistema judicial, mas sem limitação de horário ou local²⁰.

6 A PRODUTIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Os relatórios Justiça em Números²¹, elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já apontavam, nos últimos anos, um aumento da produtividade do Poder Judiciário. No ano-base de 2019, cujo relatório foi divulgado em 2020, o estoque de processos pendentes, em todos os órgãos do Poder Judiciário, foi de 77,1 milhões de ações, com a redução de mais de um milhão de processos pendentes em relação ao ano de 2018.

O Brasil tem mantido um acompanhamento constante sobre todas as ações judiciais que se referem ao tem do coronavírus, disponibilizando informações sobre o tribunal em que tramita e o próprio processo, além da produtividade de cada tribunal durante a pandemia.

Ademais, há uma preocupação constante com a produtividade do Poder Judiciário, refletindo a necessidade de manutenção de suas atividades, ainda que de forma remota, em prol da realização da prestação jurisdicional.

Desde o início da pandemia até o dia 30 de agosto de 2020, foram proferidos, no Judiciário de todo o país²², 12.088.357 sentenças e acórdãos e 18.746.816 decisões, sendo

18 Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a89ef492-f81e-4679-a58f-f7caa7452d82&sheet=740707b2-b87f-4ac0-a185-b430f855e682&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em 18 jun. 2020.

19 Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/11/cnj-lancara-plataforma-on-line-para-conflitos-relacionados-a-covid-19.ghtml>. Acesso em 18 jun. 2020.

20 Sobre o tema: CURY, Cesar. *Câmaras de Solução de Conflitos on-line são caminho para agilizar a Justiça*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-28/cesar-cury-camaras-online-sao-caminho-agilizar-justica>. Acesso em 18 jun. 2020.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Sumário Executivo. Brasília: CNJ, 2020.

22 Dados disponíveis em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em 30 ago. 2020.

que são tribunais em posições de destaques em ambos os rankings o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Paraná e o Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

7 PERSPECTIVAS APÓS A PANDEMIA

Após o retorno às atividades, certamente se viverá no Brasil uma nova realidade, em que o Direito manterá as portas abertas aos avanços tecnológicos, que devem constituir ferramentas úteis ao aprimoramento da atividade jurisdicional²³.

Cumprir lembrar que, nesse novo cenário, persistirá a relação do processo com a Constituição, lançando-se o foco nos resultados das experiências processuais para assegurar a efetividade do acesso à justiça e um processo justo²⁴.

O processo eletrônico já era uma realidade antes da pandemia e manterá sua relevância, inclusive com a necessidade de digitalização dos processos físicos, para que, enquanto forem mantidas restrições ao contato social, seja garantida a todos os jurisdicionados, de forma ininterrupta, a prestação jurisdicional.

É preciso, porém, que se continue incentivando e, inclusive, amplie-se a disponibilização de computadores para o acesso dos jurisdicionados e advogados, inclusive com orientação sobre como utilizar os equipamentos e sistemas, de forma que se mantenha o efetivo acesso à justiça, mesmo para os que não tenham acesso à tecnologia.

Com o fim da pandemia, espera-se, também, o retorno das audiências e sessões presenciais, com um maior contato entre juiz e partes, o que poderia facilitar a melhor compreensão das controvérsias, mas, certamente, a videoconferência deve permanecer como uma aliada.

O ambiente virtual deve ser utilizado com a devida cautela e enquanto uma ferramenta para assegurar que os direitos sejam tutelados de forma efetiva e célere, com o devido respeito às garantias constitucionais. Deve haver prévia comunicação de sua utilização, para que seja possível aferir se sua utilização não prejudicará qualquer um dos envolvidos, em nítida realização da cooperação e da boa-fé consagradas no ordenamento brasileiro. A tecnologia deve ser adotada enquanto uma modalidade mais vantajosa para a solução do litígio, em tempo razoável.

Nesse sentido, destacam Marco Antônio Rodrigues e Thiago Delfino que a

[...] tecnologia se encontra a serviço dos jurisdicionados – os destinatários do serviço público jurisdicional – e de seus direitos fundamentais, não podendo ser meramente um mecanismo de eficiência do Judiciário, já que a eficiência não pode ser um fim em si mesma.²⁵

Tratando-se dos Juizados Especiais, parece que “a formalização da audiência não presencial não pode ser imposta às partes, mas deve ser apresentada como uma alternativa à audiência presencial, quando possível e benéfica aos envolvidos.”²⁶

Por fim, é preciso que todos os sujeitos do processo conservem seus esforços,

23 ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; WOLKAT, Erik Navarro. *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 67.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 10. ed, 2020, p. 34.

25 RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribunada-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4. Acesso em 18 jun. 2020.

26 ROCHA, Felipe Boring. *Audiência de conciliação não presencial nos juizados especiais cíveis: primeiras reflexões sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.994/2020 na Lei nº 9.099/1995*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/audiencia-de-conciliacao-nao-presencial-nos-juizados-especiais-civies-primeiras-reflexoes-sobre-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-n-13-994-2020-na-lei-n-9-099-1995>. Acesso em 4 jun. 2020.

cabendo ao Judiciário manter a sua elevada produtividade, enquanto os jurisdicionados e seus patronos devem ter um comportamento pautado pela cooperação, probidade e boa-fé, de forma que se possa alcançar nas causas pendentes uma resposta jurisdicional efetiva em um tempo razoável, com a consequente e natural redução dos estoques de processos no Poder Judiciário.

8 CONCLUSÃO

A pandemia do COVID-19 impactou as relações sociais e, conseqüentemente, refletiu no Direito. Foram editados diversos atos normativos no período, inclusive sobre a alteração do funcionamento do Poder Judiciário.

Os fóruns não puderam mais manter seus prédios abertos para atendimento aos jurisdicionados, mas o Poder Judiciário no Brasil não paralisou seus trabalhos. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve importante papel na sistematização e uniformização dos tribunais de todo o país e o processo eletrônico e as audiências por videoconferência contribuíram para a manutenção das atividades jurisdicionais, com altos índices de produtividade.

Esse período pode proporcionar aspectos positivos para o aprimoramento da prestação jurisdicional. Considerando que 88% dos processos que ingressam no Judiciário são eletrônicos, é preciso que se realize a digitalização dos processos físicos, acompanhado do monitoramento da disponibilização de equipamentos eletrônicos para acesso aos jurisdicionados e seus advogados, de forma que o acesso à tecnologia não possa se revelar um entrave ao acesso à justiça.

O ambiente virtual deve ser utilizado com a devida cautela, em nítida cooperação entre os sujeitos processuais, e enquanto uma ferramenta para assegurar que os direitos sejam tutelados de forma efetiva e célere, com o devido respeito às garantias constitucionais, sem que possa gerar qualquer prejuízo a qualquer um dos envolvidos.

Ademais, é preciso que todos os sujeitos processuais mantenham seus esforços de forma que se possa alcançar nas causas pendentes uma resposta jurisdicional efetiva em um tempo razoável.

REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. CNJ: 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quem somos?* Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em 11 jun. 2020.

CURY, Cesar. *Câmaras de Solução de Conflitos on-line são caminho para agilizar a Justiça*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-28/cesar-cury-camaras-online-sao-caminho-agilizar-justica>. Acesso em 18 jun. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 10. ed, 2020.

GRECO, Leonardo. O Processo Eletrônico. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Direito e Internet*. São Paulo: RT, 2001, p. 77-94.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. Regime de Plantão Extraordinário e Tribunais Online em Tempos de Coronavírus e seus Efeitos no Direito Processual: Presente e Futuro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). *A Pandemia e seus Reflexos Jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 345-357.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

PORTO, José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, vol. 114, 2017, p. 295-318.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações de Direito Privado*. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/regime-juridico-emergencial-e-transitorio-das-relacoes-de-direito-privado-rjet>. Acesso em 13 jun. 2020.

ROCHA, Felipe Boring. *Audiência de conciliação não presencial nos juizados especiais cíveis: primeiras reflexões sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.994/2020 na Lei nº 9.099/1995*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/audiencia-de-conciliacao-nao-presencial-nos-juizados-especiais-civies-primeiras-reflexoes-sobre-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-n-13-994-2020-na-lei-n-9-099-1995>. Acesso em 4 jun. 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio; CABRAL, Thiago Dias Delfino. *O futuro é virtual?* Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/tribuna-da-advocacia-publica/o-futuro-e-virtual-14062020#_ftn4. Acesso em 18 jun. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; WOLKAT, Erik Navarro (Orgs.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 65-82.

TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. *Suspensão dos prazos processuais por força da pandemia*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322617/suspensao-dos-prazos-processuais-por-forca-da-pandemia>. Acesso em 11 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

PANDEMIA E AS MATRIZES PUBLICÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL¹

André Cordeiro Leal

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor Titular da Universidade FUMEC, onde leciona nos cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Professor do curso de Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Advogado e Economista.

Vinícius Lott Thibau

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil e Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Advogado.

Sumário: 1 Introdução; 2 A relação jurídica, que é “pública”, e o surgimento da moderna ciência do processo; 3 A Teoria Neoinstitucionalista do processo e a crítica ao processo Bülowiano como instrumento de dominação; 4 O público e o Civil na legislação brasileira; 5 O processo como instrumento da jurisdição e o controle das políticas públicas de saúde em tempos pandêmicos; 6 Conclusão; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.327-340, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 1868, em Giesen, Oskar von Bülow teorizou o processo como uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu.² Desde então, o processo não apenas ganhou autonomia em face do chamado direito material, mas se apresenta como um instrumento que permite à jurisdição decidir, de modo solipsista e infiscalizável, sobre o destino dos demais.

Com o advento do conceito bülowiano de processo, portanto, também foi estabelecido o protagonismo dos juízes que representam o público no âmbito judiciário, o qual, em 1885, foi acentuado pela obra *Gesetz und Richteramt*.³ É que, em *Lei e Magistratura*, o jurista alemão radicalizou as bases intuitivas, sentimentais e clarividentes da atuação da magistratura, permitindo-lhe controlar todo o direito vigente por via decisória.

Assim é que, se, na obra de 1868, que é traduzida para o português sob o rótulo *Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, Oskar von Bülow concebeu o processo como meio ou método de controle da relação processual que permite a positivação do poder estatal por via judicial-decisória, na publicação de 1885, os juízes que, destacadamente, já ocupavam, para o autor, desde 1868, um lugar privilegiado na relação processual de direito público, passaram a estar autorizados a solucionar os conflitos que lhe fossem submetidos por decisões que poderiam colmatar ou contrariar o sentido da lei produzida pelo legislador estatal.

É, nesse sentido, que, aproveitando-se das conjecturas da teoria neoinstitucionalista do processo,⁴ que é adotada como o marco teórico deste escrito, é possível afirmar que, com base no conceito de processo como relação jurídica de direito público, o magistrado assumiu a condição de civil, que é a pessoa responsável por fixar o destino dos agrupamentos humanos.

Tratando-se o processo de um instrumento à disposição dos juízes para o cumprimento dessa especialíssima missão, foi exatamente ele que viabilizou, com o estabelecimento da pandemia do COVID-19, no Brasil, que o Supremo Tribunal Federal pudesse determinar qual dos civis integrantes da administração pública brasileira seria o responsável por eleger as políticas de saúde que deveriam ser adotadas no país, já que foi judicializado o embate instalado entre presidente, governadores e prefeitos.

A hipótese que se objetiva testar neste artigo é a de que, diante dos efeitos da pandemia do COVID-19, no Brasil, a oferta proposicional bülowiana presta-se a instrumentalizar e reproduzir a dominação dos patrimonialmente excluídos pelas autoridades que decidem acerca dos rumos da coletividade, inclusive quanto ao direito à saúde.

Em relação à abordagem do problema do publicismo processual e de seus desdobramentos na operacionalização jurídico-normativa, a pesquisa formalizada adota o método hipotético-dedutivo de Karl Raimund Popper.⁵ Em relação ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

2 A RELAÇÃO JURÍDICA, QUE É “PÚBLICA”, E O SURGIMENTO DA MODERNA CIÊNCIA DO PROCESSO

Por via da obra intitulada *Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*, de 1868, Oskar von Bülow apresentou aos estudiosos da época uma concepção

2 BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

3 BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richtertamt*. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v.10, p.1-43.

4 LEAL, Rosemíro Pereira. *Processo civil e sociedade civil*. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

5 POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999; POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004; POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

de processo em que o juiz assume o lugar de protagonista.⁶ Sendo o processo, ali, uma relação jurídica pública, o interesse do Estado na resolução do conflito toma proporções até então desconsideradas pelos escritos privatísticos sobre o processo.

Ao sintetizar uma interpretação da história do direito romano que lhe permitiu indicar os enganos em que teriam incorrido seus contemporâneos vinculados à pandectística alemã, Oskar von Bülow sustenta, pela análise do que chama pressupostos de existência do processo, que, independentemente da provocação das partes, o julgador estaria autorizado a examinar se teriam sido atendidos os requisitos da regular formação da relação processual, zelando, assim, para que ela estivesse corretamente instalada e, de conseguinte, para que o juiz pudesse decidir sobre o conflito.

Como já destacado em outros escritos,⁷ apesar de Oskar von Bülow ter postergado para 1885 as suas considerações metodológicas de enfrentamento das propostas de operacionalização do direito mais prestigiadas de sua época, já em 1868, deixa entrever os pressupostos estatalizantes de sua leitura, ofertando, dessa forma, apoio doutrinário importante ao aumento do poder da magistratura alemã.

É factível que essa ampliação tenha sido conjecturada, por Oskar von Bülow, como um passo fundamental para que se instalasse um efetivo controle da sociedade pelo Estado, de forma a resolver os problemas decorrentes de uma conflituosidade persistente em que se envolviam as várias regiões de uma Alemanha que ainda permanecia como mera possibilidade, uma vez que a unificação ainda não havia ocorrido.

Entretanto, o que se apresenta mesmo inequívoco pela teorização bülowiana de processo como relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, e, ainda, pela ciência processual que inaugurou,⁸ é que a jurisdição recebe o *status* de tarefa do magistrado, que, sendo um funcionário público especial, assume a missão de controlar a regularidade da relação processual instrumentadora da atividade decisório-estatal assecuratória da justiça

6 Em *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, o autor afirma que o processo trata da função dos oficiais públicos. Por isso é que, embora, no processo, estabeleça-se uma colaboração, tal se dá, unicamente, em razão da vinculação das partes ao juiz. Segundo o autor, “Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma *relación jurídica pública*.” No original: “Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*.” É o que se lê em: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 2.

7 Em 1885, Oskar von Bülow publicou o ensaio intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), no qual radicaliza a imprescindibilidade do papel do juiz no controle de todo o direito vigente, de modo a assumir o magistrado o *status* de agente político a quem se reconhece a possibilidade de prolatar decisões cujo conteúdo não esteja adstrito à legalidade. Sobre a temática, confira a produção de BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und richtertamt*. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10, p. 1-43. Para acessar críticas variadas à teorização bülowiana formalizada em Lei e Magistratura, confira, especialmente, as publicações de LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 45-68; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015, p. 22-27; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte, n. 35, p. 13-25, maio/ago. 2018, p. 16-17; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D’Plácido, 2019, p. 74-78; LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: BIAGGI, Enio Luiz de Carvalho et al. *Violência e intolerância*: quando o sono da razão produz monstros. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 92-96.

8 Na literatura especializada, Oskar von Bülow é apontado como o criador da ciência processual, sobretudo, pelas publicações de MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1992. t. II; TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987; LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t.I.

nos recintos de acerto e realização de direitos.⁹

Assim é que, por via do caráter público do processo, a hierarquia entre juiz (tribunal), autor e réu que caracteriza a relação processual concebida por Oskar von Bülow firma-se de modo inafastável, viabilizando, assim, o exercício do poder jurisdicional do Estado. Conforme, há muito, leciona José Eduardo Carreira Alvim, é o caráter público da relação processual que permite situar o processo bülowiano como:

[...] campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública, que é a função jurisdicional. Às vezes, instaura-se uma demanda para resolver sobre uma relação jurídica material de caráter privado, mas a relação jurídica processual, que se forma para permitir ao juiz prolatar uma sentença, é pública, e, pois, regida pelo direito público, que é o direito processual. [...] Relação jurídica pública é aquela que se caracteriza pelo desequilíbrio entre a posição dos sujeitos, um dos quais nela se apresenta numa posição de superioridade em relação aos demais. No processo, a situação das partes é de sujeição à autoridade do Estado-juiz, pelo que, além de ser ele o campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública (a jurisdição), o Estado dela participa como ente soberano. Por isto, a relação jurídica processual tem o caráter público.¹⁰

É o que se extrai, igualmente, do magistério de Francisco Wildo Lacerda Dantas, para quem a relação processual delineada por Oskar von Bülow é “*de direito público*, porque o processo é instrumento da jurisdição e esta – como já se demonstrou – se revela como uma função pública, cujas normas que a disciplinam são de direito público”.¹¹

Essas lições, que ganharam especial destaque, no Brasil, com a publicação da obra *Instrumentalidade do Processo*, de Cândido Rangel Dinamarco,¹² é que tornam factível a afirmação no sentido de que, sempre que se cogita o processo como uma relação jurídica de direito público, será ele considerado um arsenal técnico-jurídico à disposição dos juizes para a garantia da ordem pública ou da paz social.

3 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO E A CRÍTICA AO PROCESSO BÜLOWIANO COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO

No ensaio *Processo civil e sociedade civil*, o autor da teoria neoinstitucionalista do processo, Rosemiro Pereira Leal, fornece importantes chaves conceituais para as suas diversas proposições, contribuindo, assim, para compreensão e reflexão a respeito das amplas conjecturas formuladas a partir da oferta teórica apresentada à comunidade acadêmica no ano de 1999.¹³

9 Frise-se que as lições de Oskar von Bülow aparecem no núcleo dos escritos de autores influentes da dogmática jurídica brasileira. Cândido Rangel Dinamarco, por amostragem, comentando sobre o processo civil, adota conclusões idênticas àquelas que Oskar von Bülow explicitou em 1885, quando examinou a metodologia do direito. Para o destacado jurista da Escola Paulista de Processo, “Tudo andaria muito bem se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. [...] Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos.” É o que lê em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 21. Sobre a Escola Paulista de Processo, confira, especialmente, a publicação de JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57-62.

10 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 170.

11 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 404.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

13 A teoria neoinstitucionalista do processo foi ofertada à comunidade acadêmica vinte e quatro anos após iniciada a sua construção. É o que se lê em LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 101. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7). Para acessar os conteúdos informativos atuais da teoria neoinstitucionalista do processo, confira, sobretudo, as publicações de LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018; LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Coleção Direito e Justiça); LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7). Sobre as proposições iniciais da teoria neoinstitucionalista do processo, veja: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

No texto referido, o jurista e epistemólogo mineiro enuncia que os escritos da dogmática tradicional do direito processual, que são de matriz bülowiana, compartilham com as modernas abordagens da sociedade civil certos pressupostos que ocultam e reproduzem uma persistente violência histórica. Como elucida Roberta Maia Gresta:

Em suas poucas páginas, o artigo *Processo Civil e sociedade civil* descortina aos estudiosos a possibilidade de compreender o quão escandaloso é persistir, no contexto constitucional instaurado a partir de 1988, na concepção de processo como *instrumento da jurisdição*, voltado para a *pacificação dos conflitos*. Esses conceitos são ainda hoje difundidos amiúde, nos livros de *doutrina* e nas lições dos catedráticos, com aparência de inofensivos ditames de uma técnica processual a ser reverenciada na prática dos tribunais como fruto de uma tradição de séculos.¹⁴

Com a finalidade de examinar tais pressupostos, Rosemiro Pereira Leal começa por indagar o que haveria de comum entre o civil que integra as expressões que dão nome à produção ora examinada e aquele que se apresenta em tantas outras combinações da linguagem cotidiana, tais como guerra civil e engenharia civil.

Buscando o sentido de civil, que atravessa, silenciosamente, todas essas expressões, o autor recorre, por decomposição do significante sobre o qual se detém, aos significados atuais, dados pela língua italiana em razão de suas raízes latinas, de *ci* (aí) e de *villa* (casa), concluindo que, desde as suas origens, civil remete ao patrimonializado, isto é, àquele que ocupa um lugar privilegiado no estabelecimento da ordem coletiva ou, em outros termos, à pessoa que é responsável pela organização de agrupamentos humanos.

Pelas conjecturas que formaliza, Rosemiro Pereira Leal aduz que ao civil opõe-se o *potus*, que é o “errante, tonto, vadio, despossuído”,¹⁵ cujos destinos são fixados pelas decisões ordenadoras do civil – o que explica, aliás, o sentido do substantivo *civilitas*, que é “a ciência de governar, politicar”.¹⁶

Com base nessas considerações, afirma-se o grave equívoco cometido pelos dicionaristas que traduzem *civilis* como cidadão, porque o civil não é o cidadão, sendo este, apenas, o integrante original do povo (*potus*) que, ao abandonar a vida errante, tonta e vadia, passa a habitar na cidade, que é o lugar que lhe foi generosamente dado pelo civil-ordenador.

O cidadão não é, com efeito, um portador inato de liberdade, mas aquele que foi libertado, pelo civil, não somente da errância, mas da desorganização. Por isso é que, de acordo com Rosemiro Pereira Leal, em Roma, “exercer a *potestas* correspondia a ter o povo, cidadanizado ou não, sob comando, porque o libertado não seria livre a tal ponto de ser o libertador de outrem ou de si mesmo”.¹⁷

Isso permite concluir que, pela origem romana do termo, o governo – como imposição da ordem; como administração – é exercido pelos civis e dirigido tanto ao povo adotado (cidadãos) quanto ao povo não adotado (*potus*). Embora a ambos o civil permita um vilejar, ou seja, um “(andar na vila), usar e portar as feitorias civis”,¹⁸ ao *potus*, povo não cidadanizado, resta, apenas, a possibilidade de vagar em tais espaços, porque segue sem um lugar

14 GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 158.

15 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

16 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

17 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

18 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

arquiteticamente edificado para que possa habitar na *villa*, tal qual, hoje, o “morador de rua, favelado, campesino, excluído social”.¹⁹

Conforme aponta Roberta Maia Gresta, a referência aos termos *bios* e *zoé*, que foram utilizados por Rosemiro Pereira Leal logo no início de *Processo civil e sociedade Civil*, indica uma aproximação de suas cogitações com as que foram tratadas por Giorgio Agamben ao examinar a violência histórica que se oculta no direito dos modernos, uma vez que:

[...] no grego, a ideia de *vida* era expressa por meio de dois termos bastante distintos: “*zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bios*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo”. Rememorando Aristóteles, o autor explica que, enquanto a *zoé* se realiza na simples sobrevivência e reprodução (no ambiente do *oikos*), a *bios* é uma vida qualificada, elaborada a partir do uso da linguagem (no ambiente da *pólis*), por meio da qual ser humano estabelece sua relação com outros por meio de noções como bem e mal, justo e injusto.²⁰

Avançando em sua análise, após discorrer sobre as dissidências agambenianas quanto às proposições de Michel Foucault, Roberta Maia Gresta arremata:

É por isso que, em Agamben, o *homo sacer* do Direito Romano arcaico é apresentado como a “formulação política original da imposição do vínculo soberano”. Para ele, a novidade da Modernidade não seria a politização da vida nua, pois esta remontaria à Antiguidade, mas a *peculiaridade de o excepcional decreto de matabilidade incondicionada tornar-se a regra dissimulada em normalidade jurídica*.²¹

Baseando-se nesses esclarecimentos, identifica-se como as conjecturas iniciais expostas no ensaio ora comentado permitem que Rosemiro Pereira Leal conclua que a dogmática tradicional do processo civil, que é reprodutora dos ensinamentos de Oskar von Bülow, contribui para a reafirmação da violência histórica dos civis, porque, encampando a ideia de que o processo é o “o *modo*, o meio, o método, o *instrumento* da jurisdição e da ação dos civis”,²² é viabilizada a ordem dos “patrimonializados, os filantropos milenares que governam, administram, protegem”²³ e sentenciam os cidadãos adotados e não adotados.

A articulação empreendida por Rosemiro Pereira Leal, após críticas ofertadas às obras de autores como Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Karl Marx, Sigmund Freud e Jürgen Habermas, permite que o jurista mineiro afirme, também, que o rotulado processo jurisdicional, que engloba “todas as especialidades do PROCESSO civilizatório como marcha acelerada da *sociedade civil* em várias ritualísticas”,²⁴ é o facilitador da atuação dessa jurisdição em uma zona anômica:

Conclui-se que o mal-estar da civilização registrado por Freud é o desespero (aumento da repressão) contemporâneo (sintoma) da *sociedade civil* em

19 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

20 GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 160.

21 GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro *et al* (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade*: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 161.

22 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

23 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

24 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

ver ameaçados seus padrões civilizatórios e já quase impotentes seus velhos aparelhos ideológicos, provocando-lhe uma preocupante e terrível instabilidade atribuída a uma violência social praticada pelos *vilejantes* que transitam nas *idades* ainda não devidamente cidadanizados (o *potus*). A eliminação do *potus* por uma técnica de abandono mortífera (*processo civil*) vem sendo desenvolvida, em nossos dias, com rótulos de Reforma do Judiciário, Procedimentos Sumaríssimos, Mediação, Tutelas de Urgência, Juizados Especiais, Direito Alternativo, Súmulas Vinculantes, ao resgate, em vão, da imagem da JUSTIÇA dos civilizadores. A camuflagem (velamento) retórica da expressão *civil* é que permite a continuidade do *processo civilizatório* com rótulos já inocentados pelo cotidiano alienante: construção *civil*, engenheiro *civil*, desobediência *civil*, guerra *civil*, polícia *civil*, ação *civil*, direito *civil*, casa *civil*, juízo *civil*, a indicarem que os *CIVIS* decidem e controlam o destino do *potus* mediante disputa de poderes egressa de suas próprias estruturas organizativas.²⁵

Por tudo isso, focando o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, não é possível atribuir a um mero acaso a determinação constante do seu art. 16, no sentido de que a “jurisdição civil é exercida pelos juizes”.²⁶ Na Lei nº 13.105/15 e em toda a legislação processual brasileira, a jurisdição dos civis é responsável pela manutenção da ordem pública, da segurança jurídica, da paz social e da justiça, não se podendo desconsiderar, para que tal se implemente, a missão judiciária de busca permanente pela realização de escopos metajurídicos da nação.

A assimilação expressa pelo Código de Processo, que é Civil, bem como pelas demais leis processuais vigentes no Brasil, de pressupostos que ocultam e reproduzem uma persistente violência histórica no recinto de operacionalização do direito, ratifica que o “mais perverso legado deixado pela proposta daquele que é considerado o criador da ciência do processo, com efeito, foi o seu pano de fundo jurisdicionalista”.²⁷

Esse é que, ainda hoje, situa os juizes como civis que, por via do processo, estabelecem o destino dos despatrimonializados de modo solipsista e infiscalizável, a despeito da superação do paradigma jurídico do Estado Social e, de conseguinte, da ressemantização que sofreram a “dicotomia público/privado e a racionalidade do ordenamento jurídico”,²⁸ desde o advento do Estado Democrático de Direito no Brasil, que se deu em 1988.

4 O PÚBLICO E O CIVIL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Consideradas as interfaces entre jurisdição, processo e civilidade, é de se examinar, ainda, um desdobramento das conjecturas lançadas em *Processo civil e sociedade civil* que não foi abordado no referido ensaio. Adotando-se um enfoque semelhante àquele que orienta *Processo civil e sociedade civil*, é possível propor correlações importantes entre os sentidos de civil estampado no escrito de Rosemiro Pereira Leal e de outro significativo empregado pela dogmática jurídica: o público.

Trata-se de um termo que, como o civil, é muito presente na literatura especializada, que alude, de modo persistente, a ministério *público*, defensoria *pública*, ação civil pública,

25 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

26 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 mar. 2015.

27 LEAL, André; THIBAU, Vinicius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 35, p. 13-25, maio/ago. 2018, p. 17.

28 CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. In: *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010, p. 223.

patrimônio público, cofres públicos e ordem pública, dentre outros significantes que adotem o público como referencial. Em todas essas expressões, o público assume um *locus* especial e parece sempre apontar para aquilo que advém do civil-patrimonializado ou para o que assegura as condições de produção e de reprodução de decisões condutoras da coletividade.

Quando se examina, por amostragem, a ação civil pública criada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985,²⁹ vê-se, logo em seu art. 5º, em que são elencados os legitimados à instauração procedimental, que somente estão autorizados a manejar regularmente o procedimento ali previsto os que estejam diretamente vinculados às tarefas públicas (o ministério público, a defensoria pública, a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, bem como outras pessoas jurídicas de direito público) ou organizados de acordo com a ordem pré-instituída pelos civis (associações). Não se admite a instauração da ação civil pública por qualquer um do povo, uma vez que apenas se consideram aptos para tanto os que estão comprometidos, direta ou indiretamente, com uma missão pública.

O que poderia falsear a conjectura que aqui se apresenta é a ressalva, disposta na própria Lei da Ação Civil Pública, de que os bens ali listados também podem ser protegidos por meio da ação popular (art. 1º da Lei nº 7.347/85). É de se considerar, no entanto, que o modelo procedimental previsto pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965,³⁰ cujo sedutor rótulo daria a entender que ao povo seria reservada a instauração procedimental, restringe expressamente tal autorização, fazendo-o pela afirmativa de que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação de atos que coloquem em risco, dentre outros, os cofres públicos ou o patrimônio público (art. 1º, § 1º).

Nesse sentido, a intitulada ação popular só é dada a uma parcela do povo, ou seja, àquela fração que tenha sido cidadanizada, deixando de ser *potus*, ao menos no aspecto do controle de sua existência pelo civil, já que, à instauração procedimental, é exigida prova da cidadania pela exibição do título de eleitor (art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/65).

Em outros termos, o não portador do título de eleitor, o povo excluído de qualquer catalogação ou reconhecimento pelo civil, inclusive quem não tenha se submetido ao registro civil, que é requisito legal à obtenção do título eleitoral, não estaria sequer apto a convocar a jurisdição dos civis para assegurar a incolumidade de um patrimônio – o público – que, não obstante, permanece à disposição desse mesmo civil para a reprodução da ordem instalada.

O que se busca, pela ação popular, portanto, não é a defesa do *potus*, mas evitar desvios patrimoniais que pudessem embarçar a reprodução da violência instalada pelos civis e colocar em risco a possibilidade de governar, isto é, o livre manejar dos conteúdos dos cofres públicos para assegurar o controle do *potus* e do cidadão.

O mesmo também se colhe do denominado Estatuto da Cidade, que, já em suas diretrizes gerais, explicita que a lei que o institui estabelece normas de ordem pública e que visam a assegurar que o uso da propriedade urbana dê-se em prol do bem coletivo e do bem estar dos cidadãos. Na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001,³¹ a explícita violência imposta ao *potus* surge nos arts. 9º e 10, que regulamentam a usucapião coletiva.

Em sua redação original, o texto da Lei nº 10.257/2001 empregava a expressão população de baixa renda, quando tratava das pessoas que poderiam ser beneficiadas pela

29 BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 jul. 1985.

30 BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 jun. 1965.

31 BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jul. 2001.

espécie de aquisição abordada. A alusão realizada pela lei em exame não encampava o cidadão ou o civil, mas tão só à população, o *potus*.

É certo que, pela nova redação ofertada ao Estatuto da Cidade pela Lei nº 13.465, de 12 de julho de 2017,³² a expressão população de baixa renda foi substituída por núcleos urbanos informais. Contudo, tal não foi suficiente para ocultar o direcionamento do olhar normativo do civil-parlamentar, que permaneceu situando o *potus* como o destinatário das regras da usucapião coletiva.

Isso porque, por essa, é almejada a cidadanização por via de regras jurídicas que deferem ao *potus*, como fixo e próprio, um lugar na cidade que ele apenas ocupava, em que ele só existia como zoé, como vida nua. Para que esse reconhecimento ocorra, porém, é indispensável que o *potus* demonstre, em primeiro lugar, a sua condição de despossuído, pois aqueles que queiram se habilitar à aquisição imobiliária não poderão ser proprietários de outro imóvel urbano ou rural (art. 10 da Lei nº 10.257/2001). Deve o *potus* provar, ainda, que permaneceu nos núcleos urbanos informais por mais de cinco anos, sem que lhe tenha sido exigida, formalmente, a desocupação da área.

Caso consiga demonstrar o acatamento de tais requisitos, será atribuído ao *potus*, pela jurisdição do civil, o nobre título de condômino. O *potus* passa, assim, a ser como um cidadão, porque assumindo o *status* de condômino, tem um *domus*, uma casa. Finalmente alojado na língua jurídica do civil, recebe o *potus* uma espécie de prêmio por sua sobrevivência resignada, por demonstrar que desistiu da vida errante, tonta e vadia, sem que a isso se opusesse aquele que, até então, era proprietário do terreno.

Por decisão judicial, com efeito, o *potus* é declarado, publicamente, adotado pelo civil, de modo que o pronunciamento do juiz certifica o mérito do auto-confinamento do *potus* à área ou edificação usucapida, que, não obstante tenha que ser urbana para que possa ser adquirida por usucapião (art. 9º da Lei nº 10.257/2001), pode se sujeitar à urbanização posterior, hipótese em que será facultada a extinção do condomínio (art. 10, § 4º, da Lei nº 10.257/2001).

Com isso, revela-se, de novo, o sem-lugar em que o *potus* vive,³³ que é um *locus* urbano que, paradoxalmente, pode nunca ter sido urbanizado. No território brasileiro, aliás, isso não se erige como uma novidade, uma vez que, segundo anunciou Edésio Fernandes, referindo-se a informações colhidas no ano de 2006:

[...] 26 milhões dos brasileiros que vivem em áreas urbanas não têm água em casa; 14 milhões não são atendidos por sistema de coleta de lixo; 83 milhões não estão conectados a sistema de saneamento; e 70% do esgoto coletado não é tratado, mas jogado em estado bruto na natureza. Mais de 50 milhões de brasileiros têm andado da casa para o trabalho, por não poderem arcar com os custos do deslocamento por transporte coletivo; um

32 BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis ns. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 jul. 2017.

33 A respeito desse lugar a que se poderia chamar de campo e sua relação com a vida nua, confira os escritos de AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: poder soberano e vida nua I*. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010; AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

percentual crescente de pessoas tem dormido na rua, mesmo tendo casas, para não terem que arcar seja com os custos do transporte, seja com o longo tempo de deslocamento até o trabalho e o risco de demissão no caso do atraso. O déficit habitacional em áreas urbanas foi recentemente estimado em 7,2 milhões de unidades no país, sendo que o número de imóveis vazios nessas áreas foi calculado em cerca de 5 milhões de unidades. Em suma, o país está enfrentando uma profunda, e crescente, crise urbana.³⁴

De conseguinte, é possível afirmar que, pela decisão judicial, o *potus* passa a estar exatamente ali onde o civil determina que ele deva permanecer, perpetuando-se, assim, a ordem pública e a paz social. O processo, por sua vez, concebido como uma relação jurídica de direito público e instrumento da jurisdição civil, atua, também aqui, de modo exemplar, em favor da implementação das exigências civilizatórias.

5 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM TEMPOS PANDÊMICOS

O que até aqui se expôs acerca das imbricações entre o civil e o público, com o auxílio da teoria neoinstitucionalista do processo, torna patente que a assimilação dos pressupostos bülowianos de 1868 e de 1885 pelos estudos que deram continuidade à ciência comprometida com a publicização do processo viabilizou o desenvolvimento de uma silenciosa tecnologia de controle e de sacerização da vida.³⁵

Insta, agora, examinar como essa tecnologia pública e instrumentalizadora da jurisdição – o processo como relação jurídica – foi utilizada, no Brasil, com o estabelecimento da pandemia do COVID-19.

Como exaustivamente noticiado, logo que a Organização Mundial da Saúde recomendou o denominado isolamento social como meio eficaz de se evitar a propagação do vírus, instalou-se, no Brasil, uma disputa acerca de quais seriam os caminhos a adotar. Enquanto o presidente do país colocava-se absolutamente contrário à interrupção radical da prestação de várias espécies de serviços e ao fechamento generalizado do comércio e de unidades industriais, alguns governadores e prefeitos anunciavam a sua adesão às rigorosas recomendações da OMS.

A questão, portanto, era saber qual seria a política pública que deveria ser estabelecida. Entre os civis, inaugurou-se um embate em torno de como conduzir a coletividade e, ao analisar a querela, sem, no entanto, fixar, explicitamente, as correlações entre o civil e o público que aqui se apontam e se sustentam, Rosemiro Pereira Leal, em ensaio denominado *Processo e tecnologia*: entre logística e lógica em tempos de pandemia, observou que:

As contradições de orientação e governabilidade da população cresciam de complexidade na medida em que aumentava o trauma nacional ante várias perspectivas que dirigentes e figuras políticas de alto e baixo escalão do poder público já ensaiavam uma disputa ideológica e partidária para avaliar as repercussões sociais e econômicas da *crise pandêmica* com diagnósticos ao sabor das simpatias que pudessem atrair a imprensa jornalística e televisiva em notícias que ainda mais aprofundavam as divergências e desencontro das falas e iniciativas de políticos, administradores, empresários, cientistas, médicos em suas inúmeras especialidades. O povo continuou a ser um

34 FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4.

35 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: poder soberano e vida nua I*. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

meio (AGAMBEN 2015) fecundo de plantio eleitoreiro a produzir opiniões em consonância com a mídia mais opulenta ou em coro com a multidão de blogueiros que se expandira pelo país.³⁶

O que se fixou, nos momentos iniciais das repercussões pandêmicas no Brasil, logo, foi uma disputa acerca da política pública a ser adotada pelo civil, sendo de se registrar que, qualquer que fosse ela, o objetivo a ser alcançado era tão somente um: proteger o próprio civil e o cidadão contra os malefícios que a pandemia do COVID-19 poderia causar às pessoas que habitam os lugares civilizados da cidade.

Por isso, em relação ao *potus*, que jamais foi beneficiário desses locais, a política pública a ser adotada não poderia ser a mesma. Para o povo, que, desde sempre, está isolado do civil e de seus adotados quanto à implementação das condições necessárias à fruição de uma vida livre e digna, optou-se pelo incremento de um assistencialismo de índole socializante, que se apresenta muito eficaz ao permanente adiamento da instalação de expedientes destinados à inclusão do *potus* na construção de seu próprio destino.

Assim é que, mais uma vez, o povo viu-se aprisionado pelas armadilhas advindas dos “projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social [...]”.³⁷ Como esclarece o autor da teoria neoinstitucionalista do processo, em meio ao embate instalado entre os civis:

O povo, principalmente a população de baixa renda, subutilizados, ambulantes, desempregados que não tinham sequer condições de habitação condizente a um isolamento digno e prolongado, passaram a viver pela assistência e caridade pública (doações de cestas básicas) no aguardo de anunciados planos governamentais de emergência de complexa burocratização e tímida provisão financeira aos desvalidos que só emergiram da invisibilidade ante o impacto da *pandemia* que colocava em risco a população em sua totalidade absoluta, inclusive populações indígenas.³⁸

A questão que se apresentava, de conseguinte, era saber qual política pública deveria ser escolhida para proteger a vida que interessava. Uma solução que emergiu, não por acaso, da utilização de um instrumento que foi criado e desenvolvido exatamente para permitir que os civis estivessem sempre no controle, proferindo decisões até mesmo relativas às controvérsias que pudessem eclodir em um recinto somente ocupado pelos próprios civis: o processo civil de matriz bülowiana.

O processo civil, com todo o seu aparato tecnológico instrumentador da jurisdição civil exercida pelo Supremo Tribunal Federal, foi que assegurou a manutenção da ordem pública pela pedagógica atuação de um ministro,³⁹ pois, a partir da instauração processual, é que o Tribunal, assumindo a sua função de guardião da constitucionalidade, definiu a disputa

36 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e tecnologia: entre logística e lógica em tempos de pandemia. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Orgs.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 287-288.

37 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 144. v. II.

38 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e tecnologia: entre logística e lógica em tempos de pandemia. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Orgs.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 289.

39 A decisão liminar proferida pelo ministro Alexandre de Moraes, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 – Distrito Federal, que traçou as diretrizes iniciais da resolução do problema, é, aliás, explícita quanto à função da jurisdição civil. Em trecho de seu pronunciamento judicial, o ministro transcreve afirmação do ministro Marco Aurélio Melo, que, na ADI 6341, alude ao campo pedagógico da atuação do Supremo Tribunal Federal. É o que se lê em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 abr. 2020.

que se instalou entre os civis da atividade governativa brasileira (presidente, governadores e prefeitos) a respeito de quem deveria determinar as políticas de saúde atinentes ao chamado isolamento social, durante o período em que atuar a pandemia do COVID-19 no Brasil.

Como se vê, essas políticas nunca deixaram de ser públicas, no exato sentido que, neste escrito, foi abordado.

6 CONCLUSÃO

O estabelecimento da pandemia do COVID-19, no Brasil, explicitou, novamente, as matrizes publicísticas do processo civil. Desde que teorizado como uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, o processo cumpre, com esmero, a sua função de instrumentalizar o exercício do poder pela jurisdição, propiciando o desenvolvimento de uma silenciosa tecnologia de controle e de sacerização da vida.

Focado o direito da saúde em tempos pandêmicos, o processo concebido por Oskar von Bülow, cujas lições, ainda hoje, são elogiadas e reproduzidas por inúmeros juristas, possibilitou que o juiz representante do público reforçasse a sua condição de civil e, assim, permanecesse a decidir o destino dos agrupamentos humanos no cumprimento irrestrito de seu dever pedagógico.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: poder soberano e vida nua I*. Tradução de Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 jun. 1965.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richtertamt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10, p. 1-43.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1992. t. II.

CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. In: *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRESTA, Roberta Maia. Uma leitura de processo civil e sociedade civil: chaves de compreensão para a construção processualizada da sociedade democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Orgs.). *Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 157-180.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte, n. 35, p.13-25, maio/ago. 2018.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Orgs.). *Processo como democracia na*

contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 69-96.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo*: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. *Virtuajus*: Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e tecnologia: entre logística e lógica em tempos de pandemia. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Orgs.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 287-295.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 14. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. (Coleção Direito e Justiça).

LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: BIAGGI, Enio Luiz de Carvalho *et al.* *Violência e intolerância*: quando o sono da razão produz monstros. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 87-100.

MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo*: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

AS CLÁUSULAS MULTI-ETAPAS E HÍBRIDAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO SOLUÇÃO PARA TEMPOS DE INCERTEZAS: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO¹

Daniel Brantes Ferreira

Pós-Doutor em Direito Processual Civil pela UERJ. Doutor em Direito pela PUC-Rio. Vice-Presidente de Assuntos Acadêmicos do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Editor-Chefe da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR). Professor de Direito da UCAM, EMERJ e AMBRA University. Pesquisador do The Baldy Center for Law & Social Policy (University at Buffalo Law School). Advogado e árbitro.

Cristiane Junqueira Giovannini

Doutora em Administração de Empresas pela PUC-Rio. Pesquisadora Associada do Núcleo de Pesquisa em Negócios Internacionais (NUPIN). Consultora em Marketing Digital e Estratégia de Marketing.

Sumário: 1 Introdução; 2 Melhores práticas na elaboração de cláusulas de solução de disputas; 3 As cláusulas híbridas no Brasil; 4 AAA (Arbitragem Doméstica nos EUA) e AAA-ICDR (Arbitragem Internacional) – Mediação e Arbitragem; 5 ARB-MED-ARB e o protocolo AMA do SIAC-SIMC; 6 Outras experiências internacionais; 6.1 Austrália; 6.2 Câmara de Comércio de Estocolmo (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce - SCC*); 7 Conclusão; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.366-376, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

As partes dentro do sistema multiportas podem optar por distintos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Tais mecanismos são compostos por variadas modalidades autônomas tais como negociação, mediação, *early neutral evaluation*, *mini-trial*, e como último recurso a forma heterônoma de solução de conflitos que é a arbitragem. Nesta o árbitro, um terceiro imparcial e independente, prolata uma sentença que em regra é final e vinculante.

A arbitragem nasce do exercício da autonomia (assim como as outras formas alternativas de solução de conflito) da vontade das partes que optam por inserir uma convenção arbitral (cláusula compromissória) em seu contrato. Por sua vez, uma cláusula contratual de solução de disputas que prevê a utilização de vários mecanismos distintos é denominada de cláusula escalonada ou cláusula multi-etapas (*multi-tiered* ou *multi-step dispute resolution clause*). Já uma cláusula de solução de disputas híbrida prescreve apenas uma etapa prévia (em regra a mediação) à instauração da arbitragem (por exemplo, a cláusula med-arb).

No entanto, a flexibilidade extraída da autonomia da vontade das partes e a busca das instituições de soluções de disputas para oferecerem serviços que se adequem cada vez mais aos complexos conflitos e a partes cada vez mais exigentes (e muitas vezes múltiplas partes em um mesmo procedimento) tem acarretado no surgimento de novas modalidades de solução de conflitos principalmente na seara internacional.

Além disso, em tempos de grave crise econômica causada pela COVID-19 a solução célere dos conflitos tornou-se essencial. As partes aprenderam que as formas autônomas de solução de conflitos, tais como negociação e mediação, podem dar uma resposta mais imediata e necessária em tempos incertos. Portanto, quem possuía cláusulas híbridas ou escalonadas em seus contratos sem dúvida fez bom uso da negociação ou mediação. Em suma, a sociedade se conscientiza cada vez mais da importância da mediação.

O artigo possui como objetivo geral analisar a aplicação e utilização das cláusulas híbridas e escalonadas no Brasil e no mundo. Além disso, temos os seguintes objetivos específicos: 1. Demonstrar as melhores práticas na elaboração de cláusulas de solução de disputas; 2. Analisar o status da utilização das cláusulas híbridas no Brasil; 3. Analisar duas modalidades de solução de conflitos utilizadas na arbitragem e mediação internacional pelo *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* conjuntamente com o *Singapore International Mediation Centre (SIMC)*² e pela *American Arbitration Association (AAA)* e, principalmente, de seu braço internacional a *American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution (AAA-ICDR)*. 4. Analisar as experiências da Austrália e do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (*SCC - Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*).

Utilizamos no artigo apenas fontes de consulta primárias e uma abordagem teórico-prática uma vez que consultamos artigos científicos, manuais sobre a temática e regulamentos de arbitragem e mediação de instituições nacionais e internacionais.

Em suma, como hipótese tratamos de observar experiências internacionais relevantes na utilização das cláusulas híbridas ou escalonadas para concluirmos sobre suas funcionalidades. Portanto, o trabalho possui um viés de direito comparado. O recorte metodológico, por sua vez, quedou-se na análise das cláusulas de solução de conflitos híbridas e escalonadas no Brasil e nos países mencionados.

² O SIAC/SIMC tem aplicado a modalidade denominada ARB-MED-ARB (AMA Protocol) e a AAA-ICDR tem aplicado a mediação concorrente, e não prévia, com a arbitragem. O AMA Protocol pode ser baixado no próprio site da SIMC. Vide: <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

2 MELHORES PRÁTICAS NA ELABORAÇÃO DE CLÁUSULAS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

A convenção de arbitragem, que possui como requisito essencial a forma escrita, é gênero que se subdivide em duas espécies (art. 3º da Lei 9.307/96): cláusula compromissória (art. 4º da Lei 9.307/96) e compromisso arbitral. A cláusula compromissória é estabelecida em contrato com a finalidade de selecionar a modalidade de solução de uma disputa futura e incerta (ou seja, a disputa ainda não surgiu). O compromisso arbitral (art. 9º da Lei 9.307/96) somente será necessário caso as partes não tendo estipulado uma cláusula compromissória em contrato optem, após a deflagração do conflito, pela via arbitral (podendo também optarem por uma modalidade escalonada ou híbrida tal como a neg-med-arb ou med-arb). O compromisso arbitral também possui a função de complementação ou esclarecimento de uma cláusula compromissória em branco (que não estipula principalmente a forma de nomeação do árbitro ou tribunal arbitral) ou patológica (defeituosa) podendo ser judicial (art. 6º e 7º da Lei 9.30-7/96) ou extrajudicial.

A cláusula compromissória, nos termos do art. 8º da Lei de Arbitragem, é autônoma³ em relação ao contrato subjacente (trata-se da doutrina da separabilidade).⁴ Ou seja, o contrato poderá ser nulo ou anulável que a via escolhida para solução da disputa continuará prevalecendo.

Uma convenção de arbitragem mal elaborada pode ter consequências financeiras graves e pode acarretar dispêndio de tempo valioso.

Por sua vez, uma cláusula compromissória bem elaborada deve possuir as seguintes características: 1. Possuir clareza quanto a solução de disputa escolhida; 2. Especificar o local da arbitragem; 3. Especificar a lei aplicável; 4. Versar sobre a qualificação exigida dos árbitros e sobre a forma de nomeação; 5. Especificar a língua que será utilizada no procedimento arbitral; 6. Afirmar se haverá confidencialidade e, em caso afirmativo, se esta será integral ou parcial; 7. Especificar o escopo de competência dos árbitros, ou seja, que questões deverão ser decididas na arbitragem. São as chamadas *carve-out clauses* onde as partes decidem encaminhar certos tipos de disputa ao Judiciário e outras disputas ao tribunal arbitral limitando assim a competência dos árbitros na convenção arbitral.⁵

As partes sempre poderão fazer a escolha mais segura que é optar pelas cláusulas compromissórias modelo (padrão) de provedores de arbitragem conceituados nacionais e internacionais. Todos possuem modelos de cláusulas compromissórias suscintos que fazem remissão às suas próprias regras procedimentais.⁶ No entanto, cabe às partes, ou ao menos

3 O tema já foi analisado pelo STJ, vejamos: Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória - em não se tratando de contrato de adesão -, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam. (STJ, REsp 1569422/RJ, Terceira Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 20.05.2016).

4 A Corte de Cassação francesa afirmou a doutrina da separabilidade pela primeira vez em 1963 ao afirmar, no caso conhecido como Gosset, que em matéria de arbitragem internacional o compromisso arbitral firmado em apartado ou inserido em contrato a que se refere gozará sempre de completa autonomia jurídica, exceto em circunstâncias que possam afetar sua própria validade. (Cour de Cassation, Primeira Câmara Civil, 7 de maio de 1963, Publicação nº 246, Caso Gosset). De acordo com esse princípio da *autonomie juridique* ou de *rattachement* sustentado pelas cortes francesas a validade da cláusula compromissória é independente de qualquer lei nacional e baseia-se em regras internacionais independentes substantivas e materiais. Ou seja, fazem uma interpretação bem extensiva para a autonomia da cláusula compromissória.

5 As partes podem também fazer uso das *Carve-out Clauses* onde há uma grande diversidade de tipos de disputas oriundas de um mesmo contrato. Tal cláusula terá a função de separar uma disputa do procedimento de resolução de disputas principal lidando com esta de forma diferenciada e individualizada. A forma mais comum de cláusula *carve-out* (que significa esculpir) é a cláusula de determinação de perito (*Expert determination*). Na *expert determination* as partes nomeiam perito para decidir sobre questões previamente definidas. A decisão do expert não é executável tal como a sentença arbitral, no entanto, geralmente gera obrigação contratual entre as partes que deverão cumpri-la.

6 Vide, por exemplo, a cláusula padrão de arbitragem da CCI (Câmara de Comércio Internacional): Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

ao representante legal delas, conhecer o regulamento de arbitragem e de outras formas de solução de conflitos para assim fazer uma escolha informada do provedor de ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Uma escolha equivocada pode aumentar consideravelmente o custo do procedimento. Mesmo fazendo uso de uma cláusula padrão as partes são livres para adaptá-la levando em conta as particularidades do conflito.⁷

Ao pactuarem uma cláusula de solução de disputas híbrida ou escalonada as partes devem ser ainda mais cautelosas. Uma cláusula escalonada típica requer que as partes realizem, de forma prévia à arbitragem, discussões amigáveis (negociação), seguida de uma mediação ou outra modalidade de ADR e, por último, culminando na arbitragem.

Como principais vantagens da utilização das cláusulas escalonadas temos, por exemplo:

1. Menor custo e maior celeridade do que recorrer diretamente a um procedimento arbitral; 2. A possibilidade de solução de conflito através de mecanismos autônomos (mecanismos não adversariais). 3. O formato de solução de conflitos por camadas ou etapas pode prover uma etapa que seja mais adequada para solução de conflitos complexos; 4. A mediação, etapa prévia da arbitragem, também é confidencial e geralmente realizada por profissional distinto do árbitro, ou seja, as informações ali reveladas não serão de conhecimento do árbitro caso as partes não alcancem um acordo; 5. As várias etapas possibilitam as partes refletirem sobre os fatos que geraram a disputa (*contractual cooling-off period*) e assim alcançam uma visão mais realista sobre uma possível solução mesmo que seja na arbitragem; 6. As várias etapas podem gerar maior *rapport* entre as partes e, por conseguinte, uma melhor relação.⁸ Isso se torna essencial se as partes possuem uma relação comercial continuada que desejam preservar.

As principais desvantagens do uso das cláusulas escalonadas surgem quando estas são elaboradas de forma equivocada.⁹ As etapas previstas devem, portanto, ser elaboradas de forma detalhada e clara para que possibilitem a efetivação de um acordo. Além disso, quando as partes estão entrincheiradas em suas posições negociais e não há possibilidade de acordo as etapas de negociação e mediação podem significar dispêndio desnecessário de tempo e, portanto, recursos.

Para evitar atrasos desnecessários na solução do conflito as partes devem idealmente especificar o período de cada fase prévia à arbitragem (por exemplo, a mediação durará 6 semanas e, não sendo possível o acordo, terá início a arbitragem).¹⁰ Portanto, sendo ineficiente a mediação, por exemplo, ao final do período estipulado a disputa será automaticamente encaminhada para a arbitragem (a não ser que ocorra acordo entre as partes para continuarem naquela etapa).

7 Vide, por exemplo, recomendação do regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI: As partes são livres para adaptar a cláusula de acordo com as circunstâncias particulares. Por exemplo, podem querer estipular o número de árbitros, uma vez que o Regulamento de Arbitragem contém uma presunção em favor de um árbitro único. Pode ser desejável, também, que as partes estipulem o idioma e a sede da arbitragem e a lei aplicável ao mérito do litígio. O Regulamento de Arbitragem não limita a liberdade de escolha das partes quanto ao idioma e sede da arbitragem e à lei aplicável ao contrato. A adaptação da cláusula deve ser feita com cuidado, a fim de evitar qualquer risco de ambiguidade. Cláusulas com textos ambíguos causam insegurança e atrasos e podem prejudicar, ou até mesmo comprometer, o processo de resolução de litígio. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

8 TOMIC, Katarina. Multi-tiered dispute resolution clauses: Benefits and drawbacks. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, p. 360-370.

9 Em regra, o equívoco na elaboração da cláusula não ocorre quando as partes recorrem a serviços de solução de conflitos de instituições reconhecidas. A American Arbitration Association – AAA, por exemplo, disponibiliza um guia prático de elaboração de cláusulas de solução de disputas. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020. Para um ranking das instituições de arbitragem reconhecidas no Brasil vide: <https://www.leadersleague.com/pt/rankings/resolucao-de-conflitos-ranking-2020-camaras-de-arbitragem-brasil>. Acesso em: 26 jun. 2020.

10 A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) enuncia em seu art. 22, I, que as partes deverão estipular prazo mínimo e máximo para realização da primeira reunião de mediação. No entanto não estabelece o tempo de duração do procedimento de mediação que fica, portanto, ao alvitre das partes.

3 AS CLÁUSULAS HÍBRIDAS NO BRASIL

As cláusulas de solução de conflitos híbridas (med-arb) já são amplamente aplicadas pelos principais provedores de arbitragem do Brasil tais como CAM-CCBC¹¹, CAMARB¹² e CBMA.¹³

O art. 23 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) versa especificamente sobre a cláusula híbrida de solução de conflitos, ou seja, nesta hipótese o árbitro ou o magistrado deverão suspender a arbitragem ou a ação judicial até o implemento da mediação com exceção da prática de medidas urgentes (parágrafo único do mesmo dispositivo e art. 300 do CPC). O art. 29 da Lei de Mediação, por sua vez, incentiva a mediação isentando as partes das custas finais se o conflito for solucionado antes da citação do réu.

Ressalte-se que a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) veda expressamente a atuação do mediador como árbitro no mesmo procedimento (art. 7º) em prol da confidencialidade uma vez que, nos termos do *caput* do art. 30 da Lei 13.140/2015, as informações relativas ao procedimento de mediação não poderão ser reveladas em procedimento arbitral salvo consentimento das partes. Em outros países, em regra, apenas não se recomenda a atuação do mediador como árbitro, porém, não há vedação legal. Por vezes há até incentivo legal para tal atuação como na Lei de Arbitragem Doméstica de Singapura.¹⁴

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) não menciona a mediação, porém, em seu art. 21 § 4º afirma que o árbitro deverá tentar a conciliação das partes no início do procedimento. Caso tal acordo ocorra o árbitro ou tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, registrar o acordo por sentença arbitral, ou seja, homologará o acordo por sentença arbitral nos termos do art. 28 da Lei de Arbitragem.

Importante frisar que mesmo na homologação de acordo por sentença o árbitro deverá respeitar os limites estabelecidos para sua atuação na convenção arbitral bem como tal sentença deverá conter os requisitos obrigatórios da sentença arbitral estabelecidos no art. 26 da Lei de Arbitragem. O acordo poderá ser parcial, homologando-se por sentença apenas o quanto ajustado consensualmente, prosseguindo-se ao procedimento para a solução do restante do conflito.

Alguns autores consideram a tentativa de conciliação obrigatória sob pena de nulidade do procedimento arbitral.¹⁵ Apesar do entendimento consideramos que a conciliação é mera sugestão legal ao árbitro, portanto, fica ao alvitre de seu julgamento de conveniência.¹⁶

11 Vide modelo de cláusula escalonada da CAM-CCBC em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

12 Vide modelo de cláusula escalonada da CAMARB em: <http://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

13 Vide modelo de cláusula escalonada do CBMA em: http://www.cbma.com.br/clausula_comprom_arb_1. Acesso em: 26 jun. 2020.

14 Vide, por exemplo, a Lei de Arbitragem Doméstica de Singapura de 2002 (Arbitration Act) que em sua Section 63 autoriza expressamente o árbitro a atuar como mediador caso nenhuma das partes tenha manifestado contrariedade. De outra sorte, também não há objeção, nos termos da Section 63 (4) que o mediador se torne árbitro. Consoante a Section 63 (3) o árbitro poderá inclusive revelar as informações que considerar relevantes obtidas no procedimento de mediação no procedimento arbitral. Vejamos a Section 63 do Singapore Arbitration Act (Chapter 10): Power of arbitrator to act as mediator - 63.—(1) If all parties to any arbitral proceedings consent in writing and for so long as no party has withdrawn his consent in writing, an arbitrator may act as a mediator. (2) An arbitrator acting as a mediator — (a) may communicate with the parties to the arbitral proceedings collectively or separately; and (b) shall treat information obtained by him from a party to the arbitral proceedings as confidential, unless that party otherwise agrees or unless subsection (3) applies. (3) Where confidential information is obtained by an arbitrator from a party to the arbitral proceedings during mediation proceedings and those proceedings terminate without the parties reaching agreement in settlement of their dispute, the arbitrator shall before resuming the arbitral proceedings disclose to all other parties to the arbitral proceedings as much of that information as he considers material to the arbitral proceedings. (4) No objection shall be taken to the conduct of arbitral proceedings by a person solely on the ground that that person had acted previously as a mediator in accordance with this section; (5) For the purposes of this section and section 62 — (a) any reference to a mediator shall include a reference to any person who acts as a conciliator; (b) any reference to mediation proceedings shall include a reference to conciliation proceedings. Disponível em: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001?ProvlDs=P1X-#pr63->. Acesso em: 20 jul. 2020.

15 Aponta Scavone que em interpretação sistemática, pensamos que a ausência da tentativa de conciliação pelo árbitro implicará nulidade do procedimento arbitral, desde que a parte que pretenda alegar o vício tenha se insurgido na primeira oportunidade que tiver para falar, nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem. (SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.146).

16 Carmona, acertadamente, discorda de tal posição e afirma que apesar da forma imperativa adotada pelo legislador (competirá ao árbitro tentar a conciliação), deve-se ler o §4º em tela como mera sugestão ao árbitro, que pode segui-la ou não de acordo com o que julgar conveniente. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 303).

A flexibilidade do procedimento arbitral e o controle pleno do árbitro sobre ele nos faz interpretar a tentativa de conciliação como mera sugestão. Nesse sentido, os regulamentos dos órgãos arbitrais nacionais concedem liberdade ao tribunal arbitral na tentativa de conciliação.¹⁸

Portanto, devido a legislação vigente em nosso país, ao incentivo do STJ à arbitragem¹⁹ e às outras formas extrajudiciais de solução de conflitos, aos regulamentos dos principais provedores de solução de conflitos e em observância ao preâmbulo da CFRFB/88 (que expressamente menciona que o Brasil possui como primado a solução pacífica das controvérsias) podemos afirmar que as formas híbridas e escalonadas de solução de conflitos já possuem aplicação notória em nosso país. A tendência é de crescimento por se tratar de formas mais eficientes, seguras e menos onerosas.

4 AAA (ARBITRAGEM DOMÉSTICA NOS EUA) E AAA-ICDR (ARBITRAGEM INTERNACIONAL) – MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CONCORRENTES

Em 01 de outubro de 2013, a *American Arbitration Association – AAA* incluiu em seus regulamentos de arbitragem comercial e de arbitragem no setor de construção civil a *Rule 9*²⁰ e a *Rule 10*²¹ respectivamente. Em breves linhas, incluiu a realização da mediação obrigatória de forma concorrente ao procedimento arbitral (para casos com valor em disputa superiores a U\$ 75.000 na arbitragem comercial e U\$ 100.000 para casos de construção civil). Contudo, há a possibilidade de as partes optarem pela não aplicação de tal regra (*opt out*) notificando previamente a instituição e a outra parte. A *Rule 9* e *Rule 10* ressalvam que o mediador não poderá ser indicado também como árbitro para o caso.

Tal regra foi estendida para a arbitragem comercial internacional com a inserção do *Article 5*²² no regulamento da AAA-ICDR (braço internacional da AAA fundado em 1996) em 01 de junho de 2014 que traz a mesma dinâmica praticada na arbitragem doméstica.

A principal vantagem de a mediação transcorrer paralelamente ao procedimento arbitral é o fato de evitar atrasos no procedimento uma vez que o mediador pode ser nomeado de forma célere sendo inclusive possível atingir um acordo antes mesmo da instauração do painel arbitral. Outra vantagem é o fato do mediador poder sugerir acordos

17 O regulamento de arbitragem da CAMARB enuncia em seu item 8.1 que assinado o Termo de Arbitragem, o Tribunal Arbitral tentará, na forma que estabelecer, a conciliação das partes. Regulamento de Arbitragem da CAMARB. Disponível em: <<http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>>. Acesso em: 20 jul. 2020. O CBMA aborda a temática no item 14.8 de seu regulamento de arbitragem ao informar que se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos constantes do item 14.5 supra. Regulamento de arbitragem do CBMA disponível em: <http://www.cbma.com.br/regulamento_1>. Acesso em: 20 jul. 2020. O CAM-CCBC aborda o tema no item 10.8 de seu regulamento de arbitragem ao afirmar que se, durante o procedimento arbitral, as partes transigirem, pondo fim ao litígio, o Tribunal Arbitral, a pedido das partes, homologará tal acordo mediante sentença arbitral. Regulamento de arbitragem da CAM-CCBC disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

18 Vide decisão do STJ: “(...) o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos (...)”. (STJ, Segunda Seção, CC n.111230/DF, Ministra Rel. Nancy Andrighi, DJe 03.04.2014).

19 Vide Rule 9 do regulamento de arbitragem comercial da AAA em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26.06.2020. R-9. Mediation. In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$75,000, upon the AAA’s administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA’s Commercial Mediation Procedures, or as otherwise agreed by the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm the completion of any mediation or any decision to opt out of this rule to the AAA. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case.

20 Vide Rule 10 do regulamento de arbitragem no setor de construção civil da AAA em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26 jun. 2020. R-10. Mediation. In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$100,000, upon the AAA’s administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA’s Construction Mediation Procedures, or as otherwise agreed by the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, unless the parties’ agreement includes a requirement for mandatory mediation, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm to the AAA the completion of any mediation or any decision to opt out of this rule. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case.

21 Vide Article 5 do regulamento de arbitragem da AAA-ICDR em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26.06.2020. Article 5: Mediation Following the time for submission of an Answer, the Administrator may invite the parties to mediate in accordance with the ICDR’s International Mediation Rules. At any stage of the proceedings, the parties may agree to mediate in accordance with the ICDR’s International Mediation Rules. Unless the parties agree otherwise, the mediation shall proceed concurrently with arbitration and the mediator shall not be an arbitrator appointed to the case.

parciais, ou seja, acordos de apenas algumas questões envolvidas na disputa, reduzindo assim o escopo da arbitragem e, portanto, resultando em custo menor no procedimento (principalmente no que tange a produção probatória).²²

Outro fator de peso na utilização da mediação concorrente e mandatária é o fato de que nenhuma das partes ficará rotulada como tendo uma posição desfavorável no caso concreto simplesmente por ter a iniciativa de sugerir a mediação. Nessa hipótese abrir-se-ia uma janela no procedimento arbitral para o transcorrer das sessões de mediação (Arb-Med). A AAA-ICDR afirma que desde o início da vigência da *Rule 9* e *Rule 10* o número de acordos prévios à sentença arbitral aumentou.²³

Uma das razões para o aumento do número de acordos talvez não seja a mera existência das sessões de mediação concorrentes ao procedimento arbitral, mas sim porque as partes já ingressem na disputa com o caso mais preparado para mediação e mais dispostas ao diálogo, ou seja, menos armadas para o litígio arbitral.

Outra grande vantagem dos procedimentos internacionais concorrentes é a possibilidade de homologar o acordo realizado na mediação por sentença arbitral (*consent award*) trazendo exequibilidade ao mesmo em todos os países signatários da Convenção de NY.

Em 2019, a AAA-ICDR teve um total de 9.737 casos com ambas as partes pessoas jurídicas (B2B) com 22% dos casos terminando em acordo. Em 2018²⁴, em 8.983 casos apenas 10.9% culminaram em acordo. No entanto, apesar do claro crescimento de acordos nas arbitragens os relatórios não detalham o número de casos em que de fato ocorreu a mediação concorrente com a arbitragem podendo, portanto, ser acordos realizados durante o próprio procedimento arbitral ou através de modalidades híbridas como arb-med ou med-arb.

5 ARB-MED-ARB E O PROTOCOLO AMA DO SIAC-SIMC

Em 05 de novembro de 2014 foi inaugurado o *Singapore International Mediation Centre (SIMC)* e ao mesmo tempo foi lançado o *Arbitration-Mediation-Arbitration (Arb-Med-Arb) Protocol (AMA Protocol)* que se trata de acordo com a *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* estabelecida em 1991.

A cláusula ARB-MED-ARB²⁵ trata-se de uma engenhosa solução encontrada pelas duas instituições para evitar os possíveis problemas dos processos híbridos de Med-Arb ou Arb-Med tais como: a) as partes conduzirem o procedimento de mediação como uma *mini-arbitragem* gerando gastos e dispêndio de tempo; b) ocorrendo um acordo, as partes obtém um termo de acordo de mediação que só terá a mesma exequibilidade que uma sentença arbitral na esfera internacional quando a Convenção de Singapura de 2019 atingir os mesmos países signatários da Convenção de NY²⁶ de 1958. c) é questionável, nas jurisdições internas, se um acordo

22 GALLOWAY, PD. et al. Dispute Resolution Under FIDIC - The Parties' Options. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, nº 7, 2012, p. 10.

23 Vide: https://go.adr.org/910mediationrule.html?utm_source=linkedin&utm_medium=social&utm_campaign=r9-10-mediation. Acesso em: 26 jun. 2020.

24 Vide números da AAA-ICDR em <https://adr.org/research>. Acesso em: 22 jun. 2020.

25 Vide a cláusula Arb-Med-Arb do Protocolo AMA SIMC-SIAC: SIAC – SIMC ARB-MED-ARB CLAUSE - Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC”) in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC Rules”) for the time being in force, which rules are deemed to be incorporated by reference in this clause. The seat of the arbitration shall be [Singapore].* The Tribunal shall consist of _____ ** arbitrator(s). The language of the arbitration shall be _____. The parties further agree that following the commencement of arbitration, they will attempt in good faith to resolve the Dispute through mediation at the Singapore International Mediation Centre (“SIMC”), in accordance with the SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol for the time being in force. Any settlement reached in the course of the mediation shall be referred to the arbitral tribunal appointed by SIAC and may be made a consent award on agreed terms. Disponível em: <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

26 A Convenção de NY, ou seja, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto nº 4.311/2002) possui atualmente 165 países contratantes. (Vide em <http://www.newyorkconvention.org/countries>. Acesso em: 18 set. 2020). Ao passo que a Convenção de Singapura sobre Mediação possui, no momento, 52 países signatários com 5 países já tendo ratificado. Belarus foi o último país a ratificar a convenção em 15 de julho de 2020. (Vide em <https://www.singaporeconvention.org/convention/status/>. Acesso em: 20 jul. 2020).

concluído antes de uma arbitragem ter iniciado (Med-Arb), e que tenha sido homologado por sentença arbitral (*consent award*) possa ser executado através da aplicação da Convenção de NY. Em suma, as partes se sentem inseguras com a utilização da mediação e podem entrar no chamado *dilema da mediação* (*mediation dilemma*)²⁷.

O *Singapore International Mediation Centre* (SIMC) assim define o mecanismo híbrido do Arb-Med-Arb: *Um procedimento onde ocorre a tentativa de mediação no curso do procedimento arbitral. Se a disputa for solucionada através da mediação, o termo de acordo de mediação que poderá ser homologada por sentença arbitral (consent award) sob o pálio da Convenção de NY.*²⁸

O Protocolo AMA, que se trata de um acordo entre uma instituição de arbitragem internacional (SIAC) e uma instituição de mediação internacional (SIMC), ambas de Singapura, traz regras claras sobre a utilização do instituto e prevê três estágios distintos: a) Constituído o tribunal arbitral na SIAC este irá automaticamente encaminhar o caso para mediação no SIMC²⁹; b) a mediação deverá terminar em no máximo 8 (oito) semanas com ou sem acordo (parcial ou total). Tal prazo pode ser prorrogado mediante acordo das duas instituições. c) Não ocorrendo acordo o procedimento arbitral será reiniciado.³⁰ Atingindo o acordo as partes poderão solicitar a homologação do mesmo por sentença arbitral dos tópicos que desejarem.³¹

As principais vantagens do Protocolo AMA são: a) exequibilidade do acordo internacionalmente e confidencialidade das sessões de mediação; b) as partes podem escolher um mediador de três diferentes listas (a lista de mediadores do SIMC, e a lista de especialistas técnicos do SIMC e da SIAC); c) transição suave entre as duas instituições que possuem alto grau de sinergia uma vez que o Protocolo AMA se inicia com o requerimento de arbitragem e toda a movimentação procedimental posterior é realizada pela SIAC.³²

De novembro de 2014 a junho de 2020, o SIMC administrou aproximadamente 21 casos que utilizaram o Protocolo AMA. 80% das partes que utilizaram o Protocolo são asiáticas e o número de acordos na mediação atinge de 80% a 85% dos casos.³³

Interessante ressaltar que, em 17 de junho de 2020, a SIMC firmou acordo (*Memorandum of Understanding – MOU*) com a *Shenzhen Court of International Arbitration – SCIA*³⁴ (Também conhecida como *South China International Economic and Trade Arbitration Commission*). O acordo prevê uma plataforma para sustentar mecanismos de soluções de conflito em prol da eficiência e da redução de custos. Além disso, e talvez seja o aspecto mais relevante do MOU, é o fato da SCIA oferecer um serviço de Med-Arb em parceria com o SIMC, ou seja, qualquer acordo de mediação realizada pelo SIMC em Singapura poderá ser homologado por sentença arbitral na China pela SCIA possibilitando que as partes executem a sentença em território chinês. Este acordo de cooperação é inédito no cenário internacional e sem dúvidas aumenta as possibilidades de cooperação comercial entre Singapura e China.

27 BOOG, Christopher. The New SIAC/SIMC AMA-Protocol: A Seamless Multi-tiered Dispute Resolution Process Tailored to the User's Needs. *Asian Dispute Review*, Apr. 2015, p. 92.

28 Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

29 Protocolo AMA, parágrafo 5. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

30 Protocolo AMA, parágrafo 8. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

31 Protocolo AMA, parágrafo 9. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

32 HUSSIN, Aziah *et. al.* SIAC and SIMC's Arb-Med-Arb Protocol. *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 11, nº 2, 2018, p. 87.

33 Informação obtida diretamente no Singapore International Mediation Centre – SIMC.

34 Disponível em <http://simc.com.sg/blog/2020/06/17/simc-and-the-shenzhen-court-of-international-arbitration-scia-establish-international-dispute-resolution-service-for-cross-border-commercial-projects-under-singapore-china-shenzhen-smart-city-init/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

6 OUTRAS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

6.1 Austrália

A Lei de Arbitragem Comercial Australiana (*Commercial Arbitration Act 2010*)³⁵ de 2010 prevê, em sua *Section 27D*, o poder do árbitro em atuar como mediador, conciliador ou como outro intermediário não-arbitral. No entanto, a convenção de arbitragem deve trazer em seu bojo a possibilidade de atuação do árbitro como mediador ou deverá haver o consentimento das partes por escrito para tal [*Section 27D (1) (a)(b)*]. As partes poderão retirar o consentimento a qualquer tempo e sendo considerada encerrada a mediação prosseguir-se-á com a arbitragem. Se o árbitro tiver acesso à informação confidencial durante a mediação este deverá revelar às partes, antes de continuar a arbitragem, os fatos que considerar relevantes para o procedimento. Caso ocorra acordo na mediação o árbitro, funcionando como mediador, homologará o acordo por sentença arbitral nos termos das *Sections 30 e 31* da Lei de Arbitragem Comercial Australiana. Em suma, estamos diante de um procedimento combinado de Arb-Med-Arb com atuação do árbitro como mediador após a instauração da arbitragem.

6.2 Câmara de Comércio de Estocolmo (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce - SCC)

O art. 14 do Regulamento de Mediação da Câmara de Comércio de Estocolmo de 2014³⁶ (tal previsão já existia no regulamento de mediação de 1999) traz a possibilidade de o mediador atuar como árbitro para, neste modelo, transformar o acordo de mediação em sentença arbitral. As partes e o mediador devem concordar com tal procedimento. A novidade da regra resta no fato do mediador se tornar árbitro não porque as partes falharam em atingir um acordo na mediação, mas justamente pelo motivo oposto, qual seja, a obtenção do acordo. Portanto, o mediador se torna árbitro para homologando o acordo em sentença arbitral torná-la, em teoria, executável em 172 países signatários da Convenção de NY de 1958. Além disso, as partes se beneficiariam da celeridade do procedimento de mediação.

A homologação de acordo por sentença arbitral geralmente ocorre por tribunal arbitral ou árbitro que decidiria o mérito da causa. Tal seria a hipótese, por exemplo, de uma cláusula Arb-Med-Arb uma vez que a arbitragem teve seu início antes da mediação. No entanto, não se trata da hipótese do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo e, portanto, a exequibilidade de tal sentença de acordo (*consent award*) sob o pálio da Convenção de NY³⁷ poderá ser questionada uma vez que o artigo II da Convenção de NY é expresso ao enunciar a necessidade de uma convenção arbitral pelo meio do qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido.³⁸ Em suma, teoricamente, seria necessária uma convenção arbitral anterior para respaldar a homologação do acordo

35 Disponível em: http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol_act/caa2010219/. Acesso em: 20 jul. 2020.

36 Disponível em <https://sccinstitute.com/our-services/rules/>. Acesso em: 20 jul. 2020. Vide o art. 14 do Regulamento de Mediação da SCC: Article 14 Confirmation of a Settlement Agreement in an Arbitral Award - In case of settlement, the parties may, subject to the consent of the Mediator, agree to appoint the Mediator as an Arbitrator and request him/her to confirm the settlement agreement in an arbitral award.

37 A Convenção de NY foi ratificada no Brasil pelo Decreto nº 4.311 de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

38 NEWMARK, Christopher; HILL, Richard. Can a mediated settlement become an Enforceable Arbitration Award?. *Arbitration International*, vol. 16, nº 1, 2000, p. 81-87.

por sentença arbitral uma vez que o artigo IV da Convenção de NY exige a apresentação da convenção de arbitragem no procedimento homologatório.

Tal problemática não ocorreria com a utilização de uma cláusula híbrida Med-Arb ou de uma cláusula Arb-Med-Arb, uma vez que existe a convenção de arbitragem e o árbitro ou componentes do tribunal arbitral são nomeados anteriormente com a finalidade de resolver o mérito da disputa.

No entanto, trata-se de uma boa tentativa (anterior à Convenção de Singapura de 2019) de dar exequibilidade aos acordos de mediação e que, a depender da jurisdição doméstica, pode surtir efeito.

7 CONCLUSÃO

Por certo, toda a escolha de mecanismos de solução de conflitos deve ser realizada sob o viés da complexidade do conflito e terá sempre vantagens e desvantagens. No entanto, a criatividade possibilitada pelo princípio da autonomia da vontade tem gerado alternativas engenhosas para solução de conflitos domésticos e internacionais. Um procedimento híbrido ou combinado que preconize a mediação e outros meios autônomos de solução de conflito é sempre o ideal em tempos de normalidade ou de emergência tais como o causado pelo COVID-19. As partes sempre têm que ter em vista que a arbitragem sempre estará à disposição como solução final e vinculante. A mediação, por sua vez, devido a sua celeridade vem demonstrando importância crucial nesse momento de turbulência em todos os setores da economia. Portanto, fazer uso de cláusulas escalonadas ou híbridas bem elaboradas que observem as possíveis disputas que possam surgir do contrato onde está inserida será sempre uma tentativa salutar.

A cultura das soluções adequadas de conflito caminha a passos largos no Brasil e, conforme demonstrado, a maioria dos provedores de serviços de solução de conflitos já tem adotado os procedimentos híbridos principalmente o Med-Arb.

Internacionalmente temos como boas práticas os exemplos trazidos pela AAA-ICDR com sua arbitragem e mediação obrigatória e concorrente e pela SIMC-SIAC com seu Protocolo AMA. O procedimento da AAA-ICDR nos mostra uma alternativa para as partes dialogarem fora das disputas da arbitragem o que, a depender do caso, pode ser essencial para manutenção de relações comerciais. A SIMC-SIAC, por sua vez, com o Protocolo AMA bem como a SIMC com seu acordo com a SCIA da China nos mostra a importância da cooperação entre instituições de serviços de ADR tanto domesticamente quanto no cenário internacional. Além disso, a cláusula Arb-Med-Arb traz segurança quanto a execução das sentenças arbitrais em países signatários da Convenção de NY.

Em suma, em tempos de crise os provedores de soluções alternativas de disputa continuaram seu funcionamento de forma virtual no dia seguinte da decretação da quarentena. Isso foi possível uma vez que os melhores provedores de serviços de ADR, ao contrário do Poder Judiciário, já vinham utilizando tecnologia de ponta em seus procedimentos de longa data. A diferença principal que ocorreu foi que a tecnologia passou a ser utilizada para todos os atos procedimentais tanto na arbitragem quanto na mediação. Dessarte, a qualidade dos serviços permaneceu a mesma e as disputas continuaram a ser solucionadas.

REFERÊNCIAS

BOOG, Christopher. The New SIAC/SIMC AMA-Protocol: A Seamless Multi-tiered Dispute Resolution Process Tailored to the User's Needs. *Asian Dispute Review*, Apr., 2015, p. 91-96.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GALLOWAY, P.D. *et al.* Dispute Resolution Under FIDIC - The Parties' Options. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, nº 7, 2012, p.1-15.

HUSSIN, Aziah *et. al.* SIAC and SIMC's Arb-Med-Arb Protocol. *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 11, nº 2, 2018, p. 85-87.

NEWMARK, Christopher; HILL, Richard. Can a mediated settlement become an Enforceable Arbitration Award?. *Arbitration International*, vol. 16, nº 1, p. 81-87, 2000.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOMIC, Katarina. Multi-tiered dispute resolution clauses: Benefits and drawbacks. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, p. 360-370.

AUDIÊNCIAS ONLINE EM TEMPO DE PANDEMIA DE COVID-19 NO ÂMBITO DO TJ-CE¹

Dayse Braga Martins

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora e pesquisadora da graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza. Advogada. Mediadora e Conciliadora Judicial. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4705-0481>.

Iara Alcantara de Holanda

Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Princípios e normas fundamentais que regem o Processo Civil e a dinâmica do procedimento comum; 3 Audiência de conciliação e mediação judicial e adaptações e mudanças provocadas pela pandemia; 4 Procedimento da audiência de instrução e sua realização por meio eletrônico durante a pandemia; 4.1 Audiência de instrução e julgamento; 4.2 Audiência de instrução por videoconferência; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.377-395, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetos de estudo os benefícios e os óbices das audiências de conciliação e mediação judicial e das audiências de instrução por meio de videoconferência, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ-CE), que se intensificaram durante a pandemia do coronavírus.

A relevância desta investigação justifica-se pela excepcionalidade da situação enfrentada pela sociedade, pois, com a declaração de pandemia global de um vírus de contágio potencial para colapsar os sistemas de saúde dos países, mostrou-se necessário o distanciamento social para frear o contágio em massa da população.

Ante essas limitações impostas pela pandemia, o Poder Judiciário enfrenta o desafio de manter a continuidade da prestação jurisdicional e, sobretudo, realizar atos processuais que anteriormente se faziam com o comparecimento das partes e testemunhas diante de um magistrado, para que este aferisse melhor a integridade e a idoneidade das alegações dos depoentes ou, no caso da autocomposição, diante de um conciliador ou mediador para que se estabelecesse um ambiente propício ao estabelecimento do diálogo.

Partindo dessa análise, tem-se como objetivo central avaliar como as audiências de conciliação, mediação e de instrução judiciais estão sendo realizadas por meio eletrônico, durante o período da pandemia, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ-CE), analisando seus benefícios e obstáculos.

A pesquisa respalda-se nos princípios fundamentais do processo civil, assim como nos trâmites processuais do procedimento comum. Verificam-se também as disposições procedimentais que regem as audiências de conciliação ou mediação e de instrução dentro daquele procedimento com fundamento nos princípios observados. A partir deste estudo, investiga-se como as restrições às audiências eletrônicas têm impactado na prestação jurisdicional e quais os desafios e soluções nesse contexto peculiar.

Dessa forma, a primeira seção visa elucidar alguns dos princípios fundamentais do processo civil positivados no CPC/2015, e a partir destes estudar os passos da marcha processual, com base nas regras previstas para o procedimento comum, construindo um panorama geral para orientar-se quantos aos atos processuais e como podem ser afetados pela nova realidade pandêmica. Na segunda seção, traça-se uma linha do tempo dos principais acontecimentos até chegar ao cenário atual, com as principais medidas e adequações implementadas pelo Poder Judiciário nacional e cearense, a partir das orientações trazidas pelos atos normativos do CNJ e do TJ-CE. Analisam-se igualmente alguns dados quantitativos referentes a índices de produtividade na pandemia e ao cumprimento de meta do Judiciário. Além disso, faz-se um estudo sobre as regras procedimentais referentes à audiência de conciliação ou de mediação processual, bem como uma análise dos regramentos da realização destas durante a pandemia. Apresentam-se, ainda, dados relativos aos índices de autocomposição no Judiciário nacional e cearense no primeiro semestre de 2020. Na última seção, avaliam-se o procedimento da audiência de instrução conforme o CPC/2015 e as medidas e orientações trazidas pelos regulamentos publicados durante a pandemia pelo CNJ e pelo TJ-CE, para a realização de audiência telepresencial em decorrência do distanciamento social.

Para alcançar os objetivos propostos por este estudo, realizou-se uma pesquisa qualitativa por meio da técnica de revisão bibliográfica da temática, utilizando artigos e a doutrina como insumos. Ademais, fez-se uma análise documental, tendo em vista que foram colacionados textos de lei e atos normativos. Houve, ainda, coleta de informações por meio

de conversas informais com alguns servidores. A pesquisa também goza de um aspecto quantitativo, uma vez que foram utilizados dados suscitados a partir dos *sites* do TJ-CE, do CNJ e fornecidos pelo Nupemec-CE.

Com isso, esta pesquisa retrata os principais desafios e soluções jurídicas para garantir a continuidade da prestação jurisdicional, especialmente nas audiências online, no âmbito do TJ-CE.

2 PRINCÍPIOS E NORMAS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O PROCESSO CIVIL E A DINÂMICA DO PROCEDIMENTO COMUM

O processo civil brasileiro e suas regras procedimentais foram construídos, pautados, a partir dos direitos e garantias fundamentais positivadas na Constituição Federal. Dessa forma, o legislador visou a construção de um processo justo para alcançar a garantia de acesso à justiça².

Em suma, a fim de harmonizar o processo com os direitos fundamentais, o procedimento deve se orientar conforme o devido processo legal, contemplando o contraditório em respeito à isonomia das partes diante de um juiz natural, com o propósito de construir decisões fundamentadas em tempo razoável sobre qualquer pretensão que se deduza em juízo.³

Respeitando os princípios fundamentais e os valores constitucionais, os atos processuais devem seguir um fluxo lógico e concatenado no tempo, visando alcançar um provimento jurisdicional final formando assim um procedimento⁴.

Bueno⁵ divide pedagogicamente o procedimento comum em quatro fases. A primeira consiste na fase postulatória, a segunda se refere à fase ordinatória ou saneadora, sendo a terceira a fase instrutória, e a quarta e última a fase decisória. Em linhas gerais, na fase postulatória, o autor propõe a demanda dando entrada com a petição inicial, e o réu expõe seus argumentos ao apresentar sua resposta. Na fase ordinatória, o juiz organiza o processo para que esteja apto para iniciar a fase instrutória; nesta, por sua vez, ocorre produção probatória para que o juiz possa formar seu convencimento e seguir para a fase decisória, momento no qual será proferida a sentença.

Apesar de todo o regramento legal e principiológico vigente, orientando o andamento dos processos e a prestação jurisdicional, a conjuntura causada pela pandemia demandou novas regulamentações para que o Judiciário continuasse atuando de forma a garantir a segurança de seus servidores e jurisdicionados, sem comprometer a marcha processual.

3 AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUDICIAL E ADAPTAÇÕES E MUDANÇAS PROVOCADAS PELA PANDEMIA

Com o espalhamento do Coronavírus por diversos países pelo mundo, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou o reconhecimento da ocorrência de uma pandemia em 11 de março de 2020⁶. Em decorrência disso, no Brasil, foi reconhecido o estado de transmissão

2 THEODORO JR., H. *Curso de Direito Processual Civil – v. 1*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

3 CÂMARA, A. F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

4 GONÇALVES, M. V. R. *Esquematizado – Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615933/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

5 BUENO, C. S. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609130/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

6 WATANABE, P. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. 11 de março de 2020. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/oms-declara-pandemia-do-novo-coronavirus.shtml>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

comunitária em 20 de março do mesmo ano, por meio da Portaria nº 454⁷ do Ministério da Saúde.

No Estado do Ceará, foi declarado Estado de Emergência em Saúde em Âmbito Estadual, por meio do Decreto de nº 33.510⁸, publicado em 16 de março de 2020, e, logo em seguida, no dia 19 de março do mesmo ano, foram estabelecidas medidas de distanciamento social com objetivo de conter a circulação do vírus, por meio do Decreto nº 33.519.⁹

O TJ-CE seguiu as diretrizes estaduais e federais e publicou a Portaria nº 497¹⁰ em 16 de março de 2020, suspendendo o atendimento presencial ao público e também a realização de audiências e sessões de julgamento presenciais. Todavia, apesar da suspensão do atendimento na modalidade presencial, ficou garantido o atendimento ao jurisdicionado a partir da disponibilização de uma lista de contatos no site do Tribunal e, também, uma Central de Atendimento Judicial (CAJ) com diversos canais, como um número de telefone chamado TeleJustiça, endereço eletrônico de email e número de contato por Whatsapp.¹¹

Tendo em vista a natureza essencial da atividade jurisdicional do Estado, o CNJ publicou a Resolução nº 313¹², determinando medidas para adequar o funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário à situação de crise vivida pela pandemia. Inclusive tal medida veio ante os diversos atos normativos estaduais publicados pelos entes federados; esta resolução buscou também uniformizar nacionalmente o andamento da prestação judicante estatal.

Em suma, a Resolução nº 313 estipulou o regime de Plantão Extraordinário em âmbito nacional, não se aplicando ao Supremo Tribunal Federal e à Justiça Eleitoral. Este regime consiste na suspensão do trabalho presencial de servidores, estagiários, colaboradores e magistrados nas unidades judiciárias, priorizando-se o regime de trabalho remoto.

Instituiu-se ainda que os atendimentos às partes, advogados e interessados deve se dar de maneira remota, exigindo-se que cada unidade judiciária mantenha um canal de atendimento para este fim. Quanto aos prazos processuais, ficaram suspensos até o dia 30 de abril de 2020.

No entanto, foi publicada nova Resolução de nº 314¹³ modificando estas regras de suspensão de prazos. A resolução mencionada prorrogou o regime de Plantão Extraordinário, manteve a suspensão de prazos de processos físicos, mas retomou a contagem dos prazos dos processos eletrônicos, a partir do dia 4 de maio do mesmo ano, exceto dos que tramitavam no STF e no âmbito da Justiça Eleitoral.

7 BRASIL. *Portaria nº 454*, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm>. Acesso em: 3 jul. 2020.

8 CEARÁ. *Decreto 33.510*, de 16 de março de 2020. Decreta situação de emergência em saúde dispõe sobre medidas para enfrentamento e contenção da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.510-de-16-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

9 CEARÁ. *Decreto 33.519*, de 19 de março de 2020. Intensifica as medidas para enfrentamento da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.519-de-19-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

10 CEARÁ. *Portaria nº 497*, de 16 de março de 2020. Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário cearense. Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28124>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

11 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Judiciário cearense prorroga as fases 4 e 5 do plano de retomada das atividades presenciais para 31 de janeiro de 2021*. TJCE. 27 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/judiciario-cearense-prorroga-as-fases-4-e-5-do-plano-de-retomada-das-atividades-presenciais-para-31-de-janeiro-de-2021/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

12 BRASIL. *Resolução nº 313*, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

13 BRASIL. *Resolução nº 314 de 20/04/2020*. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

O supracitado ato normativo trouxe consigo a possibilidade da realização de atos processuais virtuais por meio de videoconferência, indicando para este fim o uso da ferramenta Cisco Webex, disponível no sítio do CNJ, não excluindo o uso de qualquer outra ferramenta correspondente. Nesse sentido, o TJ-CE publicou a Portaria de nº 640/2020¹⁴, estabelecendo aquela ferramenta como sistema padrão para realização de suas audiências. Quanto às audiências de conciliação e de mediação promovidas pelo Cejusc-Fortaleza, este publicou a Portaria Conjunta nº 01/2020¹⁵ admitindo sua realização por meio de videoconferência também.

Apesar disso, o cenário pandêmico manteve-se persistente e de maneira peculiar em cada região do país, o que fez com que cada governador adotasse medidas adequadas à situação local enfrentada. Com isso, o CNJ publicou nova Resolução de nº 318 em 7 de maio de 2020¹⁶, prorrogando a vigência das resoluções anteriormente citadas, porém suspendeu os prazos de processos físicos e eletrônicos nas localidades em que foram impostas restrições à livre locomoção de pessoas pelo período que estas perdurarem.

Com a diminuição do número de leitos ocupados por infectados nos hospitais em alguns lugares do país, houve a flexibilização das medidas restritivas de locomoção e a elaboração de planos de retomada gradual das atividades econômicas. No Ceará, o governador Camilo Santana apresentou o plano de retomada no dia 28 de maio de 2020¹⁷.

Neste diapasão, o CNJ publicou a Resolução de nº 322¹⁸ no dia 1º de junho de 2020, instituindo um plano de retomada de serviços presenciais jurisdicionais do Poder Judiciário em âmbito nacional. Este ato normativo institui a retomada gradual e por etapas das atividades presenciais, autorizando aos tribunais restabelecerem os prazos dos processos físicos e eletrônicos, sendo facultada a manutenção da suspensão dos prazos dos processos físicos caso haja opção pelo prosseguimento do regime da Resolução nº 314.

Neste esteio, o TJ/CE publicou a Portaria de nº 809¹⁹ em 8 de junho de 2020 retomando os prazos dos processos eletrônicos, porém manteve suspensos os prazos em localidades com a vigência de medidas restritivas de locomoção. Apresentou, ainda, um plano de retorno às atividades presenciais em 10 de junho de 2020²⁰, seguindo as medidas previstas pela Resolução nº 322/2020 do CNJ.

Como pode-se inferir, o Poder Judiciário se socorreu de meios tecnológicos para que continuasse seu pleno funcionamento. Dentre essas ferramentas destaca-se o e-mail e aplicativos

14 CEARÁ. *Portaria nº 640*, de 24 de abril de 2020. Estabelece o procedimento para viabilizar as audiências especificadas no art. 6º, § 3º, da Resolução nº 314/2020, do CNJ. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2361&cdCaderno=1&nuSeqpagina=4>>. Acesso em: 5 set. 2020.

15 CEARÁ. *Portaria Conjunta nº 01*, de 08 de abril de 2020. Dispõe sobre a realização de audiência virtual de conciliação e mediação no CEJUSC/Fortaleza durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2352&cdCaderno=1&nuSeqpagina=32>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

16 BRASIL. *Resolução nº 318* de 07/05/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313, de 19 de março de 2020, e nº 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3308>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

17 NOTÍCIAS: *Camilo oficializa plano de retomada gradual e 66 mil pessoas voltam ao trabalho nesta segunda-feira, 1º de maio de 2020*. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2020/05/28/camilo-oficializa-plano-de-retomada-gradual-e-66-mil- pessoas-voltam-ao-trabalho-nesta-segunda-feira--1.html>>. Acesso em: 10 set. 2020.

18 BRASIL. *Resolução nº 322* de 01/06/2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

19 CEARÁ. *Portaria nº 809*, de 08 de junho de 2020. Trata dos prazos dos processuais judiciais, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, conforme Resolução nº 318, de 07 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28472>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

20 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *TJCE apresenta plano de retorno às atividades presenciais com previsão de volta gradativa em julho*. TJCE. 11 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-apresenta-plano-de-retorno-as-atividades-presenciais-com-previsao-de-volta-gradativa-em-julho/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

de mensagens, além do telefone, para o atendimento ao público; o uso do trabalho remoto dos servidores para prosseguir com as movimentações e demais expedientes; e também o uso da videoconferência para reuniões administrativas, sessões de julgamento e audiências.

Percebe-se então que, para acessar o Judiciário no momento vivido, pressupõe-se que o jurisdicionado possui aparelhamento tecnológico para tanto. Deve-se considerar que o Brasil ainda é um país marcado por desigualdades sociais profundas, em que o acesso à internet e à tecnologia ainda não é garantido para todos. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua TIC) divulgou dados do último trimestre de 2018, os quais apontam que 20,9% da população brasileira não tem internet em seu domicílio.²¹ Tal fato pode culminar em mais uma barreira à parcela da população em buscar a justiça em um momento de crise como este.

Não obstante o cenário de instabilidade e crise causado pela Pandemia, o Poder Judiciário manteve sua capacidade produtiva nesse período. Segundo o Painel de Produtividade do Judiciário disponibilizado pelo CNJ, desde o início do Plantão Extraordinário, foram proferidas 12.817.873 sentenças e acórdãos.²²

Mesmo com números razoáveis de produtividade, o CNJ divulgou o Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2020²³, o qual constatou que a efetivação destas metas foi bastante comprometida. Este relatório levou em consideração os resultados de levantamento de dados de janeiro a junho do presente ano, comparado ao mesmo período do ano passado do mesmo período.

Quanto às metas processuais, o referido relatório captou a diminuição de processos julgados, sem a redução de processos distribuídos, o que causou resultado abaixo do esperado. Todavia, quanto às metas que projetavam ações por parte do Judiciário, o levantamento verificou que os tribunais têm conseguido cumpri-las, ostentando bons resultados.

Este estudo atribui como possíveis causas para o impacto no trabalho dos tribunais durante esse período fatores como a suspensão de prazos processuais, de audiências presenciais de primeira instância, de sessões presenciais de 2º grau ou a realização destas por videoconferência, inferindo que este formato pode dificultar o julgamento.

Além destes fatores, refere-se também, como potenciais causas para o comprometimento das metas a impossibilidade de realização de júri, o prejuízo nos atos de ofício de impulsionamento do processo, a não-realização de cumprimento de mandados por oficiais de justiça, a suspensão de atendimento aos advogados, entre outras medidas tomadas em virtude do distanciamento social.

3.1 A audiência de conciliação e de mediação do procedimento comum

O CPC/2015 ampliou o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, atribuindo ao Estado o dever de promover a solução consensual de conflitos, indo além da apreciação jurisdicional das lides. Assim, destaca-se a prioridade à solução consensual de conflitos, o que leva à tese da instituição do novel “princípio da consensualidade” no âmbito do processo

21 AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. *Pnad Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país*. IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>>. Acesso em 15 dez. 2020.

22 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Realidade na pandemia, sessões e audiências por videoconferência vieram para ficar*. CNJ. 17 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/realidade-na-pandemia-sessoes-e-audiencias-por-videoconferencia-vieram-para-ficar/>>. Acesso em: 9 set. 2020.

23 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2020*. Brasília, 2020 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/met/metas-nacionais-2020-em-tempo-de-covid-19/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

civil.²⁴ Eis a importância da mediação e da conciliação judiciais.

Esse incentivo à autocomposição tem como finalidade proporcionar uma solução mais efetiva, partindo de um pressuposto que a autocomposição se mostra adequada para solucionar diversos tipos de conflitos, aliado ao empoderamento das partes envolvidas, que passam a ser protagonistas no processo judicial.

A possibilidade de se optar por um meio alternativo se dá na fase postulatória do procedimento comum, o qual o juiz, ao verificar que a exordial cumpre com todos os requisitos exigidos para sua admissibilidade e que não há hipótese de improcedência liminar do pedido, designará a audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias. Quanto ao réu, este deverá ser citado para comparecer à audiência com pelo menos 20 dias de antecedência da data designada, como preceitua o artigo 334, caput, do CPC/2015.

Para conduzir e facilitar esse diálogo, exige-se que haja a atuação de um conciliador ou de um mediador, devidamente capacitado e inscrito em cadastro nacional, bem como no cadastro do Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, exceto nas localidades em que não existirem esses auxiliares do juízo. Junto a estes, as partes devem estar acompanhadas de advogado ou defensor público, de acordo com o §9º, art. 334 do CPC/2015.

No que se refere ao tipo de solução consensual a ser utilizada, infere-se do art. 165, §§ 2º e 3º que a conciliação é indicada para situações em que não há vínculo anterior entre as partes, enquanto a mediação é mais adequada para lides em que haja relação prévia ao conflito entre os litigantes. Deve-se elucidar que, apesar de a audiência ter sido nomeada como de conciliação e ou de mediação, outros métodos de solução consensual de conflitos poderão ser adotados, assim prevendo o CPC/2015 no art. 3º, §3º, como mencionado anteriormente.

Em consonância com a Resolução nº 125²⁵ do CNJ, o art. 165, *caput*, do CPC/2015, estabelece que as audiências de conciliação ou de mediação realizar-se-ão no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos e no §7º do artigo 334 do CPC/2015, que acolheu a viabilidade de realização a partir de meios eletrônicos, nos termos de lei específica.

Com a tentativa de garantir a celeridade processual, o CPC/2015 regulamenta que as pautas destas audiências sejam ordenadas de forma que observe o intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte. Ressalte-se que este tempo não está sendo aplicado no TJ-CE, que destina 40 minutos para a mediação. O CPC/2015 prevê que essa audiência de conciliação poderá se desenrolar em mais de uma sessão quando for necessário para a composição das partes. A realização das demais audiências de autocomposição, contudo não deve ultrapassar dois meses da data de realização da primeira sessão, exceto se os litigantes convencionarem, expressamente, sobre sua prorrogação.

Apesar de ser uma fase indispensável do procedimento comum, o CPC/2015 prevê a possibilidade da não realização deste ato, o qual será dispensado pelo juiz quando o objeto da lide não admitir a autocomposição ou quando as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição, conforme artigo 334, §4º, II do referido Código. No que se refere à segunda hipótese, o autor deve pronunciar sua falta de interesse na petição inicial e o réu em uma petição apresentada com 10 dias antes da data designada para a audiência. Nos casos em que haja litisconsórcio, este desinteresse na realização desse ato precisa ser

24 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p. 85-114, jul. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Dayse/Downloads/29893-159457-1-PB%20(6).pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

25 BRASIL. *Resolução nº 125* de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 set. 2020.

declarado por todos.

Não se enquadrando em quaisquer das situações de dispensa desta fase, a data da audiência será designada e as partes serão obrigadas a comparecer, tendo em vista que a ausência injustificada delas será considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sendo o ausente punido com multa de até 2% da vantagem econômica perseguida que será revertido em favor da União ou do Estado.

Tal punição se deve ao descumprimento ao princípio da Boa-Fé Objetiva previsto no art. 5º do CPC, visto que a ausência de manifestação expressa de desinteresse na realização da audiência ou de justificativa para o não comparecimento é interpretado como interesse em autocompor o conflito, fomentando na outra parte e no órgão jurisdicional legítima confiança de que há possibilidade de solucionar consensualmente o litígio, logo a ausência injustificada fere essa confiança despertada. Caso não houvesse sanção, algumas das partes poderiam deixar que se designasse a audiência sem a intenção de comparecer com o propósito de protelar o processo sem sofrer consequências. Outra intenção do legislador ao estabelecer a sanção do art. 334, §8º do CPC foi incentivar a autocomposição.²⁶

Outrossim, a parte poderá constituir representante por meio de procuração específica, delegando poderes para negociar e transigir caso não possa ou não queira se fazer presente pessoalmente ao ato. Caso a audiência de conciliação ou de mediação alcance a autocomposição, esta será reduzida a termo e homologada por sentença. Em sentido contrário, não sendo frutífera a referida audiência, passará a contar o prazo para o réu apresentar sua defesa a partir da data da audiência em análise, dando continuidade ao feito.

Destarte, em decorrência da situação imposta pela pandemia em que a medida adotada prioritariamente como forma de conter a proliferação do coronavírus foi o distanciamento social, o Cejusc Fórum do Tribunal de Justiça do Ceará (Cejusc Fórum do TJ-CE), como forma de dar continuidade ao serviço de pacificação social, passou a realizar audiências de conciliação e de mediação por meio de videoconferência. Para regulamentar esta medida, este órgão publicou a Portaria Conjunta nº 1/2020²⁷, que estabeleceu adaptações e critérios específicos para que se possa realizar esta audiência na modalidade virtual.

Este ato normativo complementou alguns dispositivos legais que preveem a viabilidade da prática da audiência de conciliação e de mediação por meios eletrônico, no CPC/2015; esta hipótese é acolhida no art. 334, §7º. Outrossim, a audiência por videoconferência possui fulcro na Lei nº 13.140/2015 em seu art.46. Apesar destas normas conferirem legalidade às audiências por videoconferência, não adentram nas peculiaridades que a modalidade requer. Além da necessidade de complementação quanto a este ato em meio virtual em si, foi preciso adequar essa fase do processo ao contexto pandêmico. Desta forma, a realização da audiência de conciliação e de mediação passou a ser facultativa e condicionada à anuência do respectivo juiz coordenador do Cejusc, devendo-se considerar a disponibilidade de estrutura mínima de pessoal e de equipamentos necessário para se concretizar o ato. Eis a solução para o problema de limitação do jurisdicionado ao ambiente online.

A audiência passou a necessitar de provocação das partes para que se realizasse, somente sendo possível que ocorra quando todas aquelas consentirem. Havendo dissenso de

26 GRINOVER, A. P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, G.; LEONEL, R. B.; SI. (Orgs.). *O novo código de processo civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0236-2/>>. Acesso em: 11 set. 2020.
27 CEARÁ. *Portaria Conjunta nº 1*, de 8 de abril de 2020. Dispõe sobre a realização de audiência virtual de conciliação e mediação no CEJUSC/Fortaleza durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2352&cdCaderno=1&nuSeqpagina=32>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

algum litigante o processo permanecerá no Cejusc, para que se designe audiência presencial quando for viável, exceto se o juízo de origem ordenar a retirada da pauta.

A efetuação da audiência em análise pelo sistema de videoconferência se dá em demandas de natureza cível e de família; dentre estas, serão delimitadas matérias prioritárias e o volume de demandas susceptível a atendimento por via eletrônica, devendo-se priorizar causas com caráter de urgência.

Inicialmente, as audiências estavam ocorrendo por meio de ferramenta eletrônica de uso gratuito escolhida pela Coordenação do Cejusc. Posteriormente, passou-se a utilizar a plataforma emergencial de videoconferência, WebEx-Cisco, instituída pelo CNJ.

Posteriormente, a Portaria Conjunta nº 1/2020 foi alterada pela Portaria nº 2/2020²⁸ publicada pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJ-CE. Este ato normativo reestabeleceu o caráter de fase procedimental obrigatória da audiência de conciliação e de mediação e ratificou que esta continuará se dando por videoconferência durante o Plantão Extraordinário do Judiciário. A referida Portaria também acolheu a hipótese de adiamento da audiência por impossibilidade técnica desde que as partes comuniquem nos autos em até 2 dias antes da data designada para a audiência.

Existem várias peculiaridades que se deve considerar em uma videoconferência. Valer-se do uso desta para reuniões privadas ou informais talvez não cause receio; porém, quando este meio é utilizado para atos processuais, é preciso considerar melhor as variantes.

Um desafio que o uso dessa tecnologia em meio virtual pode acarretar é garantir a confidencialidade que o método autocompositivo requer, haja vista que este ocorre na internet, onde o vazamento de informações, documentos e dados sigilosos vem sendo comuns²⁹. Eis um dos principais obstáculos para a realização das audiências de mediação e conciliação online.

Outra objeção a ser superada são as limitações que a distância física pode acarretar aos conciliadores e aos mediadores, que se valem de interpretação da linguagem corporal dos litigantes para adotar a melhor estratégia em cada caso.³⁰

Nesse sentido, existe ainda a preocupação em adaptar o uso das técnicas empregadas nesses meios de solução de conflito estabelecidas no Manual de Mediação Judicial como o *rapport*, o qual busca estabelecer uma relação de confiança entre os envolvidos através de estratégias específicas que o conciliador ou o mediador entenda ser adequada. Deve haver uma preparação do espaço físico para construir um ambiente propício e confiável para facilitar o diálogo entre as partes³¹. Em relação a estes critérios, questiona-se se é possível alcançar um diálogo produtivo em direção à autocomposição.

Outrossim, como fora exposto em tópico anterior, para que se consiga realizar uma audiência de conciliação ou de mediação por videoconferência, as partes devem ter acesso a conexão de internet e possuir um aparelho que transmita e receba imagem e som razoável. O

28 CEARÁ. *Portaria nº 2*, de 29 de maio de 2020. Altera a Portaria nº01/2020/NUPEMEC, que dispõe sobre a realização de sessões de conciliação e mediação virtual nos Cejuscs durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/06/portaria-no-02-2020-altera-a-portaria-no-01-2020-dj-29-05-20-pag-7.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

29 PUREZA, I. L. *Online Dispute Resolution e os novos modelos de acesso à justiça na era digital*. 2019. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Rio de Janeiro, 2019: Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/12146>>. Acesso em: 9 set. 2020.

30 PUREZA, I. L. *Online Dispute Resolution e os novos modelos de acesso à justiça na era digital*. 2019. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Rio de Janeiro, 2019: Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/12146>>. Acesso em: 9 set. 2020.

31 KNEVITZ, R. L. S. *Conciliação virtual: princípios e procedimentos para sessões via WhatsApp em processos no poder judiciário de Santa Catarina*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e Justiça Restaurativa) – Tubarão, 2020, Universidade do Sul de Santa Catarina. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/9535>>. Acesso em: 8 set. 2020.

que, para alguns, pode parecer uma simples videochamada, para outra parcela da população brasileira que se encontra excluída de serviços básicos como saneamento, realizar um ato em meio virtual pode não ser possível.

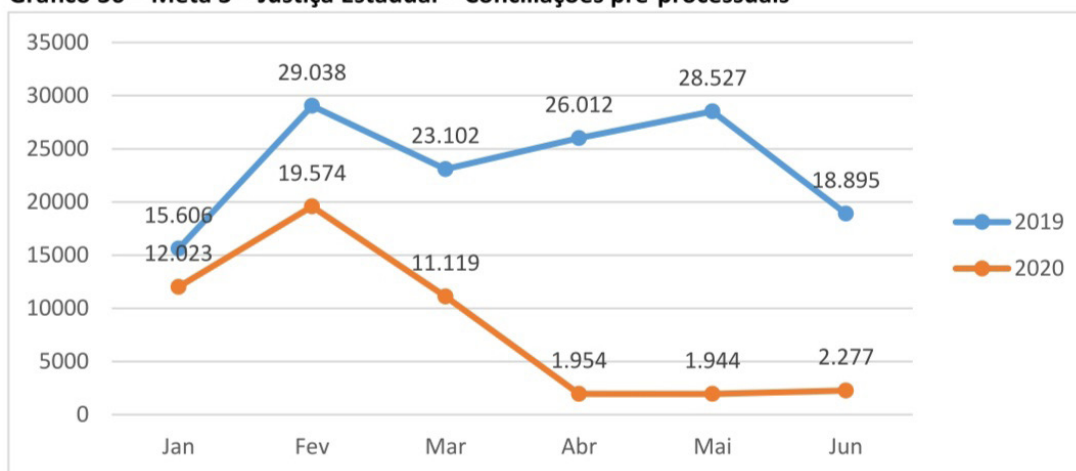
Ademais, com o intuito de aferir maiores informações a respeito destes desafios que vêm sendo enfrentados, colheram-se os relatos de serventuários do Cejusc Fórum do TJ-CE que vêm atuando na realização de audiências de conciliação neste órgão. Estes relatam que o *rappport* não é o mesmo que o realizado no presencial, tendo em vista que a comunicação se mostra reduzida, pois o contato humano através de olhares, diálogo e gestos ficam limitados.

Os servidores encontram óbices também em relação às questões técnicas, pois muitas vezes ocorrem problemas de conexão como travamento no áudio e ou vídeo, ou por vezes as partes não têm acesso à conexão internet e aparelhamento de câmera que proporcione uma comunicação fluida.

Questionados quanto ao impacto da pandemia no funcionamento do Cejusc Fórum do TJ-CE, um dos servidores entende que houve redução no número de audiências agendadas, pois o número de conciliadores e mediadores aptos e com perfil para realizar a autocomposição em modo virtual é menor comparado aos com perfil para conduzir em modo presencial. Ademais, relata o servidor que o tempo médio de duração da sessão aumentou por conta dos problemas técnicos já mencionados. Ou seja, vê-se que a diminuição da quantidade de audiências de mediação e conciliação é resultado da limitação do jurisdicionado de acesso aos meios eletrônicos, bem como da limitação estrutural do próprio Judiciário.

No relatório que analisa os impactos da pandemia no cumprimento das metas nacionais do Poder Judiciário para 2020³², o CNJ avaliou o abalo sofrido em relação a meta 3 a qual visa estimular a conciliação. Ao levantar dados do quantitativo de conciliações pré-processuais na Justiça Estadual no período de janeiro a junho de 2020, percebe-se que houve redução importante no atingimento dessa meta em relação ao mesmo período do ano de 2019, de acordo com o gráfico a seguir:

Gráfico 36 – Meta 3 – Justiça Estadual – Conciliações pré-processuais

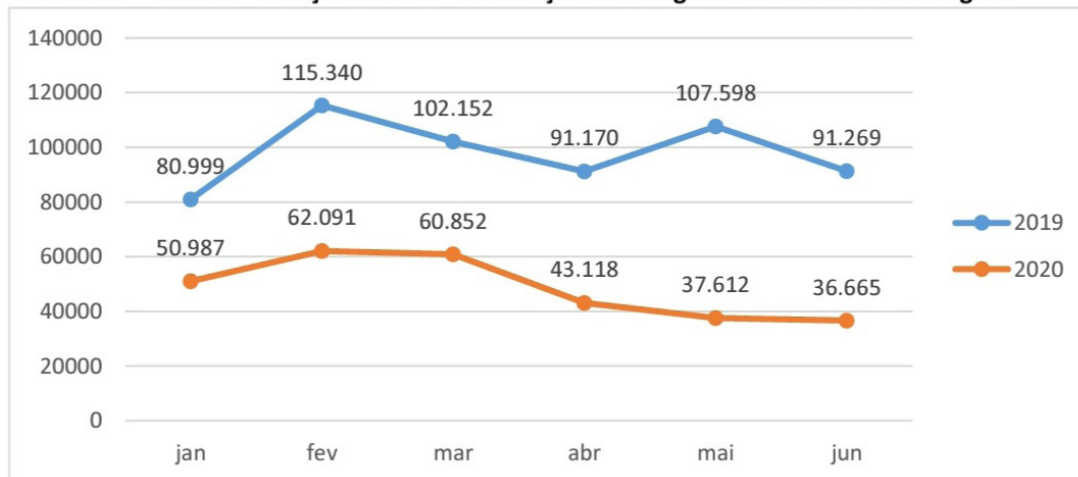


Fonte: CNJ, Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento de Metas do Poder Judiciário, 2020.

32 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das metas Nacionais do Poder Judiciário 2020*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metad/metas-nacionais-2020-em-tempo-de-covid-19/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

Em relação ao número de sentenças de homologatórias de acordos no 1º grau proferidas no âmbito da Justiça Estadual, constatou-se que houve redução significativa dessas sentenças no período entre janeiro e junho de 2020 comparado ao mesmo lapso temporal em 2019 conforme gráfico a seguir:

Gráfico 37 – Meta 3 – Justiça Estadual – Sentenças homologatórias de acordo no 1º grau



Fonte: CNJ, Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento de Metas do Poder Judiciário 2020.

Quanto ao desempenho do TJ-CE na realização de audiências de conciliação ou de mediação e homologação de acordos, o NUPEMEC/TJ-CE forneceu a esta pesquisa dados quantitativos referentes ao período de janeiro a agosto de 2020 e de todo o ano de 2019 para fins de análise comparativa.

No ano passado, o órgão apurou um total de 6.805 audiências pré-processuais realizadas chegando a um número de 5.137 acordos firmados. No que tange à fase processual, foram realizadas 16.730 audiências ao todo com a formação de 4.827 acordos, conforme demonstra tabela a seguir:

ESTATÍSTICA TOTAL POR MÊS

NUPEMEC CEJUSCS OBRIGATORIOS 2019							
MÊS/ANO	PRÉ-PROCESSUAIS				PROCESSUAIS		
	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS	HOMOLOGAÇÕES	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS
JANEIRO	422	278	227	241	771	440	150
FEVEREIRO	650	464	373	422	2.219	1.340	327
MARÇO	618	465	346	242	1.692	991	336
ABRIL	844	613	452	228	2.611	1.646	507
MAIO	1.038	760	573	356	2.970	1.723	525
JUNHO	645	538	395	401	2.378	1.344	433
JULHO	606	440	332	253	1.662	1.035	361
AGOSTO	710	568	458	295	3.132	1.818	572
SETEMBRO	1.059	793	574	368	3.132	1.900	553
OUTUBRO	1.190	760	580	570	3.579	2.074	420
NOVEMBRO	1.000	723	513	456	3.044	1.670	442
DEZEMBRO	556	403	314	267	1.347	749	201
TOTAL	9.338	6.805	5.137	4.099	28.537	16.730	4.827

Fonte: NUPEMEC/TJ-CE, 2019.

Comparando os dados descritos acima com os relativos aos de 2020 concernentes ao período de janeiro à agosto, pode-se verificar expressiva baixa nos números de audiências e acordos realizados, como informa tabela abaixo:

CEJUSCS - DADOS ESTATÍSTICOS 2020									
	PRÉ-PROCESSUAL					PROCESSUAL			
	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO REALIZADAS	AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO REALIZADAS	TOTAL DE ACORDOS	HOMOLOGAÇÕES	AUDIÊNCIAS AGENDADAS	AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO REALIZADAS	AUDIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO REALIZADAS	TOTAL DE ACORDOS
JANEIRO	508	163	200	273	308	1424	692	132	195
FEVEREIRO	653	193	273	383	396	2835	1246	248	423
MARÇO	512	144	166	238	254	2227	1037	237	357
ABRIL	15	1	13	7	113	1	1	0	0
MAIO	39	6	23	25	53	66	43	7	19
JUNHO	77	14	52	61	93	324	163	12	30
JULHO	96	27	59	68	46	733	421	68	121
AGOSTO	149	47	88	114	66	1289	739	97	166

* Meses de janeiro a julho com dados do primeiro e segundo graus

** Mês de agosto com dados do primeiro e segundo graus

*** Meses de abril a junho, em razão da suspensão dos prazos processuais e do trâmite de agendamento de audiências, somente sessões com solicitação Voluntária foram agendadas.

**** Mês de março, foram contabilizadas sessões realizadas entre o dia 1º e o dia 17, em atenção à suspensão de atendimento presencial.

Fonte: NUPEMEC_TJ/CE, 2020.

4 PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO DURANTE A PANDEMIA

4.1 Audiência de instrução e julgamento

A audiência de instrução e julgamento é uma sessão pública conduzida por um magistrado de primeiro grau com o fim precípuo de produzir prova oral³³. Esta audiência possui natureza jurídica de ato processual complexo, pois nela ocorrem também conciliação, além da instrução e do julgamento³⁴. Ou seja, difere-se da audiência de mediação e conciliação, por ter uma das características mais importantes, a confidencialidade, excetuando-se os processos que tramitam em segredo de justiça.

Deve ser regida pelos princípios da oralidade, imediatidade, concentração ou unidade, colaboração e publicidade. De acordo com o princípio da oralidade, os atos processuais devem manifestar-se por meio de linguagem oral, em detrimento da escrita. No que se refere ao princípio da imediatidade, o magistrado mantém contato pessoal e direto com as partes, seus advogados e as provas.³⁵

Pelo princípio da concentração ou unidade, tem-se que os atos os quais a integram a audiência devem ocorrer, preferencialmente, em uma única sessão. Caso não seja possível realizar todos os atos no mesmo dia, o magistrado pode marcar o prosseguimento da audiência para a data mais próxima possível e em pauta preferencial, nos termos do art. 365, parágrafo único do CPC. Outrossim, em cumprimento ao princípio da publicidade, a audiência deve ser pública, salvo os casos previstos do art. 189, CPC/2015.³⁶

33 LUNARDI, F. C. *Série IDP – Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. 9788553611003. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611003/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

34 LOURENÇO, H. *Processo Civil Sistematizado*, 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985493/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

35 PINHO, H. D. B. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, v.2. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600519/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

36 PINHO, H. D. B. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, v.2. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600519/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

Passando para sequência dos atos estruturados nos artigos 358 a 368 do Código Processual Civil, a audiência inicia com a abertura declarada pelo juiz, nos termos do art. 358, com o respectivo pregão para que se apresentem as partes, seus advogados e quem mais deva participar. Com a reunião de todos, o juiz conduzirá as partes a uma tentativa de conciliação, ainda que já tenham ocorrido outras tentativas anteriormente, assim dispondo o art. 359 do CPC.

Não chegando às partes a um acordo, segue-se para a colheita da prova oral a qual sucederá, de preferência, na ordem indicada no art. 361 do CPC, o qual prevê que primeiro serão ouvidos o perito e os assistentes técnicos. Em seguida, colhe-se o depoimento pessoal do autor e em seguida o do réu, e por fim serão inquiridas as testemunhas do autor e depois as do réu.

Após a conclusão da instrução haverá o momento das alegações finais o qual o magistrado concede a palavra para o advogado do autor, seguido do advogado do réu e depois para o Ministério Público, caso seja hipótese em que caiba intervenção deste, conforme indica o art. 364 do CPC.

Cada parte gozará de vinte minutos para as alegações de cada parte, podendo-se prorrogar por mais dez minutos, ficando a critério do magistrado. Esse debate oral poderá ser suprido por razões finais escritas, quando se tratar causas com questões mais complexas com prazo sucessivo de 15 dias para o autor, réu e Ministério Público caso haja necessidade de sua intervenção, conforme o parágrafo único do artigo mencionado alhures.

Com o fim do debate oral, o magistrado poderá proferir sentença na própria audiência ou no prazo de 30 dias, de acordo com o art. 366 do CPC. Ao final do ato, será lavrado um termo que conterá os acontecimentos da audiência, os despachos, decisões e a sentença caso esta tenha sido proferida, nos termos do art. 367 do CPC. A audiência poderá ser gravada na íntegra com captura de imagem e de áudio, através de meio digital ou analógico, ficando assegurado o rápido acesso para as partes e para os órgãos julgadores.

Existe a possibilidade de adiamento da audiência por convenção das partes. Poderá ser adiada, ainda, caso alguma das pessoas que devam participar do ato não puder comparecer por motivo justificado que deverá ser comprovado até a abertura da audiência. O CPC prevê também a hipótese de adiamento quando o início da audiência atrasar por tempo superior a 30 minutos do horário marcado.

No caso em que o advogado ou defensor público não compareça à audiência, o juiz estará autorizado a dispensar a produção das provas requeridas pela parte, podendo aplicar esta regra inclusive ao Ministério Público, conforme o art. 362, §2º.

4.2 Audiência de instrução por videoconferência

O CPC/2015 trouxe consigo a autorização para que os atos processuais fossem realizados por videoconferência nos artigos 236, §3º; 385, §3º; 453, §1º e 461, §2º. Na maioria das hipóteses mencionadas, o uso dessa modalidade é indicado excepcionalmente nos casos em que partes e testemunhas se encontrem em local diverso de onde tramita o processo. Nota-se também o caráter autorizativo dos dispositivos, sem maiores especificações que a peculiaridade a qual essa medida requer.

Entretanto, dada a impossibilidade de reunir todos os sujeitos do processo para concretizar uma audiência de instrução presencialmente durante o momento enfrentado, o uso desse meio eletrônico tornou-se a regra para que se garantisse a continuidade da tutela jurisdicional e para conter o avanço do contágio do coronavírus.

Assim sendo, CNJ disponibilizou a Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais chamada Webex Cisco decorrente de um Acordo de Cooperação Técnica com a Cisco Brasil Ltda., instituída por meio da Portaria nº 61/2020.³⁷ Esta normativa, contudo, não vedou o uso de outras ferramentas tecnológicas que sirvam para o mesmo fim.

Além de outras diretrizes, a Resolução nº 314/2020³⁸ do mesmo órgão, já mencionada no capítulo anterior, ratificou a opção de uso da plataforma acima referida e assegurou que os arquivos emanados dessa plataforma devam ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, ficando garantido o acesso às partes e procuradores habilitados no feito.

A resolução supracitada asseverou ainda que, para ser designado um ato por videoconferência, deve-se considerar os obstáculos que possam existir para intimar as partes e testemunhas, só podendo designar um ato nesse formato quando for viável a participação de todos os envolvidos. Vedou-se inclusive a responsabilização de advogados e procuradores para viabilizarem o comparecimento de partes e testemunhas a locais fora de prédios oficiais do Poder Judiciário, a fim de participar de atos virtuais.

O TJ-CE aderiu ao uso da plataforma estipulada pelo CNJ a partir da publicação da Portaria de nº 640³⁹ e tem noticiado ganhos em relação à celeridade e à duração razoável do processo. O mesmo Tribunal relatou⁴⁰ casos em que foi possível a realização de seis audiências de instrução no mesmo dia, com duração média de uma hora cada ato, concluídas inclusive com o proferimento de sentenças.

O TJ-CE contabilizou a realização de 2.277 audiências por videoconferência entre o período de março e a primeira quinzena de julho.⁴¹ Com base nesses dados indicativos de aumento de celeridade e produtividade, o grupo de trabalho que foi instituído para lidar com os atos telepresenciais assevera que esta modalidade irá perdurar como política prioritária, mesmo com o fim da pandemia. Esta política conta, por exemplo, com projetos para subtrair as cartas precatória, ato o qual, de fato, contribui muito para a complexidade e o prolongamento dos processos.⁴²

Não obstante, o TJ-CE vir noticiando relatos positivos de magistrados sobre suas experiências conduzindo audiências de instrução por videoconferência⁴³, há ressalvas ao uso desse meio no que se refere à oitiva das testemunhas e das partes, pois não se sabe ao certo as condições em que estão depondo e se está sendo garantida as regras dos arts. 385,

37 BRASIL. *Portaria nº 61*, de 31 de março de 2020. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266>>. Acesso em: 10 set. 2020.

38 BRASIL. *Resolução nº 314* de 20/04/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

39 CEARÁ. *Portaria nº 640*, de 24 de abril de 2020. Estabelece o procedimento para viabilizar as audiências especificadas no art. 6º, § 3º, da Resolução nº 314/2020, do CNJ. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2361&cdCaderno=1&nuSeqpagina=4>>. Acesso em: 5 set. 2020.

40 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Ferramenta eletrônica possibilita realizar seis audiências de instrução em único dia*. TJCE. 1º de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/ferramenta-eletronica-possibilita-realizar-seis-audiencias-de-instrucao-em-unico-dia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

41 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados do Tribunal de Justiça realizam 2.277 teleaudiências durante pandemia*. TJCE. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-do-tribunal-de-justica-realizam-2-277-teleaudiencias-durante-pandemia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

42 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados do Tribunal de Justiça realizam 2.277 teleaudiências durante pandemia*. TJCE. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-do-tribunal-de-justica-realizam-2-277-teleaudiencias-durante-pandemia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

43 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados aprovam modelo de teleaudiência implantado pelo TJCE*. TJCE. 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-aprovam-modelo-de-teleaudiencia-implantado-pelo-tjce/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

§2º e 456 do CPC os quais dispõem que os depoentes e testemunhas não devem ouvir os depoimentos e testemunhos dos demais.⁴⁴

Em setembro, houve um incidente na 3ª Vara do Trabalho de Santo André, no Estado de São Paulo, que pode ilustrar bem como essas variantes podem ocorrer na prática. O magistrado que presidia a audiência de instrução virtual constatou que os prepostos das reclamadas se encontravam na mesma sala física ao solicitar que estes exibissem o cômodo com a câmera; quando notou a presença de outras pessoas, foi pedido que a parte trocasse de sala e mostrasse novamente o ambiente, mas, ainda assim, encontravam-se as demais pessoas no local. Violada a incomunicabilidade dos depoentes, o juiz adiou o ato.⁴⁵

Deve-se sopesar, também, a situação daqueles depoentes que não se intimidam com as consequências penais em prestar falso testemunho diante da presença física de um juiz, mas este, devido à sagacidade adquirida no exercício de seu ofício e de sua capacitação, consegue perceber detalhes inverídicos ao observar gestos, atitudes e contradições manifestadas.

Nesse aspecto, ao considerar a questão da integridade da prova oral obtida através de audiência por videoconferência, é contraproducente tentar uma mera reprodução do que se praticava em audiências presenciais nas audiências virtuais. Deve-se pensar em soluções inovadoras e adequadas ao novo formato. Assim sendo, estes autores propuseram que se crie um compromisso diferenciado para as partes e testemunhas com o objetivo de assegurar que estejam livres da interferência de terceiros ou presencialmente ou com o uso de aparelhos de transmissão de sons e imagens. Sugeriram também a criação de salas de videoconferência apartadas para garantir que um depoente ou testemunha não escutará o depoimento do outra.⁴⁶

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como principal propósito avaliar os impactos do Coronavírus na realização das audiências de conciliação, mediação e instrução, e quais as soluções jurídicas adotadas para transpor os obstáculos e adaptar a atual realidade de isolamento social. Avaliação esta que se mostra relevante tanto pela limitação dos jurisdicionados aos meios eletrônicos online, bem como pela dificuldade dos servidores da justiça que, normalmente, se valem desse contato físico para aferir melhor as dimensões da lide, seja analisando o depoimento por partes e testemunhas, seja na tentativa de descobrir os interesses envolvidos em um conflito para facilitar um diálogo.

Inicialmente, com a suspensão momentânea dos prazos processuais e com o distanciamento social, poderia se inferir que a situação iria imobilizar o sistema judicial brasileiro. Contudo, com o uso de aparatos tecnológicos os números têm indicado que o Poder Judiciário tem mantido alguma produtividade e parece ter se adaptado bem ao trabalho remoto. Mas essa realidade não se expande às audiências eletrônicas em videoconferência.

Apesar de ter conservado certa produtividade, a partir de dados aferidos pelo CNJ sobre impactos da pandemia no cumprimento de metas do Poder Judiciário, verificou-se que houve redução significativa nos índices de atingimento desses objetivos no que tange às metas

44 BRAGA, M. A. P. L.; BRAGA, T. B. F. A produção da prova testemunhal na audiência trabalhista telepresencial e seu legado para a nova era do direito processual do trabalho pós covid-19. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, v.21, n.23, p. 352-376, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2020.54208>. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54208>>. Acesso em: 10 set. 2020.

45 NOTÍCIAS: “Saíam da Disneylândia”, afirma magistrado ao criticar audiências de instrução virtuais. 4 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332917/saiam-da-disneylandia-afirma-magistrado-ao-criticar-audiencias-de-instrucao-virtuais>>. Acesso em: 10 set. 2020.

46 MORAES, C. M.; GAIA, F. S.; SILVA, K. Y. C. Audiências por videoconferência na justiça do trabalho. *Revista Direito UNIFACS – Debate virtual*. Salvador, n.239, 2020. Disponível em: <<https://amazonc.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6747>>. Acesso em: 10 set. 2020.

processuais no primeiro semestre de 2020 comparado ao mesmo período do ano passado.

O uso da videoconferência já encontrava substrato legal no CPC, entretanto, com a adesão do Poder Judiciário a essa ferramenta cotidianamente, foi surgindo a necessidade de regulamentações complementares. No entanto, apesar de importantes, estes complementos normativos não abrangem todos os aspectos e peculiaridades que passaram a ser pensados agora com a prática rotineira do meio virtual, como por exemplo a incomunicabilidade dos depoentes.

Não obstante as dificuldades, assim como outros órgãos jurisdicionais, o Poder Judiciário cearense tem se utilizado da videoconferência para realizar as audiências de instrução e tem noticiado um aumento na celeridade nesse processo, sendo, inclusive, objeto de estudo para aderir a prática de maneira permanente e como forma de reduzir o tempo de duração de um processo que necessite de expedição de carta precatória, que com o uso dessa ferramenta eletrônica pode não ser mais necessária a expedição deste tipo de ato.

Quanto a eventuais mudanças procedimentais, verificou-se o caráter facultativo dado à audiência inicial de conciliação ou de mediação no Cejusc Fórum do TJ-CE. Essa alteração afetou significativamente o número de audiências realizadas neste órgão, conforme informações fornecidas por este. Contudo, a fase tão logo voltou ao seu rito normal, passou a acatar o adiamento da audiência em casos de problemas técnicos. Com esta retomada, registrou-se aumento nos índices de realização deste ato, mas ainda bem inferior em relação ao período concernente ao ano passado.

No que tange à abrangência nacional, constatou-se por meio de análise de números do Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2020 que também houve expressiva diminuição no quantitativo de audiências de conciliação pré-processuais e sentenças homologatórias de acordo no 1º grau nas Justiças Estaduais no geral.

Por fim, o uso da videoconferência para a realização das audiências de conciliação, mediação e instrução, encontra limitações que ainda necessitam de soluções para adequar as técnicas ao modo virtual. Devendo-se, ainda, pensar em meios que incluam a população de baixa-renda que não possua ferramentas tecnológicas para participar de atos virtuais restando garantido seu acesso à justiça.

Diante desta realidade apresentada das audiências remotas de mediação, conciliação e instrução, identifica-se como principais obstáculos a limitação do jurisdicionado aos equipamentos eletrônicos; a facilitação de fraudes nas audiências de instrução; e o comprometimento da confidencialidade nas audiências de mediação e conciliação. Tudo isso aliado à cultura jurídica da modalidade presencial e à dificuldade de adaptação em curtíssimo tempo.

Em contrapartida, sair da zona de conforto e aplicar o mecanismo da audiência eletrônica, até então pouco utilizada, fomentou a ampliação de mais meios que, em sendo bem utilizado e destinado a situações específicas de adequação à modalidade remota de audiência, podem contribuir para a efetivação do acesso à justiça.

Assim, a excepcionalidade da situação vivida por conta da pandemia tornou-se um momento de pensar soluções jurídicas criativas, de modo a construir novos saberes e estratégias para garantia de uma justiça justa, célere e satisfativa.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRAGA, M. A. P. L.; BRAGA, T. B. F. A produção da prova testemunhal na audiência trabalhista telepresencial e seu legado para a nova era do direito processual do trabalho pós covid-19. Revista eletrônica de direito processual – REDP. Rio de Janeiro, v. 21, n. 23, p.352-376, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2020.54208>. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54208>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Realidade na pandemia, sessões e audiências por videoconferência vieram para ficar. CNJ. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/realidade-na-pandemia-sessoes-e-audiencias-por-videoconferencia-vieram-para-ficar/>>. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Portaria nº 61, de 31 de março de 2020. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Resolução nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Resolução nº 313 de 19/03/2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Resolução nº 314 de 20/04/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Resolução nº 318 de 07/05/2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313, de 19 de março de 2020, e nº 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3308>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Resolução nº 322 de 01/06/2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>>. Acesso em: 31 jul. 2020

BUENO, C. S. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609130/>>. Acesso em: 31 jul. 2020

CÂMARA, A. F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/>>. Acesso em: 31 jul. 2020

CEARÁ. Decreto 33.510, de 16 de março de 2020. Decreta situação de emergência em saúde dispõe sobre medidas para enfrentamento e contenção da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível

em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.510-de-16-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020

CEARÁ. *Decreto 33.519*, de 19 de março de 2020. Intensifica as medidas para enfrentamento da infecção humana pelo novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-N%C2%BA33.519-de-19-de-mar%C3%A7o-de-2020.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CEARÁ. *Portaria Conjunta nº 1*, de 08 de abril de 2020. Dispõe sobre a realização de audiência virtual de conciliação e mediação no CEJUSC/Fortaleza durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2352&cdCaderno=1&nuSeqpagina=32>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 2*, de 29 de maio de 2020. Altera a Portaria nº01/2020/NUPEMEC, que dispõe sobre a realização de sessões de conciliação e mediação virtual nos Cejuscs durante o plantão extraordinário. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/06/portaria-no-02-2020-altera-a-portaria-no-01-2020-dj-29-05-20-pag-7.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 497*, de 16 de março de 2020. Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário cearense. Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28124>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 640*, de 24 de abril de 2020. Estabelece o procedimento para viabilizar as audiências especificadas no art. 6º, § 3.º, da Resolução nº 314/2020, do CNJ. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2361&cdCaderno=1&nuSeqpagina=4>>. Acesso em: 5 set. 2020.

CEARÁ. *Portaria nº 809*, de 8 de junho de 2020. Trata dos prazos dos processuais judiciais, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará, conforme Resolução nº 318, de 07 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://sistemas-internet.tjce.jus.br/includes/mostraAnexo.asp?san=28472>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Ferramenta eletrônica possibilita realizar seis audiências de instrução em único dia*. TJCE. 1º de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/ferramenta-eletronica-possibilita-realizar-seis-audiencias-de-instrucao-em-unico-dia/>>. Acesso em: 10 set. 2020

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados do Tribunal de Justiça realizam 2.277 teleaudiências durante pandemia*. TJCE. 17 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-do-tribunal-de-justica-realizam-2-277-teleaudiencias-durante-pandemia/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *Magistrados aprovam modelo de teleaudiência implantado pelo TJCE*. TJCE. 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/magistrados-aprovam-modelo-de-teleaudiencia-implantado-pelo-tjce/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). *TJCE apresenta plano de retorno às atividades presenciais com previsão de volta gradativa em julho*. TJCE. 11 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-apresenta-plano-de-retorno-as-atividades-presenciais-com-previsao-de-volta-gradativa-em-julho/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Impacto da Pandemia no Cumprimento das metas Nacionais do Poder Judiciário 2020*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/metasp-nacionais-2020-em-tempo-de-covid-19/>>. Acesso em: 18 set. 2020

GONÇALVES, M. V. R. *Esquematizado – Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615933/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

GRINOVER, A. P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, G.; LEONEL, R. B. (Orgs.). *O novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0236-2/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

KNEVITZ, R. L. S. *Conciliação virtual: princípios e procedimentos para sessões via WhatsApp em processos no Poder Judiciário de Santa Catarina*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Sistema de Justiça: conciliação, mediação e Justiça Restaurativa) – Tubarão, 2020, Universidade do Sul de Santa Catarina. Disponível em: <<https://www.r.uni.unisul.br/handle/12345/9535>>. Acesso em: 8 set. 2020.

LOURENÇO, H. *Processo Civil Sistematizado*. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985493/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

LUNARDI, F. C. *Série IDP – Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611003/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

MORAES, C. M.; GAIA, F. S.; SILVA, K. Y. C. Audiências por videoconferência na justiça do trabalho. *Revista Direito UNIFACS – Debate virtual*. Salvador, n. 239, 2020. Disponível em: <<https://amazonc.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6747>>. Acesso em: 10 set. 2020.

NOTÍCIAS: *Camilo oficializa plano de retomada gradual e 66 mil pessoas voltam ao trabalho nesta segunda-feira*, 1º. 28 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2020/05/28/camilo-oficializa-plano-de-retomada-gradual-e-66-mil-pessoas-voltam-ao-trabalho-nesta-segunda-feira--1.html>>. Acesso em: 10 set. 2020.

NOTÍCIAS: *“Saíam da Disneylândia”, afirma magistrado ao criticar audiências de instrução virtuais*. 4 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332917/saiam-da-disneylandia-afirma-magistrado-ao-criticar-audiencias-de-instrucao-virtuais>>. Acesso em: 10 set. 2020.

PINHO, H. D. B. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600519/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 2, p. 85-114, jul. 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/Dayse/Downloads/29893-159457-1-PB%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Dayse/Downloads/29893-159457-1-PB%20(6).pdf)>. Acesso em 10 fev. 2020.

PUREZA, I. L. *Online Dispute Resolution e os novos modelos de acesso à justiça na era digital*. 2019. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Rio de Janeiro, 2019: Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/12146>>. Acesso em: 9 set. 2020.

THEODORO JR., H. *Curso de Direito Processual Civil – v. 1*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

WATANABE, P. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. 11 de março de 2020. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/oms-declara-pandemia-do-novo-coronavirus.shtml>>. Acesso em: 31 jul. 2020.

REFLEXÕES SOBRE RESOLUÇÃO ON-LINE DE DISPUTAS (“ODR”) EM TEMPOS DE COVID-19¹

Fernanda Tartuce

Mestre e Doutora em Direito Processual pela USP. Professora do programa de Mestrado e Doutorado da FADISP. Coordenadora e Professora em cursos de especialização na Escola Paulista de Direito (EPD). Presidente da Comissão de Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Vice-Presidente da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Diretora do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Advogada. Mediadora.

Sumário: 1 Introdução; 2 Resolução On-line de Disputas (ODRS); 2.1 Aspectos evolutivos; 2.2 Conceituação e realidade brasileira; 3 Online dispute resolution: quarta parte na interação?; 4 Influências da mídia e atuação nos procedimentos; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.43, p.442-453, jan./abr. 2021.

1 INTRODUÇÃO

As interações eletrônicas vinham gradualmente se ampliando em diversas searas até que, a partir da crise gerada pela pandemia do novo coronavírus, sua consagração verificou-se de forma vigorosa em 2020: a valorização de meios viabilizadores de possibilidades relacionais na área jurídica direcionou cada um(a) de nós a atuar de maneira remota sempre que possível.

A inviabilidade de encontros presenciais e a acelerada “virtualização” dos contatos humanos ensejaram o exponencial aumento do uso de plataformas de comunicação síncrona (em que as interações ocorrem simultaneamente), geralmente por meio de vídeo e/ou áudio para reuniões, aulas e encontros sociais²; a familiarização com essas vias facilitou sua adoção maciça em audiências (judiciais e arbitrais) e em sessões consensuais (de mediação e conciliação).

Para muitas pessoas, pulsa vivamente a sensação de que fomos obrigados, por força da pandemia do coronavírus, a olhar detidamente para os meios eletrônicos e adotá-los, ainda que não constituíssem a opção preferida nem mais segura: precisamos aprender intensamente a usar os mecanismos digitais enquanto lidávamos com dilemas e angústias inerentes ao árduo momento vivenciado.

Uma forma interessante de lidar com situações desconhecidas é refletir com profundidade sobre possibilidades e limites na busca de ampliar conhecimentos sobre elementos evolutivos e aspectos proveitosos do tema focado.

Para tanto, fez-se uma pesquisa bibliográfica e documental qualitativa com o objetivo de identificar as formas de inserção da tecnologia nas ODRs, como ela tem transformado a interação entre as partes e advogadas(os) no contexto pandêmico e quais práticas têm sido adotadas para adequar à tecnologia aos meios consensuais de resolução de conflitos.

2 RESOLUÇÃO ON-LINE DE DISPUTAS (ODRS)

2.1 Aspectos evolutivos

Como podemos compreender a passagem maciça de interações do modo presencial para a prodigalizada atuação em meios eletrônicos?

Embora em 2020 tenhamos constatado, por força da pandemia do Covid-19, a intensa tendência de ampliar o uso de meios digitais, o tema vem sendo objeto de iniciativas e estudos há considerável tempo.

E como chegamos ao atual “estado da arte”?

Dentre os aspectos impulsionadores do desenvolvimento de meios extrajudiciais de solução de conflitos merecem destaque o crescimento do comércio eletrônico, o aumento do tempo que as pessoas gastam com deslocamento físico (principalmente em razão de congestionamentos cada vez maiores); o aumento do custo do transporte; o incremento do volume de trabalho desenvolvido pelas pessoas no dia-a-dia e a crescente morosidade dos meios tradicionais de resolução de conflitos (Poder Judiciário)”³.

Com o incremento de formas diversificadas de comunicação, logo se constatou que a

2 ASPERTI, Cecilia; TARTUCE, Fernanda. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP n. 148, 2020.

3 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 32.

realização de práticas ligadas aos meios extrajudiciais de composição de controvérsias não precisava se limitar ao formato presencial.

O mundo dos negócios foi o espaço em que floresceram de modo mais intenso as negociações on-line.

O surgimento de meios diferenciados para compor controvérsias (como negociação e arbitragem), diga-se de passagem, deu-se originalmente fora da seara jurídica. Por força da intensa necessidade de prover eficientes resultados no âmbito comercial, os “meios alternativos de solução de controvérsias” foram se desenvolvendo com gradual aplicação para outras áreas em que prevaleciam interesses de índole marcadamente patrimonial e transacional⁴.

Diante da ineficiência do Estado para prestar a tutela jurisdicional (sobretudo em relação ao dispêndio de tempo), o cidadão e seus grupos começaram a preferir soluções extrajudiciais em que pudessem se envolver por sua própria iniciativa.

Com o tempo, a tecnologia e a inteligência artificial deixaram de estar disponíveis apenas para grandes indústrias; ao se tornarem acessíveis à maior parte da população (por vezes sem custos diretos de aquisição, como no caso das redes sociais), foi se ampliando cada vez mais a adoção de ferramentas digitais para automatizar a execução de tarefas até então dependentes de agentes humanos⁵.

Empresários do comércio eletrônico perceberam a necessidade de melhor lidar com expectativas de clientes insatisfeitos e desenvolveram plataformas próprias para tratar de controvérsias entre consumidores e vendedores; os meios on-line desenvolveram-se então com impulso da globalização e do uso massivo da internet, fatores responsáveis pelo incremento na interação e nos negócios entre pessoas situadas em locais muito distantes – em muitos dos casos, diga-se de passagem, seria praticamente inviável adotar meios presenciais de composição de conflitos⁶.

Além da superação da distância geográfica, a utilidade e a necessidade de adotar meios on-line para compor disputas foram identificadas a partir de fatores como limitação de recursos financeiros e alcance de agilidade; ao ponto, segue explicando Ricardo Dalmaso Marques:

O ODR foi criado para tentar ultrapassar uma das maiores barreiras existentes para um maior desenvolvimento desse mercado: a prevenção e a resolução de disputas em grande volume, cuja falha em muitas instâncias poderia levar à falta de confiança de consumidores no e-commerce. Não é incompreensível: usuários de serviços on-line – ou seja, que contratam com agilidade – buscam resolver suas demandas também com a mesma eficiência, e nenhuma confiança há em um sistema que possibilita uma transação em segundos, mas a resolução de uma disputa em anos ou décadas. Nesse ponto, resolver conflitos – mormente demandas de consumidores – de forma eficiente significa contribuir para o crescimento, a lucratividade e a confiança de um mercado.⁷

4 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 168.

5 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. Disponível em https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%80NCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES_ALGOR%C3%80MICOS_E_OS_RISCOS_DE_ATTRIBUI%C3%87%C3%830_DE_FUN%C3%87%C3%830_DECIS%C3%93RIA_%C3%80S_M%C3%81QUINAS_Artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision_making_function_to_machines?campaign=upload_email. Acesso: 14 set. 2020.

6 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 31.

7 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez. 2019, p. 7.

A expansão de meios on-line para resolver controvérsias de consumo busca sobretudo encontrar formas inovadoras de lidar com disputas que, de outra forma, permaneceriam sem solução devido aos altos custos do litígio, aos desafios transfronteiriços ligados ao conflito de leis e à exigência de presença física em certos mecanismos; embora todos reconheçam que os meios on-line para consumidores devam ser facilmente acessíveis, amigáveis e econômicos, a tarefa de atribuir-lhes tais características não é fácil principalmente em disputas transfronteiriças, onde novos desafios afetam o paradigma da resolução on-line de disputas⁸.

2.2 Conceituação e realidade brasileira

A expressão *Online Dispute Resolution* (ODR) retrata a utilização da tecnologia da informação e da comunicação para compor conflitos, sendo tal uso referente à totalidade do procedimento ou somente a parte dele⁹.

A maior parte dos autores considera adequado adotar um conceito aberto: a expressão ODR inclui todo e qualquer uso de tecnologia no procedimento, incluindo desde e-mails com documentos até um sistema sofisticado de coleta/armazenamento de dados, com respostas automáticas e resoluções assistidas por computadores, dentre outras ferramentas; nessa linha, a tecnologia seria não só capaz de melhorar os procedimentos, “mas também de alterar substancialmente a forma como funciona o sistema”¹⁰.

A visão mais estrita também merece atenção: segundo Daniel Arbix, que adota o conceito clássico delineado por Ethan Katsh, *Online Dispute Resolution* (ODR) pode ser definida como “resolução de controvérsias em que tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflito”¹¹.

Superando resistências e desconfianças, aos poucos foi sendo ampliada no Brasil a adoção de meios eletrônicos para viabilizar reclamação, notificação e eventual troca de propostas negociais em conflitos de consumo.

Na prática anterior à pandemia, o uso de vias eletrônicas acabava sendo restrito a iniciativas pontuais ou a plataformas de comunicação assíncrona (nas quais as interações independem da presença simultânea da outra parte)¹² usadas para troca de propostas por meio de chats ou mensagens; em relação aos meios consensuais, tal dinâmica era muito mais próxima da negociação do que propriamente da conciliação e da mediação¹³.

8 CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3347977/Online_Dispute_Resolution_for_Consumers>. Acesso em: 27 maio 2020. Trecho original: “The expansion of ODR in the consumer context is not simply about reducing the cost of resolving disputes that could be settled face to face. It is mostly about finding innovative ways to settle niche disputes which otherwise would remain unresolved due to the high costs of litigation (not to mention cross-border challenges of conflict of laws) and face to face ADR methods. ODR for consumers should be characterised by being of easy access and user-friendly as well as being cost-effective. Yet, this is not an easy task, particularly in cross-border disputes, where new challenges enter into the paradigm of resolving disputes online”.

9 LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online Dispute Resolution (Odr): A Solução de Conflitos e as Novas Tecnologias. *Revista do Direito. Santa Cruz do Sul*, v. 3, n. 50, p. 53-70, set./dez. 2016.

10 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez. 2019, p.4-5.

11 ARBIX, Daniel de Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017, p. 58.

12 ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E.S.; MUHR, Diana. *Do conflito ao acordo na era digital* (meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC). 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016, p. 125.

13 ASPERTI, Cecilia; TARTUCE, Fernanda. “Conversando a gente se entende”: negociação, mediação e conciliação como meios eficientes após a pandemia. In: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano Souto (Coords.). *Coronavírus: direito do cidadão e acesso à justiça*. Indaiatuba: Foco, 2020.

Nas plataformas de negociação, há uma diferença marcante em relação aos meios tradicionais: não há resolução do conflito por um terceiro neutro, elemento que torna o procedimento mais oneroso por força do custo econômico e do dispêndio de bens imateriais de que as partes terão de dispor (como tempo e deslocamento, dentre outros); nessa medida, “experiências de outros países demonstram que o custo da resolução de uma disputa do consumidor por meio de mecanismos tradicionais é atualmente muito alto.”¹⁴

Como bem pontuam Antônio José Maristrello Porto, Rafaela Nogueira e Carina de Castro Quirino,

Há diversos debates sobre a eficiência desses mecanismos, que dependem essencialmente dos desenhos regulatórios de e-commerce. Os mais bem-sucedidos são aqueles em que a maioria das disputas é resolvida sem a intervenção de terceiros neutros. Os esquemas efetivos de reparação do consumidor geralmente adotam uma forma de pirâmide, onde a maioria das disputas é resolvida em sua base, depois que as partes trocaram todas as informações necessárias e apenas uma pequena proporção do progresso das reclamações para a próxima etapa em que um terceiro neutro intervém para facilitar as negociações¹⁵.

O uso da tecnologia em meios de solução de conflitos pautados na participação de terceiros (juízes e fomentadores de consenso) ocorria pontualmente em alguns procedimentos (sobretudo arbitrais); em prol da útil realização de atos específicos, como a assinatura de termos iniciais de arbitragem e a escuta de testemunhas por videoconferência, a prática eletrônica atendia a necessidade de prover maior comodidade aos participantes e permitir a superação de restrições geográficas.

Como se nota, apesar de os mecanismos on-line terem sido pensados inicialmente para tratar de relações estabelecidas no ambiente eletrônico, o uso da tecnologia em meios adequados de composição de conflitos surgidos em interações físicas também se verifica: trocas de e-mails, conferências telefônicas e videoconferências, assim como outros recursos tecnológicos, passaram a ser adotados por força da conveniência, da agilidade e da economia que ensejam¹⁶.

O uso dos meios on-line de resolução de disputas, como bem explicam Rodrigo Magalhaes e Marina Saraiva, vem sendo objeto de gradual evolução:

Do ponto de vista histórico, Katsh e Rifkin (2001) ensinam que o uso dos ODR pode ser dividido em três fases. O primeiro estágio perdurou até aproximadamente o ano de 1995, quando os métodos se mantinham adstritos praticamente à resolução de controvérsias ligadas a usuários e provedores de e-mail, permanecendo a sua utilização em contextos específicos. A segunda fase ocorreu entre os anos de 1995 e 1998, quando foi percebida a necessidade do uso de meios eletrônicos para solução de controvérsias que surgiam no ciberespaço de forma geral. Na terceira fase, que teve início em 1998 estendendo-se até os dias atuais, passa-se a compreender os MESC como capazes de resolver conflitos surgidos tanto fora como dentro do ambiente eletrônico¹⁷.

14 PORTO, Antônio José Maristrello, NOGUEIRA, Rafaela, QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 114, p.295-318, nov./dez., 2017, p.297.

15 PORTO, Antônio José Maristrello, NOGUEIRA, Rafaela, QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 114, p.295-318, nov./dez., 2017, p.297.

16 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 32.

17 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 30-31.

Estamos então inseridos nessa terceira etapa.

Atualmente as plataformas on-line no Brasil têm focado no uso de quatro institutos: (i) negociação automatizada e assistida, (ii) mediação on-line, (iii) arbitragem on-line, (iv) ombudsman on-line¹⁸.

A adoção de plataformas públicas de negociação e mediação on-line tem sido incentivada pelo Poder Judiciário brasileiro tanto em fases pré-processuais como no curso de processos judiciais. Há atualmente plataformas (tanto públicas e privadas) que atuam na autocomposição de conflitos favorecendo negociações; dentre as mais conhecidas destacam-se a Mediação Digital do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a [consumidor.gov](http://consumidor.gov.br)¹⁹, mantida e gerenciada pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça²⁰.

Lísa Fernanda Alves Vieira e Lina Tieco Doi promovem adicional esclarecimento sobre possibilidades temporais:

A resolução on-line de conflitos, com possibilidade de homologação digital do acordo por um juiz, pode ocorrer de duas formas: na fase pré-processual, por iniciativa e desejo das partes antes de o conflito adentrar ao Judiciário, ou já na esfera processual, após instaurada a lide. Há oferta de plataformas privadas ou públicas em ambas as modalidades²¹.

Apesar da ausência de atos normativos de Tribunais sobre a temática, apenas 11 (onze) deles ainda não disponibilizam opções de resolução on-line de conflitos:

Ou seja, em mais de 50% dos Estados, o Tribunal de Justiça torna acessível os serviços de alguma plataforma de ODR. Transformando os dados obtidos em porcentagens, percebe-se o maior fomento à temática advindo das regiões sul e sudeste, haja vista todos os seus Tribunais de Justiça aderirem ao menos uma forma de mediação ou conciliação digital. Em seguida, o nordeste e o Centro-Oeste, com 55% e 50%, respectivamente, de adesão dos Tribunais de Justiça às plataformas virtuais. Por fim, o norte vem a ser a única região do Brasil na qual menos da metade dos Estados incentivam os métodos consensuais de autocomposição pela via online²².

Como se nota, o tema vem crescendo sob o prisma quantitativo e merece ser devidamente compreendido pelos atores do cenário jurídico também em aspectos qualitativos.

Afinal, um tratamento padronizado desatento às características dos conflitos, das partes e da acessibilidade destas aos meios virtuais poderá ensejar obstrução de seu acesso à justiça²³ e ensejar uma grave ameaça à qualidade e à reputação dos meios extrajudiciais.

18 PORTO, Antônio José Maristrello, NOGUEIRA, Rafaela, QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 114, p.295-318, nov./dez., 2017, p.6.

19 VIEIRA, Laísa Fernanda Alves; DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, p.303-226, dez. 2018, p. 311.

20 BRASIL. Ministério da Justiça. *Sobre o serviço Consumidor.gov.br*. 2020. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 8 set. 2020.

21 VIEIRA, Laísa Fernanda Alves, DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, dez. 2018, p. 311.

22 VIEIRA, Laísa Fernanda Alves, DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, dez. 2018, p. 310-311.

23 TARTUCE, Fernanda; ASPERTI, Cecília. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP, n. 148, 2020.

3 ONLINE DISPUTE RESOLUTION: QUARTA PARTE NA INTERAÇÃO?

Como podemos compreender a adoção de meios eletrônicos na resolução de disputas: ela representa apenas uma nova forma de suporte dos mecanismos tradicionais ou chega a constituir uma quarta parte na interação entre as pessoas envolvidas na comunicação?

O conciliador, o mediador, o árbitro ou o assessor das partes, quando presentes, seriam a terceira parte; havendo um destacado “papel da tecnologia de gestão do procedimento e de estabelecimento da agenda, efetivamente guiando os litigantes a uma solução consensual, quando possível”²⁴, a mídia se configuraria como quarto elemento.

Ricardo Dalmaso Marques explica como a questão pode ser respondida por diferentes prismas:

Para alguns, os métodos de ODR seriam nada mais do que métodos adequados (ADR), porém auxiliados ou ampliados por meio do uso da tecnologia da informação e da comunicação (information and communications technology – ICT). Na realidade, todavia, os métodos de ODRs podem até ter começado como métodos de ADR executados ou administrados on-line, mas o fato é que a tecnologia forneceu aos sujeitos envolvidos “novos poderes”, pois possibilitou a criação de novos ambientes, inexistentes no mundo físico, a partir do uso dos crescentes tipos de comunicação on-line que foram se fazendo disponíveis (inclusive para esfera judicial, conforme o caso)²⁵.

São exemplos de ferramentas que podem ser agregadas pela plataforma a possibilidade de que o sistema realize cálculos complexos, o fornecimento de lista de opções com possibilidades não vislumbradas pelas partes e a inclusão de ferramentas de realidade virtual e/ou aumentada; como se nota, a influência sobre as interações das partes pode ser revolucionária²⁶.

A partir do conceito restritivo, as plataformas que ofertam serviços para compor controvérsias on-line apenas inserindo meios tradicionais (como negociação, mediação e arbitragem) no ambiente virtual não poderiam ser classificadas propriamente como ODR, já que trabalhariam com uma espécie de E-ADR; nessa linha,

As empresas de ODR propriamente ditas seriam, portanto, aquelas com plataformas plenamente automatizadas, que contam com robôs, ou algoritmos, que participam ativamente das negociações, como se fossem uma “quarta parte” na busca da resolução da disputa²⁷.

Em interessante pesquisa, constatou-se que, na prática, ainda preponderava no Brasil em 2018 a concepção ampla de ODR, que inclui tanto as resoluções de conflitos em que os meios alternativos tradicionais ocorrem on-line quanto as plataformas de negociações plenamente automatizadas; concluiu-se então que a percepção da tecnologia como quarta

24 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez., 2019, p. 4.

25 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez., 2019, p.3.

26 ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução online de disputas. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni (Coords.). *O advogado do amanhã* - estudos em homenagem ao professor Richard Susskind - Coleção Direito e Novas Tecnologias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

27 ROSA, Camila da; SPALER, Mayara Guibor. Experiências privadas de ODR no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. a.3, n.3, dez. 2018.

parte “ainda não tem sido explorada de modo representativo no país”²⁸.

Tem razão a perspectiva de que mídia viabilizadora da comunicação configura uma quarta parte na interação, assim como a adoção da visão ampliativa para abarcar diversas práticas no conceito de resolução on-line de disputas melhor se coaduna com a postura inclusiva e gradual para que possamos ir nos familiarizando, gradualmente, com novos suportes de tramitação e interferência.

4 INFLUÊNCIAS DA MÍDIA E ATUAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS

O uso de meios tecnológicos para transmitir informações naturalmente influencia o comportamento dos destinatários. São considerados efeitos da mídia (*media effects*) tanto os impactos na condução do procedimento como a forma como as partes dividem, recebem e interpretam as informações.²⁹

A relevância da plataforma, como se nota, passa a ser considerável nesse cenário, razão pela qual caberá aos profissionais que lidam com ela saber atuar de forma adequada.

Nas interações por meio eletrônico, antes de atuar segundo as diretrizes do meio de composição de conflitos propriamente dito, será importante abordar as condições tecnológicas para que a interação se verifique sem solução de continuidade.

A título de contribuição, eis sugestões sobre o que merece ser abordado para haver clareza sobre como a comunicação pode (ou não) fluir. Antes de ir ao cerne do objetivo buscado no meio de solução de disputa, será importante abrir espaço para escutar informações sobre o estado da rede dos usuários: a internet está operando bem ou apresenta instabilidades? Havendo conhecimento de problemas, será bom reportá-los desde o início. Se o sinal de algum usuário está bom mas o de outro(s) não, será importante cessar um pouco e verificar se realmente a pessoa está presente. E o som, funciona bem? Sobre a imagem, há boa visualização ou aspectos como a luminosidade precisam ser melhorados?

Orientações direcionadas a cuidados técnicos constam nas recomendações sobre procedimentos remotos de resolução de disputas estruturado pelo *Chartered Institute of Arbitrators* (CI Arb)³⁰ nos seguintes termos:

1.3. Devem ser alocados períodos de tempo suficientes para resolver possíveis falhas de conexão ou outras falhas técnicas uma vez iniciada uma reunião ou audiência. A assistência técnica e o monitoramento do status da conexão em todas as etapas dos procedimentos remotos devem ser providenciados sempre que possível e organizados com antecedência.

1.4. A conexão de áudio e/ou vídeo da mais alta qualidade disponível para as partes deve ser utilizada. As conexões devem ser capazes de proporcionar

28 ROSA, Camila da; SPALER, Mayara Guibor. Experiências privadas de ODR no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. a.3, n.3, dez. 2018.

29 BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

30 “O Chartered Institute of Arbitrators – CI Arb, instituição fundada em Londres em 1915 com representação no Brasil (CI Arb Brazil Branch) desde 2019, edita regularmente diretrizes acerca de aspectos variados dos sistemas de resolução de disputas. As diretrizes do CI Arb condensam práticas consolidadas e procedimentos recomendados a partir da experiência de grupos de especialistas. São divulgadas em seu website www.ciarb.org e amplamente aplicadas, por escolha das partes ou como soft law, para orientar a atuação dos envolvidos na resolução de controvérsias”. (Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/324412/chartered-institute-of-arbitrators-ciarb-recomendacoes-sobre-procedimentos-remotos-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso: 25 ago. 2020).

uma imagem completa das pessoas envolvidas e um som claro de suas alegações e intervenções. Isso não só garantirá procedimentos mais dinâmicos, mas também eliminará a necessidade de postergação de prazos e cronogramas para a observância do devido processo.³¹

Após assegurar que há condições tecnológicas de participação, já se poderá concretizar praticamente o meio de composição de conflitos?

Ainda não: será preciso falar sobre a plataforma utilizada, sendo interessante questionar se as partes estão familiarizadas com ela e se precisam de informações detalhadas sobre como interagir.

A pluralidade de ferramentas³² (definitivamente uma marca do Poder Judiciário brasileiro) é sentida desde o início da informatização do processo judicial, coexistindo desde 2006 diversos sistemas de tramitação eletrônica (como PJe, E-saj e Projudi)

Confirmando a visão multifacetada, antes da pandemia foi aprovado o enunciado 48 no Fórum Nacional de Conciliação e Mediação (Fonacon):

As audiências de conciliação, mediação e negociação direta podem ser realizadas por meios eletrônicos síncronos ou assíncronos, podendo ser utilizados: fórum virtual de conciliação, audiência virtual, videoconferência, whatsapp, webcam, skype, scopia, messenger e outros, sendo todos os meios igualmente válidos.

Como se nota, a parte e seu(s) advogado(s) precisarão ser versáteis para saber lidar com uma miríade de opções - que, aliás, se ampliou com a pandemia.

Ao ponto, merecem destaque as ponderações de Daniel Ferreira e Carolina Barrocas sob a perspectiva da mediação on-line:

Toda mídia possui suas vantagens e falhas e é nesse momento que um profissional bem treinado fará a diferença e utilizará a mídia como sua aliada. O mediador, ao usar a tecnologia em um procedimento de ODR, deverá estabelecer estratégias para vencer as dificuldades criadas pela mesma, como por exemplo, estabelecer confiança com as partes o quanto antes e fazer com que estas não dependam da leitura do comportamento não verbal (...) Um mediador deve, portanto, conduzir um procedimento online de maneira mais clara possível e se certificar, a todo momento, de que as partes compreenderam da maneira certa e na medida certa a mensagem enviada. O mediador deve assumir sempre o papel de esclarecedor da mensagem.³³

Os autores também lembram que talvez as partes em conflito nunca tenham feito uso da mídia que será utilizada: nesse cenário, dar explicações sobre a tecnologia será essencial para o sucesso da interação, esclarecendo o mediador que é normal sentir desconforto³⁴ e ser bem claro em relação ao contexto:

31 CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Disputas*. Disponível em: https://9961956e-d2ed-4f68-b6f9-5d9c38694afb.filesusr.com/ugd/f51e52_cd6a16d84d404118b4972084386f72ce.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

32 Há considerável diversidade: o Conselho Nacional de Justiça indica o uso da plataforma Webex; alguns juízes têm usado Zoom, enquanto certos tribunais adotaram Google Meet ou Microsoft Teams; há também registros de sessões conciliatórias realizadas por meio do aplicativo WhatsApp.

33 BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

34 Os autores completam: "O bom mediador deve ser capaz de prever a desconfiança e atuar de maneira imediata" (BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020).

Portanto, a única maneira de criar empatia e confiança entre as partes em um processo de mediação online é através de um profissional que seja capaz de: se conectar com as partes gerando *rapport*; estabelecer confiança o mais rápido possível; desconstruir a desconfiança; demonstrar que a tecnologia é aliada das partes; e aproximar dentro do distanciamento natural gerado pela mídia³⁵.

Orientação direcionada à chance de preparação prévia consta nas recomendações sobre procedimentos remotos de resolução de disputas estruturado pelo *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) nos seguintes termos:

A tecnologia, o software, o equipamento e o tipo de conexão a serem utilizados em um procedimento remoto devem ser objeto de consenso pelas partes e testados com todos os participantes antes de quaisquer reuniões ou audiências³⁶.

A proposta é muito interessante por permitir que as pessoas estejam minimamente familiarizadas com o sistema no dia da sessão ou audiência. Contudo, será preciso combinar datas e horários para os testes e isso ensejará adicional investimento de tempo (bem precioso e raro atualmente).

Caso não seja disponibilizada pelo Tribunal a oportunidade de teste, será importante que o advogado busque, por sua conta, fazer uma experimentação da plataforma com o cliente de modo a familiarizá-lo com ela.

Além de buscar preparar o cliente para aspectos tecnológicos antes da reunião, caberá ao advogado prestar redobrada atenção durante a sessão on-line.

Nas reuniões presenciais muitas vezes um contato visual do cliente sinaliza ao advogado a necessidade de solicitar uma pausa ou mesmo realizar uma intervenção mais assertiva; esse tipo de indicação acaba sendo inviabilizado em uma tela (onde todos em princípio olham para todos ao mesmo tempo).

Após a sessão, conversas de corredor e/ou na saída acabam também não ocorrendo, sendo substituída por uma ligação ou chamada de vídeo - nem sempre capaz de captar as percepções e os sentimentos que fluíram durante e após a sessão. Em suma: a dinâmica cliente-advogado, sem dúvida, é bem diferente quando ambos não estão fisicamente no mesmo ambiente, o que pode trazer prejuízos tanto para a preparação prévia quanto para a atuação durante a sessão e o diálogo subsequente³⁷.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inviabilidade de encontros presenciais causada pela pandemia do novo coronavírus gerou acelerada “virtualização” dos contatos humanos, tendo crescido exponencialmente no País o uso de plataformas de comunicação, geralmente por meio de vídeo e/ou áudio, para reuniões, aulas, encontros sociais, audiências (judiciais e arbitrais) e sessões consensuais

35 BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

36 Item 1.2 das Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Disputas. In: CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Disputas*. Disponível em: https://9961956e-d2ed-4f68-b6f9-5d9c38694afb.filesusr.com/ugd/f51e52_cd6a16d84d404118b4972084386f72ce.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

37 TARTUCE, Fernanda; ASPERTI, Cecilia. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP, n. 148, 2020.

(de mediação e conciliação).

A expansão do uso dos meios tecnológicos, aliada às reduções de distâncias, tempo e custos, tem proporcionado o aumento da adoção de meios on-line de resolução de disputas (ODR's).

Os meios consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, além de privilegiarem o diálogo e o restabelecimento de relações, reduzem o tempo e o custo gerado por eventual promoção de demandas judiciais. Assim como as ODR's, os meios consensuais foram ainda mais prestigiados pelo Poder Judiciário a partir da necessária fase de distanciamento social.

Apesar de apresentarem vantagens, a utilização de ODR's em sessões de conciliação e mediação apresenta alguns desafios, como a dificuldade de acesso a meios tecnológicos acentuada por desigualdades socioeconômicas, a instabilidade da rede, o distanciamento da parte com advogadas(os) e a necessária adaptação à mudança na forma de interação.

A utilização dos meios tecnológicos acaba inserindo uma nova parte na gestão do conflito. Enquanto o mediador, o conciliador e o árbitro atuam como terceiro que intervêm no conflito para conduzir o mecanismo de solução, a tecnologia compreende uma quarta parte que gera interferência na interação ao impor adaptações aos participantes.

Antes de ir ao cerne do objetivo buscado no meio de solução de disputa, é importante que mediadores, conciliadores e árbitros abram espaço para ouvir informações sobre o estado da rede dos usuários e eventuais dificuldades encontradas, dispondo-se a orientar os participantes do procedimento sobre a forma de resolvê-las e interagir na plataforma.

Partes e advogadas(os) também precisarão ser versáteis para lidar com uma miríade de opções tecnológicas que trazem consigo desafios inerentes a novas formas de comunicação e interação.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p.514-539, maio/ago. 2017.

ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017.

ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução online de disputas. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovani (Coords.). *O advogado do amanhã* - estudos em homenagem ao professor Richard Susskind - Coleção Direito e Novas Tecnologias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ASPERTI, Cecília; TARTUCE, Fernanda. "Conversando a gente se entende": negociação, mediação e conciliação como meios eficientes após a pandemia. In: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano Souto (Coords.). *Coronavírus: direito do cidadão e acesso à justiça*. Indaiatuba: Foco, 2020.

ASPERTI, Cecília; TARTUCE, Fernanda. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP, n.148, 2020.

BARROCAS, Carolina, FERREIRA, Daniel Brantes. Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Sobre o serviço Consumidor.gov.br*. 2020. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 8 set. 2020.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Disputas. Disponível em: https://9961956e-d2ed-4f68-b6f9-5d9c38694afb.filesusr.com/ugd/f51e52_cd6a16d84d404118b4972084386f72ce.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

CORTÉS, Pablo. Online Dispute Resolution for Consumers. Disponível em: <https://www.academia.edu/3347977/Online_Dispute_Resolution_for_Consumers>. Acesso em: 27 maio 2020.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E.S.; MUHR, Diana. *Do conflito ao acordo na era digital* (meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC). 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online Dispute Resolution (Odr): A Solução de Conflitos e as Novas Tecnologias. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set./dez. 2016.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p26. ISSN: 2178-8189.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v. 5, out./dez., 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Disponível em: https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES_ALGOR%C3%8DTMICOS_E_OS_RISCOS_DE_ATRIBUI%C3%87%C3%83O_DE_FUN%C3%87%C3%83O_DECIS%C3%93RIA_%C3%80S_M%C3%81QUINAS_Artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision_making_function_to_machines?campaign=upload_email. Acesso em: 14 set. 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v.114, p.295-318, nov./dez., 2017.

ROSA, Camila da; SPALER, Mayara Guibor. Experiências privadas de ODR no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. a.3, n.3, dez. 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_10.pdf; Acesso em: 14 set. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

VIEIRA, Láisa Fernanda Alves, DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, dez. 2018.

PRINCIPAIS MUDANÇAS NO PANORAMA DAS AÇÕES JUDICIAIS DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA

Mariana Dionísio de Andrade

Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora da Especialização em Direito Processual Civil da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) e da Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC). Professora da Escola Superior da Advocacia (ESA/CE, ESA/PI e ESA/SP). Professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela UERJ. Coordenadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito (PROPED) do Cnpq/UNIFOR. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Crises e Instabilidades: efeitos sobre os processos judiciais; 3 Classificação das ações judiciais antes e durante a pandemia; 4 Análise de dados: quais foram as principais mudanças no panorama das ações judiciais brasileiras; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: quais foram as principais mudanças no panorama das ações judiciais brasileiras durante o período de pandemia? Parte-se do suposto que o período de isolamento social e as medidas emergenciais de biossegurança para combate e prevenção ao coronavírus ocasionaram mudanças não apenas comportamentais, mas fundamentalmente sociais e econômicas, com repercussões na esfera das relações jurídicas. Tais mudanças possuem forte correlação com o aprofundamento da crise já vivenciada no Brasil, refletida nos altos indicadores de desemprego, retração econômica e desgaste institucional.

Para o direito, os impactos da pandemia foram percebidos nas mudanças para a regulamentação das visitas, na suspensão de contratos e redução de carga horária para as jornadas de trabalho, na renegociação de contratos, na adoção de medidas preventivas à propagação do coronavírus nos estabelecimentos prisionais e socioeducativos, nas normas de caráter transitório para a regulação das relações de direito privado etc.

A partir das mudanças na legislação, decretos, pareceres e recomendações de segurança sanitária em diversas instâncias, o panorama de restrição se ampliou gradativa e drasticamente, estendendo-se a diversos ramos da sociedade e imprimindo consequências nas relações jurídicas, motivo pelo qual trazer às discussões o peso das alterações é tão essencial.

A pesquisa se divide em três tópicos. O primeiro, aborda o cenário de crises e instabilidades econômicas e sociais vivenciadas no Brasil, com foco em seus efeitos sobre os tipos de processos judiciais. O segundo tópico se concentra na exposição do panorama da judicialização antes e durante a pandemia, a partir de análise comparativa dos dados secundários e verificação de períodos compatíveis com o propósito da pesquisa. O terceiro tópico realiza a análise de dados para encontrar a resposta ao problema de pesquisa e identificar quais foram as principais mudanças no panorama das ações judiciais brasileiras.

A abordagem metodológica é qualitativa, pautada em revisão de literatura e análise comparativa. Como hipótese, sugere-se que o volume de demandas trabalhistas e consumeristas representou aumento significativo em comparação às demais categorias. O período de verificação se concentra em 2020, mas para efeitos de validação externa a comparabilidade deve abranger o período imediatamente anterior, justamente porque o fenômeno analisado é recente e peculiar; razão pela qual, para realizar um comparativo factível, o período equivalente mais próximo (2019) é a escolha de pesquisa mais adequada.

Os dados são secundários, extraídos do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão do Conselho Nacional de Justiça e Relatório de Pesquisa (parcial) Decisões Judiciais relacionadas ao Covid-19, produzido a partir do uso de ferramentas de *data mining* e elaborado pelas pesquisadoras Vanessa Rahal Canado e Larissa Luzia Longo com o apoio do Instituto de Pesquisas Insper.

A pesquisa é relevante sob a perspectiva teórica porque preenche uma lacuna bibliográfica sobre o tema, além de oferecer uma contribuição inédita para as análises de médio alcance acerca da judicialização durante o período de pandemia. Ainda, possui relevância prática porque o monitoramento e consequentes descobertas sobre os temas levados ao Poder Judiciário tendem a revelar quais são os problemas judiciais mais recorrentes, auxiliando juízes e advogados a identificar um panorama específico de judicialização, elaborar iniciativas úteis para melhorar a qualidade das decisões.

2 CRISES E INSTABILIDADES ECONÔMICAS: EFEITOS SOBRE OS PROCESSOS JUDICIAIS

A pandemia global afetou aspectos sociais, políticos e econômicos da população mundial, gerando efeitos coletivos sobre a empregabilidade, previsibilidade financeira, saúde pública e planejamento orçamentário de empresas e da gestão pública. As incertezas se tornaram uma constante e os meios de prevenção e controle da doença, não raro, passaram a se confrontar com o exercício de liberdades individuais. O ato de sair de casa para a prática de atividades antes costumeiras passou a ser um desafio, as relações pessoais sofreram ajustes, a comunicação à distância se consolidou e a atuação profissional, em diversas esferas, foi drasticamente impactada¹.

É inconteste o paralelo entre o número de infectados, o descontrole quanto à propagação do vírus, o discurso negacionista, inclusive institucional, e o crescimento da crise financeira global. A economia moderna é uma rede complexa de partes interconectadas, que envolve o relacionamento estável entre funcionários, empresas, fornecedores, consumidores, bancos e intermediários financeiros.² Se um desses vínculos for rompido pela doença em si, ou mesmo pelas políticas de contenção, o resultado converge em uma cadeia de rupturas (explicada pela *multiple strikes theory*), em efeito dominó.

O dano econômico pode ser persistente e, sem a elaboração de programas capazes de assegurar aos trabalhadores uma renda mínima, os postos de trabalho podem não mais existir no período pós-pandemia, porque muitas empresas podem fechar definitivamente as portas. O panorama que se observa no Brasil reflete precisamente essa reação em cadeia: empresas sem lastro financeiro para suportar os prejuízos do baixo consumo, endividamento em massa, retração do mercado e conseqüente elevação dos níveis de desemprego, acompanhados de uma instabilidade política potencialmente perigosa.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua PNAD COVID-19³, o país atingiu 14,4% de taxa de desocupação, com 15,3 milhões de pessoas sem possibilidade de reinserção no mercado de trabalho devido à pandemia e/ou por falta de trabalho na localidade. Um total de 2,7 milhões de pessoas foram afastadas do mercado de trabalho em razão das medidas de isolamento social e 21,8 milhões de brasileiros tiveram vencimentos reduzidos. Empregados do setor privado com carteira assinada tiveram afastamento recorde pelas medidas de contenção da proliferação do vírus e uma média de 1,6 milhões de pessoas ocupadas deixou de receber remuneração.

Os indicadores de desemprego refletem fortemente o padrão de comportamento da economia de um país⁴ e, no Brasil, o cenário de crise que antecedia a pandemia se aprofundou:

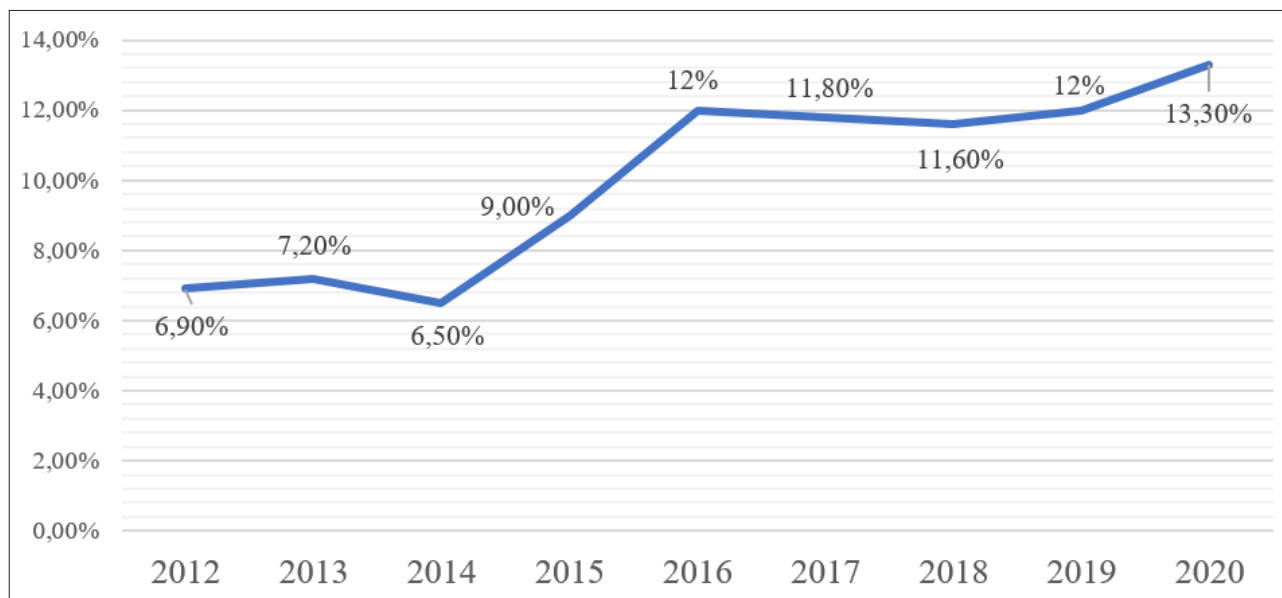
1 ANDRADE, Mariana Dionísio de; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. O papel das instituições de ensino superior privadas na garantia do direito à saúde física e mental dos trabalhadores em tempos de pandemia de Covid-19. In: D'ÁVILA, Ana Maria Lopes; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; VASCONCELOS, Mônica Carvalho (Orgs.). *Direitos humanos e empresas em tempos da pandemia Covid-19*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

2 MARISCAL, Jorge; LUSTIG, Nora. How Covid-19 could be like the global financial crisis (or worse). In: BALDWIN, Richard; DI MAURO, Beatrice Weder (Eds.). *Mitigating the Covid Economic Crisis: act fast and do whatever it takes*. London: Centre for Economic Policy Research, 2020.

3 IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD COVID-19*. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em: 01 set. 2020.

4 OLIVEIRA, Paulo Ricardo S. *Impactos da pandemia de Covid-19 sobre a economia brasileira*. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/covid-19/impactos-da-pandemia-de-covid-19-sobre-a-economia-brasileira/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Figura 01: Série histórica de desemprego no Brasil (julho de 2012 a julho de 2020)



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da Pesquisa PNAD IBGE 2020⁵.

Impactos setoriais foram percebidos em dimensões diferentes da economia, com retração das exportações, redução da produção industrial e da aquisição de insumos, maior endividamento das famílias, queda do consumo privado e conseqüente redução da circulação de capitais⁶. E sem a adoção de políticas de controle para a crise financeira (políticas fiscais; políticas monetárias; políticas de regulamentação financeira; políticas de seguro social; políticas da indústria; políticas comerciais⁷), a saída do momento de adversidade parece distante.

Os impactos econômicos da pandemia geram efeitos sobre os postos de trabalho e sobre um universo extenso de relações jurídicas, o que supõe a judicialização para temas não necessariamente recorrentes em tempos não pandêmicos⁸. Em um ambiente econômico desfavorável, o número de demandas tende a aumentar porque segmentos como emprego e contratos de consumo são afetados, além das questões que envolvem atrasos para o pagamento de pensões; recuperação judicial e falência, insolvência empresarial; distratos, rescisões e resoluções contratuais e as mais variadas modalidades de responsabilidade civil. Até mesmo os gastos da pesada máquina judiciária devem ser revistos, incluindo-se a necessária redução das despesas com custeio e material de expediente, sem perder a qualidade e a busca pela efetividade da prestação jurisdicional.

Quando um país vivencia a realidade de uma persistente crise social e econômica, os reflexos são percebidos em diversas áreas⁹, sobretudo no Poder Judiciário, que tende a

5 IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD COVID-19*. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em: 01 set. 2020.

6 DWECK, Esther. *Impactos macroeconômicos e setoriais da Covid-19 no Brasil*. Grupo de Indústria e Competitividade do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020.

7 MARISCAL, Jorge; LUSTIG, Nora. How Covid-19 could be like the global financial crisis (or worse). In: BALDWIN, Richard; DI MAURO, Beatrice Weder (Eds.). *Mitigating the Covid Economic Crisis: act fast and do whatever it takes*. London: Centre for Economic Policy Research, 2020.

8 ROTHSTEIN, Mark A.; IRZYK, Julia. Lawsuits of Last Resort: Employees Fight for Safe Workplaces during COVID-19. In: *University of Louisville School of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 07, 2020, p. 221-227.

9 GENTILINI, Ugo; ALMENFI, Mohamed; ORTON, Ian. *Social protection and jobs responses to COVID-19: a real-time review of country measures*. Versão

11. Banco Mundial Disponível em: <http://hdl.handle.net/10986/33635>. Acesso em: 20 ago. 2020.

acumular um número ainda maior de demandas em uma musculatura que já não suporta um volume tão massivo de processos a longo prazo. Diante das suspensões de contratos de trabalho e demissões em massa, e a partir de um cenário de intensificação de desigualdades, muitos brasileiros recorreram à justiça para a garantia de direitos mínimos, ocasionando um aumento significativo na judicialização.

3 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES JUDICIAIS ANTES E DURANTE A PANDEMIA

O Poder Judiciário deixou de ser apenas um ambiente de resolução de conflitos para se tornar um espaço de exercício e participação democrática pela ampliação do acesso à justiça.¹⁰ Dentre os temas frequentemente abordados nas ações judiciais estão as solicitações de leitos e/ou medicação específica para tratamento de pacientes com coronavírus, demandas derivadas das consequências econômicas da paralisação de atividades, dívidas e encargos trabalhistas e divórcios. Mas, para além dos processos já tradicionalmente ajuizados, novas categorias passaram a ocupar local de destaque na judicialização.

Sobre o tema e para fins de comparação com o período imediatamente anterior (2019), destacam-se as demandas mais recorrentes segundo as classes e os assuntos em 1º e 2º Graus, na Justiça Estadual e na Justiça do Trabalho, respectivamente:

Figura 02: Assuntos mais demandados na Justiça Estadual em 1º Grau (2019)

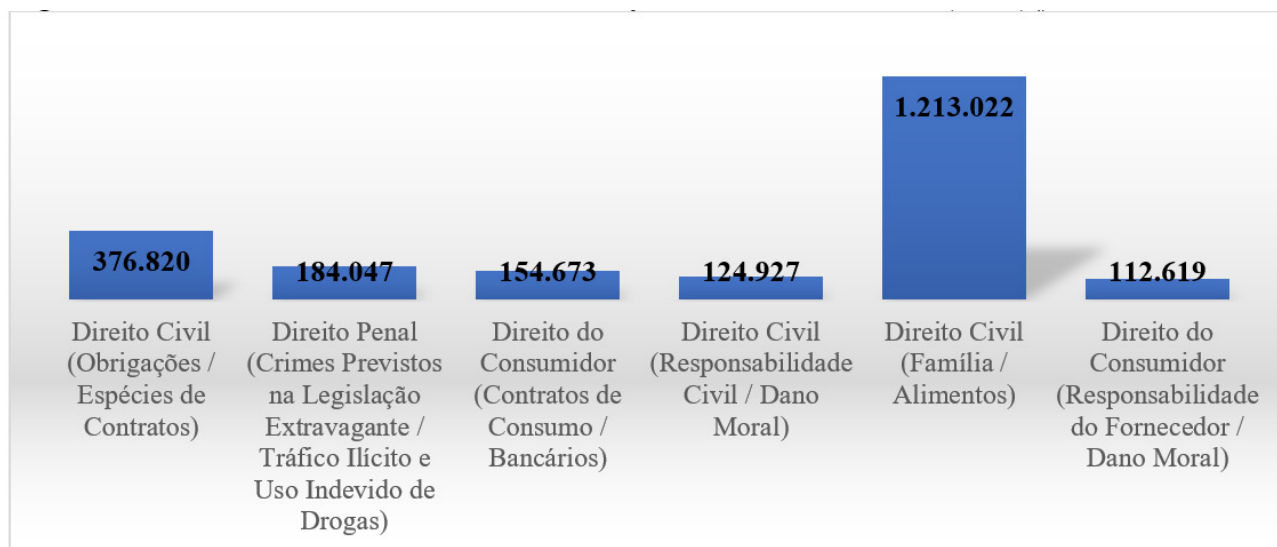


Fonte: Elaboração própria com base em dados disponibilizados pelo Relatório Justiça em Números 2020 ano base 2019¹¹

10 VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, dez./2008, v. 04, n. 02, São Paulo, p 389-406

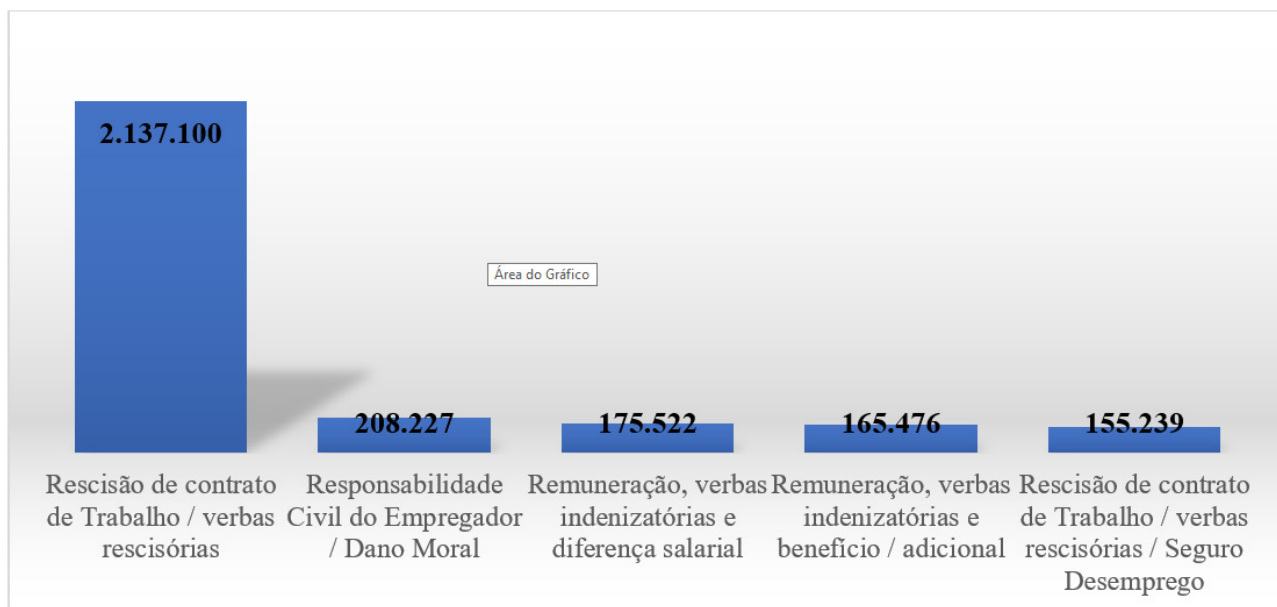
11 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

Figura 03: Assuntos mais demandados na Justiça Estadual em 2º Grau (2019)



Fonte: Elaboração própria com base em dados disponibilizados pelo Relatório Justiça em Números 2020 ano base 2019¹²

Figura 04: Assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho em 1º Grau (2019)

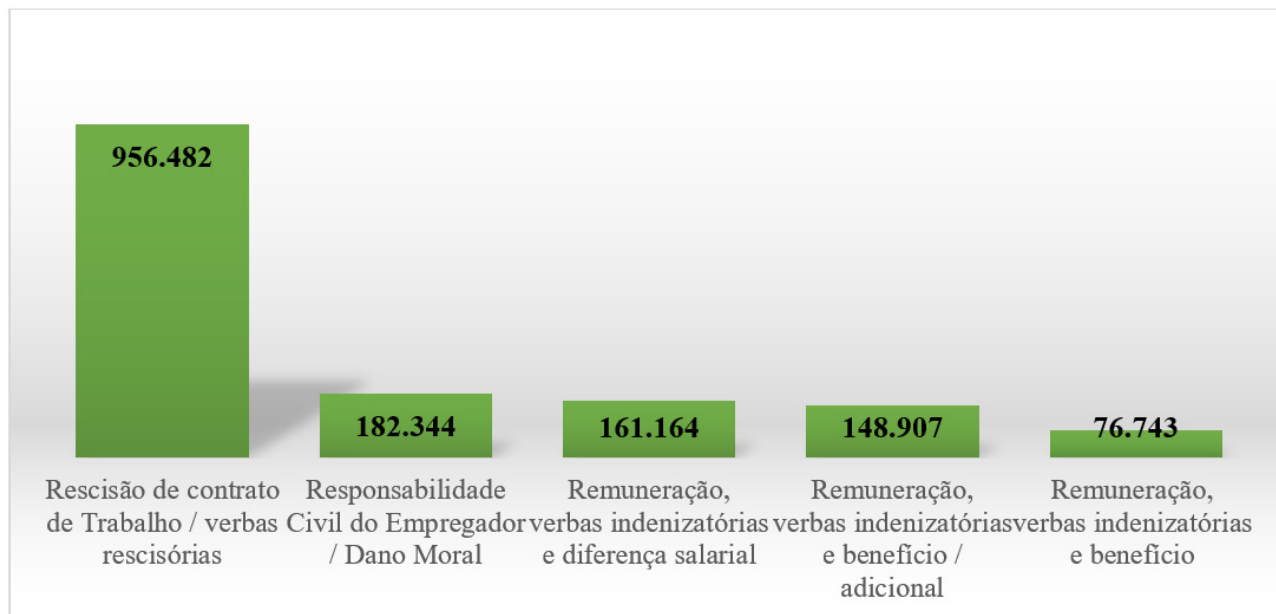


Fonte: Elaboração própria com base em dados disponibilizados pelo Relatório Justiça em Números 2020 ano base 2019¹³

12 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

13 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

Figura 05: Assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho em 2º Grau (2019)



Fonte: Elaboração própria com base em dados disponibilizados pelo Relatório Justiça em Números 2020 ano base 2019¹⁴

Segundo informações do Relatório Justiça em Números 2020, ano base 2019, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, as demandas mais recorrentes na Justiça Estadual em 1º e 2º Graus são as ações de direito de família (classe: Alimentos), seguidas por ações de direito civil (classe: Obrigações / Contratos em Espécie).

Já na Justiça Trabalhista, em 1º e 2º Graus, as demandas mais recorrentes são as rescisões contratuais e/ou cobrança de verbas rescisórias, seguidas por ações de responsabilidade civil do empregador e/ou cobrança por danos morais.

De acordo com o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão do CNJ, em consonância com o mapeamento realizado pelo Relatório de Pesquisa Decisões Judiciais relacionadas ao Covid-19¹⁵, elaborado com o apoio do Instituto de Pesquisa Insper, já existem mais de 182 mil decisões judiciais correlacionadas ao período de pandemia, incluindo-se temas como renegociação de contratos, suspensão de contratos trabalhistas e / ou redução de carga horária de trabalho, corte de fornecimento de serviços essenciais por falta de pagamento e controle sanitário. A pesquisa foi feita por amostra, com base em coleta aleatória para evitar o viés de seleção.

Não houve identificação sobre o quantitativo exato de decisões judiciais para cada categoria selecionada, limitando-se o estudo a construir inferências com base em amostras representativas do todo identificadas a partir da análise de diários oficiais da União, Estados e municípios, pautando-se nas amostras consideradas mais robustas. O período de coleta iniciou em março de 2020 e os resultados parciais foram divulgados em agosto de 2020. Seguem os resultados:

14 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

15 CANADO, Vanessa Rahal; LONGO, Larissa Luzia. *Relatório de pesquisa Decisões Judiciais relacionadas ao Covid-19*. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/06/Relatório_Decisões-judiciais_COVID-revisado.v2-final.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

Tabela 01: Classificação das ações judiciais mais recorrentes durante o período de pandemia

Categorias	Assuntos mais recorrentes	Tribunais mais demandados
Direito Administrativo	Controle Sanitário	JFRJ, TRF5, STJ
	Licitação	TJGO, TJDF, TJTO, TJRJ, TJSC, TJSP
	Revisão de Contratos e Concessões	TJGO, STF, JFES, JFSP, TJBA
	Transporte	TRF2
Direito Civil	Condomínio	TJDF, TJSP, TJSC
	Contratos bancários	TJSP, TJPB, TJDF, JFDF, TRF1
	Despejo	TJDF, TJSP, TJGO, TJPR
	Manutenção de atividades empresariais	STF, TJSP, TJGO, TJRJ, TJRS
	Recuperação Judicial	TJSP, TJSC
	Renegociação Contratual	TJDF, TJSP, TJPR, TJSC, STF, TJGO,
Direito Constitucional	Acesso à Informação	STF, STJ
	Educação Pública	STF
	Isolamento Social	STF, STJ, JFDF, TJMA
	Saúde Pública	TRF2, TJPE, TJSP
	Seguridade Social	STJ, STF
Direito de Família	Adoção	STJ
	Celebração de casamento	TJPE
	Pensão Alimentícia	TJSC
	Regulamentação de Visitas	TJRS, TJDF
Direito do Consumidor	Fornecimento de água, energia elétrica, gás e/ou telefonia	TJRJ, TJPB, TJSP,
	Inclusão em cadastro de inadimplentes	TJSP
	Mensalidade Escolar	TJRN, TJSP
	Planos de saúde	TJDF, TJSP, STJ
	Transporte Aéreo	TJRS, TJMG, TJRJ, TJPB, TJSP, TJSC
Direito do Trabalho	Condições de Trabalho inadequadas às medidas de proteção ao Covid-19	TRT3, TRT2, TJSC,
	Demissão sem justa causa	TRT2
	Doença Ocupacional	STF
	Licença para prevenção de contágio	TJSC
	MP medidas emergenciais	STF
	Saque do FGTS	STF, JFRJ, JFRS
	Suspensão de Contrato e/ou redução de jornada de trabalho	TRT2, STF, TRT1

Direito Eleitoral	Repasses a fundos eleitorais	JFDF
Direito Penal	Prisão Domiciliar	STJ, TJSC
Direito Processual	Construção de bens	TJRJ, JFRJ, TJMT, TJRO, TJSE, TJDF, TJGO, TRF2, TRF1, TJSP, STJ, STF
	Indenização por dano moral	TJRO
	Leilão judicial	TJSP
	Precatórios	TJSP, TJDF
Direito Tributário	Pagamento de Tributos e parcelamentos	JFSP, TJSP, JFMG, STF, TJDF, TJRS, TRF1
	Redução de Alíquotas	TRF1

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados fornecidos pelo Relatório de Pesquisa Decisões Judiciais relacionadas ao Covid-19.

Enquanto as ações de alimentos figuravam, na Justiça Estadual, como demandas mais representativas em termos numéricos no ano de 2019, o panorama das ações judiciais propostas parece ter sofrido alterações pois, conforme demonstrado, as demandas cíveis e consumeristas passaram a ocupar lugar de destaque em 2020.

Na Justiça Trabalhista, comparativamente a 2019, as temáticas específicas também parecem ter sido ampliadas para além das discussões sobre suspensão do contrato e/ou redução da jornada de trabalho, porquanto são numericamente significativas as demandas pela adequação às condições de trabalho, reparação por doenças ocupacionais e pedidos de licença para prevenção de contágio.

Há uma mudança de comportamento não apenas quanto aos temas, dada a inserção de novas questões decorrentes do momento de pandemia; mas também, quanto à postura dos tribunais.

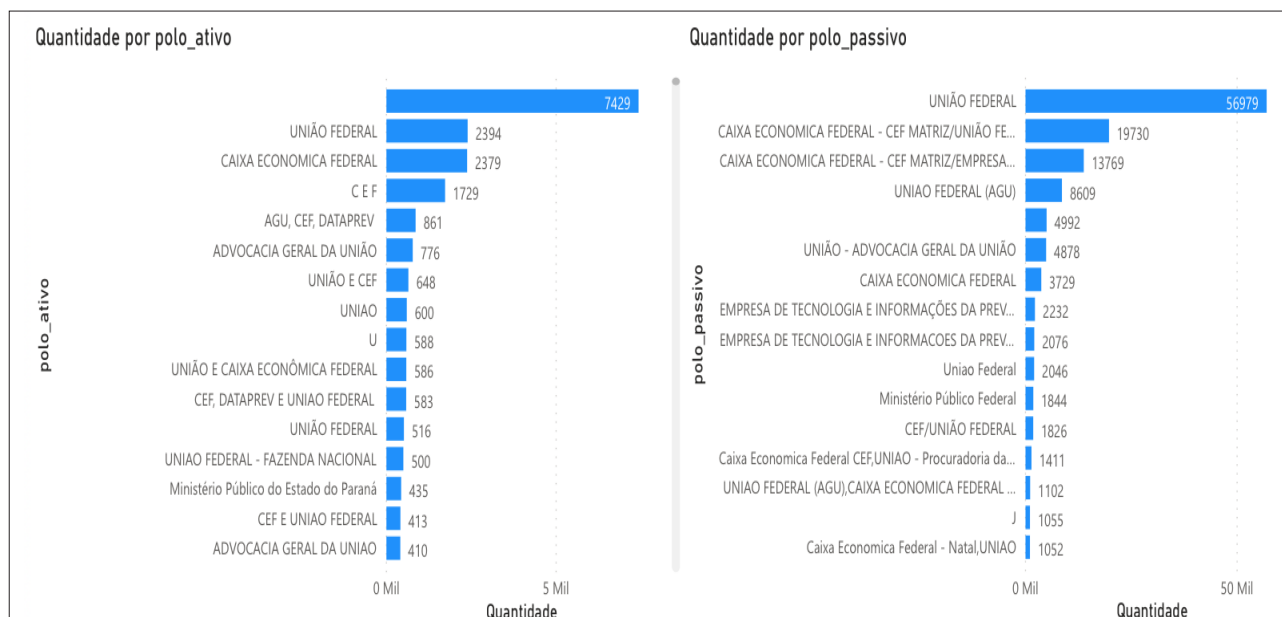
4 ANÁLISE DE DADOS: QUAIS FORAM AS PRINCIPAIS MUDANÇAS NO PANORAMA DAS AÇÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

A identificação das ações judiciais mais recorrentes durante o período de pandemia é útil para definir as iniciativas mais adequadas na atuação do Poder Judiciário, sobretudo quanto à disposição dos profissionais envolvidos, visto que a nova realidade exige maior capacitação dos juízes e utilização de ferramentas complementares para produzir decisões de melhor qualidade.

Foram muitas as modificações nas rotinas de trabalho dos tribunais: estabelecimento de regime para plantões extraordinários, adequações estruturais e aquisição de aparelhamento para o teletrabalho, adoção de medidas para a retomada dos serviços jurisdicionais e administrativos presenciais para demandas urgentes, digitalização de processos físicos (reforçada pelo art. 6º, §4º da Resolução n. 313/2020 do CNJ, apesar da existência da Lei n. 11.419/2006), despachos por meio remoto com magistrados, retorno gradual de servidores e terceirizados, adoção de rotinas de biossegurança, ampliação no uso de ferramentas virtuais para a realização remota de audiências e criação de comitês de acompanhamento das medidas de combate ao coronavírus.

A inclusão do tema “Covid-19” nos assuntos que integram o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão do Conselho Nacional de Justiça também representou mudança determinante para a análise estatística e acompanhamento do problema por cada tribunal.

Figura 06: Relação entre demandantes e demandados em ações judiciais sobre Covid-19



Fonte: Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão¹⁶

Segundo levantamento do Observatório, o TRF1 conta com o maior número de demandas sobre Covid-19 (33.109 ações em tramitação), seguido pelo TRF3 (29.476 ações) e TRF4 (24.760 ações). Quanto aos Tribunais de Justiça, o TJMG possui o volume mais expressivo de demandas em tramitação (8.605), seguido pelo TJPR (7.577), TJES (1.258) e TJMS (1.141).

O monitoramento e levantamento de dados estatísticos relativos à tramitação de demandas sobre o coronavírus é fundamental para identificar a dimensão do problema e as iniciativas a serem adotadas, além de constituir uma baliza para a atuação de outros Poderes.

A mudança de postura quanto à atenção dada ao momento de pandemia evidencia a dimensão do problema, atestando, mais uma vez, que as crises decorrentes da proliferação do vírus impactaram profundamente as esferas social, econômica, política e jurídica.

Para a legislação municipal e estadual, grandes mudanças foram verificadas, o que se atesta pelo número de leis criadas entre março a setembro de 2020. No total, foram 27.097 leis municipais e 1.411 leis estaduais, especificamente destinadas a regular e estabelecer medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública e contenção da Covid-19, conforme o que segue:

Tabela 02: Distribuição quantitativa do total de leis municipais e estaduais sobre o Covid-19 criadas durante o período de pandemia por unidade federativa:

Acre	Amapá	Amazonas	Rondônia	Roraima	Tocantins	Rio Grande do Sul	Santa Catarina	Paraná
20	57	125	150	14	32	11.596	7.324	2.359

16 CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão*. Disponível em: <https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/index.php/coronavirus-covid19/acoes-judiciais>. Acesso em: 01 set. 2020.

Piauí	Pará	Sergipe	Ceará	Alagoas	Bahia	Maranhão	Paraíba	Pernambuco
10	19	41	83	15	524	26	87	336
Goiás	Distrito Federal	Espírito Santo	Mato Grosso	Mato Grosso do Sul	Minas Gerais	Rio Grande do Norte	São Paulo	Rio de Janeiro
73	57	53	904	196	1.242	39	2.593	530

Fonte: Elaboração própria com base em dados disponibilizados pelo portal Leis Municipais 20 anos¹⁷

Quanto à produtividade, o sistema de teletrabalho sugere a progressão estatística dos resultados e tendência de que mais juízes consigam reduzir o acervo e, por conseguinte, o congestionamento. Considerando a redução da carga horária dispendida em audiências presenciais, menor disponibilidade de tempo destinado ao atendimento presencial e redução de despesas pela adoção do trabalho remoto, há teoricamente mais tempo para o estudo detalhado dos casos e para a dedicação à elaboração de decisões, o que impacta na produtividade dos magistrados.

Durante conferência virtual realizada em agosto de 2020¹⁸, o Ministro Dias Toffoli afirmou que no período da pandemia foram realizadas 366.278 videoconferências e criadas 19.616 salas de reuniões (Plataforma Webex Cisco) para audiências e sessões de julgamentos, o que representa um volume significativo para a atuação do Poder Judiciário brasileiro e um avanço inquestionável para o acesso à justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta ao problema de pesquisa, as principais mudanças no panorama das ações judiciais brasileiras durante o período de pandemia consistem no (a) aumento da normatização específica, o que se atesta pelo grande volume de novas leis estaduais e municipais sobre o tema; (b) diferença quanto aos tipos de demandas judiciais mais recorrentes, alterando o panorama verificado em 2019; (c) busca de maior compatibilidade entre a atuação dos tribunais e as novas necessidades apresentadas pelo jurisdicionado, comparativamente ao mesmo período do ano anterior (inclusive quanto à revisão de recursos e despesas); (d) aumento de produtividade nos tribunais e tendência de maior padronização das respostas ao jurisdicionado e melhor identificação das classes processuais por parte dos advogados.

Ainda, durante o período de pandemia, houve aumento de processos judiciais sobre constrição de bens, pagamento de tributos, suspensão de contrato ou redução de jornada de trabalho e renegociação de contratos em geral, adequação às condições de trabalho, reparação por doenças ocupacionais e pedidos de licença para prevenção de contágio. No direito consumerista, as demandas mais recorrentes foram a busca pelo restabelecimento do fornecimento de água, energia elétrica, gás e/ou telefonia; renegociações e inclusão em cadastros de inadimplentes.

17 LEIS MUNICIPAIS 2020. *Número de Leis sobre Covid-19*. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>. Acesso em: 12 ago. 2020.

18 Conferência "Trabalho remoto no Judiciário: resultados do uso da Plataforma Webex", realizada em 07 de agosto de 2020 para a apresentação dos resultados do uso da Plataforma Webex pelos tribunais brasileiros. Disponível em: <https://www.youtube.com/user/cnj>.

A mudança verificada se compatibiliza com o cenário de crise econômica enfrentado pelo país e mudança nas relações de trabalho, e reflete o agravamento das desigualdades sociais vivenciadas por muitos brasileiros que enxergam no acesso à justiça a única via para a realização de direitos básicos.

A hipótese de que o volume de demandas trabalhistas e consumeristas representou aumento significativo em comparação às demais categorias se confirmou, uma vez que, nos estudos apresentados, ambas as áreas sofreram impactos mais evidentes e contabilizaram um quantitativo mais significativo de demandas. É preciso pontuar que as pesquisas traduzem uma realidade de médio alcance, que podem sofrer modificações a partir das variáveis de controle utilizadas. No entanto, é certa a correlação entre a dimensão das crises econômica e social enfrentadas pelos brasileiros e os tipos de demandas judiciais propostas durante o período consultado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. O papel das instituições de ensino superior privadas na garantia do direito à saúde física e mental dos trabalhadores em tempos de pandemia de Covid-19. In: D'ÁVILA, Ana Maria Lopes; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; VASCONCELOS, Mônica Carvalho (Orgs.). *Direitos humanos e empresas em tempos da pandemia Covid-19*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Senado Federal, DF, 2006.

CANADO, Vanessa Rahal; LONGO, Larissa Luzia. *Relatório de pesquisa Decisões Judiciais relacionadas ao Covid-19*. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/06/Relatório_Decisões-judiciais_COVID-revisado.v2-final.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão*. Disponível em: <https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/index.php/coronavirus-covid19/acoes-judiciais>. Acesso em: 01 set. 2020.

DWECK, Esther. *Impactos macroeconômicos e setoriais da Covid-19 no Brasil*. Grupo de Indústria e Competitividade do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD COVID-19*. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em: 01 set. 2020.

GENTILINI, Ugo; ALMENFI, Mohamed; ORTON, Ian. *Social protection and jobs responses to COVID-19: a real-time review of country measures*. Versão 11. Banco Mundial Disponível em: <http://hdl.handle.net/10986/33635>. Acesso em: 20 ago. 2020.

KOMATSU, B. K.; MENEZES FILHO, N. *Simulações de Impactos da COVID-19 e da Renda Básica Emergencial sobre o Desemprego, Renda, Pobreza e Desigualdade*. Insper. Policy paper n. 43. São Paulo: Abril, 2020.

LEIS MUNICIPAIS 2020. *Número de Leis sobre Covid-19*. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>. Acesso em: 12 ago. 2020.

MARISCAL, Jorge; LUSTIG, Nora. How Covid-19 could be like the global financial crisis (or worse). In: BALDWIN, Richard; DI MAURO, Beatrice Weder (Eds.). *Mitigating the Covid Economic Crisis: act fast and do whatever it takes*. London: Centre for Economic Policy Research, 2020.

OLIVEIRA, Paulo Ricardo S. *Impactos da pandemia de Covid-19 sobre a economia brasileira*. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/covid-19/impactos-da-pandemia-de-covid-19-sobre-a-economia-brasileira/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, dez./2008, v. 04, n. 02, São Paulo, p.389-406.

ROTHSTEIN, Mark A.; IRZYK, Julia. Lawsuits of Last Resort: Employees Fight for Safe Workplaces during COVID-19. In: *University of Louisville School of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 07, 2020, p. 221-227.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INCENTIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS¹

Alessandro Jacomini

Pós-doutorado pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP).

Carlos Alberto Ferri

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP-SP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Mestre em Teologia Sistemática pelo SALT/UNASP. Especialista em docência universitária pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo. Especialista em Teologia Sistemática pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP-HT). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA-Mauá). Avaliador de Cursos de Graduação do Instituto de Ensino e Pesquisa Anísio Teixeira (Inep/Mec). Conciliador judicial credenciado junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Membro da Comissão de Liberdade Religiosa da OAB São Paulo. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB Campinas. Advogado.

Sumário: 1 Introdução; 2 A Tutela Jurisdicional Estatal; 3 Políticas Públicas; 4 Os meios alternativos de Solução de Conflitos; 5 Conclusão; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.353-365, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

O homem é um existente essencialmente social, o que lhe contribui para um mínimo de condições de sobrevivência. Por outro lado, os conflitos lhe são inerentes e, portanto, a sociedade que constitui os tem arraigado em sua própria natureza. Basta o convívio de duas pessoas para que o conflito se torne possível, de modo a afetar o direito do outro ou até de ambos. Assim, nas relações sociais, as contendas são possíveis e reais, podendo resultar a decomposição do equilíbrio social, especialmente nos tempos em que estamos vivendo, o tempo da COVID-19.

No passado², as próprias pessoas resolviam seus litígios. Por vezes, procuravam resolver seus conflitos de modo não adversarial, de forma pacífica através de negociações e, quando havia resistência, utilizavam-se da violência, instaurando-se um duelo em busca de resultados que melhor as satisfizessem. O tempo passou e elas foram se organizando em sociedades maiores, com relações mais complexas, com a dominação de alguns grupos sobre outros. Finalmente, sentiram a necessidade de que alguém específico e imparcial cuidasse da resolução dos conflitos em geral.

Para solucionar as contendas, de forma imparcial, o homem confiou ao Estado o dever de resolver os conflitos e manter a paz social. Assim, passa a ser função do Estado a constituição dos tribunais, reconhecendo-se que nenhum outro poder, além do Estado, encontra-se em melhores condições de dirimir os litígios, não só pela força da qual dispõe, mas, também, pela presunção do interesse de garantir a ordem jurídica estabelecida. Desde então, o Estado tem procurado cumprir seu papel, conforme a Constituição Federal, de promover a paz social e garantir o acesso à justiça.

No exercício nobre de suas atividades e diante da complexidade da sociedade pós-moderna, o Estado vem encontrando sérios obstáculos como a sobrecarga de processos, a morosidade e a qualidade de seu trabalho, o que tem prejudicado sua atuação e ferido seriamente seus ideais de senso de justiça e paz social. Percebe-se que a demanda é grande e o sistema judiciário não tem dado conta de atender a todos de modo efetivo e satisfatório. Tem-se frequentemente levado em discussão o impasse da necessidade de viabilizar de maneira efetiva o acesso à Justiça, o que vem sendo negado a toda população a ponto de atingir seus direitos primordiais.

É mister afirmar que apenas a jurisdição³ estatal não é capaz de solucionar todos os litígios existentes na sociedade. Em decorrência de tais acontecimentos, vem sendo trazido à tona sistemas alternativos de solução de conflitos, os quais recebem tal denominação pelo simples fato de ser o Poder Judiciário o único, até então, com o dever de solucionar os conflitos.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro garantir a manifestação da vontade das partes e preservar os chamados Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, constata-se a necessidade de propagação de tais tratamentos, nos quais os partícipes possam

2 Essa ideia pode ser melhor entendida quando Rousseau declara: O primeiro homem que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: "Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém!" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade social entre os homens*. Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. Brasília: Editora universitária de Brasília; São Paulo: Ática, 1989, p. 84).

3 OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial*. São Paulo: Atlas, 2013, p.10. O autor complementa dizendo que "cuida-se de função eminentemente estatal e traduz-se parcela da soberania do Estado, que comporta, também, a função legislativa e governamental, ou administrativa".

administrar suas demandas e, principalmente, enfrentar os conflitos de forma a promover a restauração do diálogo entre as partes, sustentando uma ordem jurídica mais coerente e justa. Percebe-se a importância de tais procedimentos e que ainda não se tornaram institutos populares, se comparado a outros países que adotam tais procedimentos.

Haver de proporcionar, à sociedade, informação e conhecimento acerca das soluções alternativas de conflitos, concedendo à população uma forma de resolver os seus litígios com mais eficácia e satisfação, além da intensidade do acesso à justiça e ao exercício da cidadania, não deixa dúvida à necessidade da divulgação dos propósitos da cultura de tais meios como remédio necessário e persuasivo. É preciso mudar a cultura do povo, sensibilizando-o para a utilização dos meios alternativos de resolução de contendas, buscando sempre, a cada dia, torná-los mais eficazes e com mais êxito.

2 A TUTELA JURISDICIONAL ESTATAL

Antes de se aprofundar no tema, se faz necessário esclarecer que o legislador nacional se preocupou em ver garantidos os direitos fundamentais na Constituição Federal. No Brasil, quem garante o cumprimento desses direitos é o Poder Judiciário, que pode ser acionado quando alguém ver ferido o seu direito. Por outro lado, tais garantias fundamentais funcionam, também, com o intuito de impor ou limitar a atividade do Poder Público no sentido de vir a resolver os conflitos inerentes aos direitos dos cidadãos.

A responsabilidade de resolver os conflitos é inerente ao grau de importância do Estado. Certamente, existe essa preocupação a mais com relação à responsabilidade do Estado, pois, desde o momento em que a harmonia social se vê comprometida, reconhece-se que nenhuma outra instituição se mostra em melhores condições de dirimir os litígios que o próprio Estado. Assim, adverte José Augusto Delgado⁴:

Ao Estado não é permitido criar nenhuma barreira que dificulte o acesso do cidadão ao Judiciário. Deve facilitar a atividade daqueles que procuram o órgão julgador, considerado na atualidade, como a última trincheira a ser ocupada para que se possa, com o uso dos instrumentos que a compõe, solucionar os ataques aos direitos individuais e coletivos.

A tutela jurisdicional é aquela em que o Estado toma para si o direito de resolver os conflitos e impor às partes o que foi decidido sobre a contenda. Este instituto surgiu com a proibição da autotutela, que era, por vezes, violenta, e com a organização dos povos, que entenderam ser melhor o Estado decidir as suas lides e, assim, restaurar a paz social. O procedimento judicial se faz útil para quando as partes não conseguem resolver seus próprios conflitos e precisam de alguém para lhes determinar a solução.

O acesso à justiça torna-se, portanto, um direito assegurado na Constituição Federal. É um requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. Segundo expõe Mauro Cappelletti⁵,

O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna

4 DELGADO, José Augusto. A arbitragem: Direito processual da cidadania. *REVISTA JURÍDICA*. São Paulo, 49, n. 282, p. 16, abril, 2001. Disponível em: < www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29776-1-PBpdf > Acesso em: 29 out. 2017.

5 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 05.

processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Entretanto, considerando a necessidade que a sociedade carece neste âmbito e a quantidade de casos apresentados diariamente, chega a ser ambicioso pensar em uma sociedade à qual seja acessível o Poder Judiciário em prazo considerável. O trâmite moroso do Judiciário acaba por deixar as partes insatisfeitas pela demora ou até mesmo pelo resultado, o que leva a questionar se a Justiça realmente está a cumprir com a sua função.

É impertinente a afirmação de que a “menor quantidade importa, necessariamente, em melhor qualidade das decisões judiciais”. Nessa direção, Alfredo Bochi Brum⁶ enfatiza que a “crise de acesso à justiça é mais ampla que a crise do acesso ao judiciário”, pois essa crise não está fundada na falibilidade ou carência dos julgadores, muitos considerados por ele “verdadeiros heróis”, mas,

(...) fundamentalmente, na falta de estrutura e recursos que, somados à geométrica progressão do número de demandas, tendem a se distanciar de uma solução rápida e efetiva à pacificação. E é justamente a ausência de mecanismos estatais capazes de minimizar sensivelmente essa distância um dos motivos que acabam por ratificar a referida crise⁷.

O que se tem de concreto na justiça estatal é a comprovada queda na qualidade dos serviços prestados, o acúmulo de processos nas pautas superlotadas de audiências, partes e advogados descontentes, além de juízes e servidores sobrecarregados de prazos.

É importante tal ressalva vez que se refere a algo extremamente preocupante e fatal, pois é facilmente constatável a insatisfação social a respeito da prestação jurisdicional. Em resumo, a sobrecarga em virtude do alto número de processos deixa o Poder Judiciário sobrecarregado⁸.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

O que se espera é que o poder judiciário possa desempenhar seu papel constitucional com maior celeridade e atender as demandas a ele impostas.

Assim, se faz necessário esse tópico para que se possa apresentar uma alternativa a essa realidade.

Então, após 1988, Constituição Federal de 1988, temos a figura do Estado Social com a Constituição Cidadã, trazendo em seu bojo os direitos fundamentais sociais⁹ com um passo para acabar de uma vez com as desigualdades sociais até então existentes.

Difícil é chegarmos em um consenso do que seriam políticas públicas, contudo temos buscado amparo no conceito cunhada por Maria Paula Dallari Bucci¹⁰ que assim define como sendo:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização

6 BRUM, Alfredo Bochi. *A arbitragem na seara dos conflitos coletivos e individuais de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

7 BRUM, Alfredo Bochi. *A arbitragem na seara dos conflitos coletivos e individuais de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

8 Conferir os dados em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

9 DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa direitos sociais e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

10 BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na Abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.) *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38.

de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹¹.

Já para Reinado Dias e Fernanda Matos¹² que entendem como sendo políticas públicas a:

função primordial do governo uma primeira definição de política pública pode ser formulada como sendo o conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que garantem e permitem a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais¹³.

Muito tem se discutido sobre a possibilidade de uma solução diferente da que temos hoje ao tratarmos de políticas públicas, ou seja, segundo Osvaldo Canela Junior¹⁴,

[...] inúmeras afirmações foram realizadas, a fim de que se pudesse construir uma hipótese viável de solução para o problema proposto, a partir de uma linha clara de instrumentalismo substancial do processo. O nosso objetivo foi o de, unicamente, provocar a transição de pensamento para a abertura completa do sistema à proteção jurisdicional dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações.

Podemos notar que há um movimento que busca solucionar questões envolvendo políticas públicas de uma forma diferente da que hoje se aplica, ou seja, buscar meios alternativos de solução de conflitos para que a demanda possa atingir um resultado mais rápido.

Segundo Mário Procopiuck¹⁵, está firmado o consenso em torno “ das políticas públicas é que normalmente decorrem de situações em que a sociedade não consegue resolver por si só os problemas que lhe afetam coletivamente”.

Mas o mesmo autor afirma que apesar de não ser um instrumento simples de ser articulado, “a política pública se constitui em meio politicamente legitimado que permite a canalização de recursos, de esforços e de comportamentos para enfrentar problemas coletivos”¹⁶.

Quando o jurisdicionado busca guarida no poder judiciário, este nem sempre encontra a resposta de forma rápida, pois há uma infinidade de processos que tramitam em busca de uma solução.

11 Conferir também o conceito em: BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na Abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.) *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35 e, conferir o conceito pesquisado por Lia Cristina Campos Pierson, citando outros dois juristas assim como segue: “O conceito de políticas públicas é objeto de acirrados debates teóricos. O conceito mais conciso provavelmente é aquele de Thomas Dye, citado por Michael Howlett: * “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”** – esta definição é útil apenas na medida em que reforça a noção de que as políticas públicas são escolhas conscientes e não acidentes ou ocorrências acidentais; como decisões de governo excluindo os demais atores sociais com as empresas privadas e as organizações não governamentais com a finalidade de manter o status quo, o que, sob certos aspectos, são características das circunstâncias atuais. Esta abordagem ignora o processo de implementação das políticas públicas e os elementos implicados nessa ação” (* HOWLETT, Michael. *Designing public policies principles and instruments*. New York: Routledge, 2011. p. 15. ** “What government chooses to do or not to do” (traduzimos). O conceito aparece em DYE, T. R. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs NJ: Prentice Hall, 1972, citado por Michael Howlett.). PIERSON, Lia Cristina Campos. Políticas Públicas, Opinião Pública e Agenda Setting, p. 156. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. (Orgs.). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p.156-167.

12 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

13 E completa os autores assim dizendo que: “Outra definição de políticas públicas pode ser sintetizada da seguinte maneira: são as ações empreendidas ou não pelos governos que deveriam estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana”.

14 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.

15 PROCOPIUUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

16 A política pública diz respeito, portanto, à mobilização político-administrativa para articular e alocar recursos e esforços para tentar solucionar dado problema coletivo. Nessa mobilização são levantadas possibilidades de solução, identificados e quantificados os custos, definido o escopo da ação para atacar total ou parcialmente o problema dentro de dada perspectiva temporal. Nesse processo de solução de problema, dependendo da sua amplitude e complexidade, pode haver a mobilização de grande número de recursos públicos, privados e da sociedade civil organizada. (PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138).

O poder judiciário age por provocação e esta pode ser o grande entrave junto ao grande número de processos, pois as suas decisões são *inter partes*, valendo apenas para os envolvidos, o que para Alessandra Gotti¹⁷ é:

[...] o Poder Judiciário só age sob provocação e suas decisões, em tese, somente valem para o caso sub judice, as decisões que julgam conflitos distributivos – ou que, sob o pretexto de fazer justiça comutativa, estão de fato envolvidas em questões distributivas – acabam, na prática, gerando um tratamento desigual para aquele que não se socorreu do Poder Judiciário.

O problema do Estado está em resolver a demanda, contudo com a demora exagerada, cria-se outros problemas, pois um jurisdicionado recebe do poder judiciário o resultado e outro, com a mesma demanda, por ter acionado o judiciário tardiamente sofrerá as duras consequências da demora.

Alessandra Grotti¹⁸ arremata:

Sem dúvida, a capacidade do órgão jurisdicional em impor suas decisões tem fundamental importância na dinâmica do sistema judicial, tendo em vista a inutilidade de uma decisão judicial que não consiga realizar seus resultados práticos e concretos. Todavia, não se pode tomar a positividade das decisões judiciais como atributo único para aferir a efetividade da tutela jurisdicional. Ela deve perseguir objetivos que se perfazem por outros meios e visam a outros fins, além da simples satisfação do interesse da parte reclamante.

Políticas públicas se tornou um direito do jurisdicionado, contudo a sua aplicação e implementação tem sido difícil, pois o poder Executivo nem sempre tem cumprido com seu papel constitucional.

Dessa forma, busca-se um novo conceito de políticas públicas que possa assegurar a melhor garantia daquele que busca amparo estatal, assim temos:

Políticas Públicas são reações a anseios sociais, por vezes, garantidos constitucionalmente, que por meio de normas e atos jurídicos são concretizados através de ações governamentais específicas que alcancem o fim pretendido.¹⁹

Tal conceito visa dar maior implementação de modo que se evite o poder judiciário para buscar a satisfação e alcance de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, especialmente àqueles chamados de mínimo existencial, sem os quais não há possibilidade de existência digna, o que seria plenamente ajustado com as questões envolvendo as soluções de conflitos, objeto do tópico seguinte.

4 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Existe no mundo, e em cada ser humano, uma limitação pessoal que ele mesmo coloca, limite este que respeita o próximo a fim de que haja paz no ambiente em que vive. O Estado regula o social, mediante suas normas, para que cada indivíduo cumpra com sua

17 GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.178.

18 GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 181.

19 FERRI, Carlos Alberto. *Controle Judicial de políticas públicas como instrumento garantidor de direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2019, p. 61.

obrigação e respeite o direito alheio.

Assim, segundo Thomas Hobbes²⁰, teria sido conquistado o chamado contrato social, isto é, um acordo para que haja renúncia unânime de práticas ofensivas entre as pessoas. Porém, nem o contrato social nem o Estado conseguem fazer com que a sociedade não entre em conflitos.

Um mecanismo sozinho não é capaz de solucionar qualquer conflito que possa surgir na sociedade, por isso é importante que existam todos os mecanismos de forma livre para escolha dos envolvidos. Dentre eles, destacam-se os meios heterocompositivos e os autocompositivos.

As formas heterocompositivas de solução de conflitos constituem-se da tutela jurisdicional estatal e, também, da arbitragem. Já a autocomposição é formada pela negociação, conciliação e a mediação, estas que são conhecidas, juntamente com a arbitragem, como métodos alternativos de solução de conflitos.

A arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/1996, se equipara ao processo judicial estatal, no qual a solução é proferida por um terceiro imparcial. A diferença é que no processo judicial as partes não escolhem o juiz e, no processo arbitral, as partes escolhem as leis e o árbitro, firmando um termo de compromisso. A arbitragem, “assim como a jurisdição (estatal), é um mecanismo de obtenção da heterocomposição, pois por ela um terceiro imparcial certifica o direito, caso existente, fixando a forma de sua exata satisfação”²¹.

A arbitragem constitui um meio alternativo de solução de controvérsias cujo objetivo é obter uma solução imposta por uma ou mais pessoas com poderes advindos de convenção privada. Nesta, não ocorre a intervenção estatal e a decisão dela oriunda assume a mesma eficácia de sentença judicial. A arbitragem não se confunde com mediação e conciliação, pois, o conciliador atua “na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro”²², já o mediador “busca neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos”²³.

A arbitragem aparece, principalmente, no cenário do comércio internacional como sendo instituto jurisdicional autônomo e dotado de características próprias. Sua autonomia deriva do fato de não se confundir com outros meios de solucionar conflitos. É jurisdicional porque obrigatoriamente uma sentença resultará do processo arbitral, e a partir da sua natureza negocial, formas de instalação e desenvolvimento afere-se suas características próprias²⁴.

Sua estrutura acoberta-se de três elementos básicos. Num primeiro momento, reveste-se da forma de contrato no qual as partes optam pela via arbitral para solucionar os litígios que sobrevierem. Num segundo momento, é um contrato firmado entre as partes e o árbitro e, por último, há uma série de normas de direito público regulando os requisitos da convenção.

A arbitragem traduz a característica fundamental do Estado Democrático de Direitos que é a liberdade, neste caso, mais precisamente, a liberdade de contratar. Tanto o é que, na arbitragem de direito, atribui-se às partes a escolha das normas jurídicas a serem aplicadas pelo árbitro.

20 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 112-113.

21 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

22 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 287.

23 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 287.

24 LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2.

Afirme-se, por fim, que na arbitragem de direito é livre às partes a escolha das normas jurídicas aplicáveis pelo árbitro, desde que não se infrinjam os bons costumes ou a ordem pública (art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem). Podem ainda as partes convencionar que o árbitro se pautará na solução da controvérsia pelos princípios gerais do direito, pelos usos e costumes (com toda certeza estes serão muito empregados nas lides comerciais, por ser notória a influência dos costumes sobre o direito comercial), ou pelas regras internacionais de comércio (art. 2º, § 2º, da Lei de Arbitragem). Trata-se de tema intimamente ligado à autonomia da vontade das partes, e que já gerou graves divergências doutrinárias, principalmente no campo do Direito Internacional Privado²⁵.

O cerne deste instituto é, enfim, o recíproco reconhecimento entre partes, reconhecimento este que passa a ser o sentido e o fundamento do Direito. Deste modo, a sociedade não pode ser interpretada como algo casual, pois a harmonia, própria do ser humano, é a regra na qual a humanidade caminha naturalmente e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões.

Com este intuito, também, encontram-se as formas autocompositivas de solução de controvérsias.

Exalta-se os mecanismos para a obtenção da autocomposição pelo alto grau de êxito quanto (...) a rapidez, eficácia e baixo custo, bem como pela abrangência com que atinge bem tais resultados e pelo baixo grau de efeitos danosos colaterais.²⁶

A forma autocompositiva direta de resolução de conflito é a negociação. Trata-se da maneira mais utilizada para administrar negócios e abordar questões conflitantes na sociedade. Negociação é um meio natural que o ser humano tem para obter uma pretensão. O interessado se apresenta a outra parte para tentar conseguir o que lhe é de interesse, podendo o outro oferecer alguma resistência ou, também, simplesmente aceitar a pretensão exposta. Quando há resistência à vontade, é natural que se inicie um diálogo negocial entre as partes.

O homem não deixa de agir conforme sua natureza humana e, por isso, procura o diálogo todas as vezes que o interesse da sociedade depender da satisfação de outrem para ser plenamente atendido²⁷.

A negociação é o diálogo somente entre os envolvidos num conflito, com o objetivo de resolvê-lo de forma harmoniosa. A ideia da negociação é possibilitar o diálogo que antes não existia e conservar a relação a partir da resolução do conflito. O anseio é que as partes encontrem, por si mesmas, a solução para, então, manter a relação pacífica doravante.

Na negociação, a principal característica é a ausência de um terceiro para auxiliar na solução do conflito ou impor uma decisão final. Isso é o que distingue a negociação da mediação e conciliação, pois, nela, não existe a presença de um terceiro imparcial. As partes negociam entre elas mesmas. Pode, inclusive, ocorrer ajuda do advogado, mas este ficará do lado de uma das partes, não sendo imparcial.

Porém, por motivos pessoais, muitas vezes o diálogo não ocorre, restando vivo o

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009, p. 20.

26 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 154.

27 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 113.

problema. Há, então a necessidade de se incluir um terceiro imparcial que tentará promover o diálogo para autocomposição. Nesta situação, encontra-se a conciliação e a mediação. Às vezes, se confunde mediação com conciliação em virtude do próprio litígio, além da matéria não ter definição específica na legislação vigente. Em ambas, o mediador e o conciliador procuram “realizar uma atividade essencialmente política, pois o seu papel não é de reativar, apenas, os meios de comunicação entre as partes litigantes”, mas, também, de observar as leis vigentes para manutenção da ordem pública²⁸.

A conciliação pode ocorrer pré-processual ou processual, isto é, pode acontecer antes da propositura da ação no judiciário ou durante o andamento do processo. A conciliação extra ou pré-processual é importante, pois pode evitar o deslinde de um processo.

O setor de conciliação e mediação é de suma importância no gerenciamento do processo, pois auxilia o juiz, na medida em que recebendo um processo previamente estudado e no qual há possibilidade de composição, por meio de seus conciliadores e mediadores devidamente capacitados, conduz as partes à resolução do conflito²⁹.

A conciliação trata-se de uma finalidade expressamente equiparada ao instituto da mediação. Mas, o propósito conciliativo contempla a resolução de controvérsias em matéria de consumo e em temas de relações bancárias, além de outras modalidades. Nelas, o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução encontrada e propõe os termos do acordo. Em geral, a conciliação é desenvolvida pelo próprio juiz ou por terceiro orientado pela doutrina jurídica, tendo por escopo apenas a solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas reclamações das partes.

Os tribunais têm instituído quadro de conciliadores com o objetivo de tentar resolver as demandas já propostas. A conciliação processual, assim como a mediação, pode ser feita em primeiro e segundo grau de jurisdição, ou seja, durante o processo judicial ou após a sentença de primeiro grau e seus recursos. Embora já possa ter havido, até ali, um “vencedor”, ainda existe um prazo para recurso, no qual poderá ser modificada a decisão. O tempo que ambas as partes precisariam esperar até uma decisão definitiva pode ser encurtado através da autocomposição delas. É de se destacar que a autocomposição nesses âmbitos do processo tem alcançado altos níveis de acordos.

Paralela à conciliação, a mediação corresponde certamente a determinadas finalidades de política legislativa. Diferentemente da conciliação, que tem por intuito consentir um acordo apenas sobre a base negocial de um conflito, a mediação constitui uma modalidade alternativa de resolução de controvérsias mediante a composição voluntária inicialmente da contrária posição das partes e, em um segundo momento, do negócio. A mediação dá a oportunidade de resolver litígios dentro do próprio Poder Judiciário só que de forma autocompositiva, dando às partes o protagonismo para lidar com o conflito. Trata-se de uma técnica socrática de busca da verdade.

O mediador dirige uma série de perguntas para fazer com que as partes reflitam e encontrem as respostas. É perguntando que ele consegue situar as partes sobre o porquê de estarem num conflito e como sair dele. Assim, o mediador não interfere na vontade dos mediandos, deixando livre a criatividade deles. As perguntas são capazes de organizar a mente sobre o passado e projetar para o futuro, pois geram reflexões. As perguntas devem

28 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

29 GROSMAM, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs.). *Mediação no judiciário: Teoria na prática*. Brasília: Primavera Editorial, 2011, p. 298.

ser dirigidas aos mediandos, a fim de que eles respondam para si mesmos se o que eles têm feito tem gerado benefícios ou não. Com indagações como essa, cada indivíduo tem condições de começar a refletir e passar a entender que, talvez, se continuarem com o foco errado, o objetivo principal não poderá ser atingido.

A mediação é um processo que objetiva conferir às pessoas envolvida a autoria, o protagonismo de suas decisões por meio da reflexão e de uma postura criativa frente aos problemas, explorando possibilidade de solução e ampliando alternativas em busca de um ambiente cooperativo³⁰.

O mediador tem o papel de mudar o foco da animosidade para aquilo realmente interessa, e não manter o pensamento das partes sobre o quê cada uma acha que tem direito. Para isso, a única coisa que o mediador deve ter acesso, antes de iniciada a mediação, são informações básicas como o nome das partes, a identidade do litígio e se é processual ou pré-processual. O fato do mediador não conhecer do caso em seus detalhes, faz com que o clima de “perde-ganha” se afaste, pois quem fala são as próprias partes e, assim, vê-se um momento de desabafo.

Na mediação, não são utilizadas provas, não se verifica quem está certo e quem está errado. O mediador deve cuidar para que as partes não percam tempo fazendo acusações, já que o espaço de mediação não é de disputas. Assim, as falas na mediação não podem ser objeto de prova para o processo ou motivo para sua proposição. O foco da mediação é do diálogo, da composição, da colaboração e do bom senso.

Quando as pessoas falam, elas mesmas se ouvem e começam a notar que o problema pode ser visto de outros ângulos. Isso provoca bons resultados, resultados estes que vão além da simples resolução de conflito. O cerne da mediação se encontra no ouvir as partes e, por isso, o mediador deve ouvir as partes de maneira igual e de modo imparcial. O mediador apenas direciona as partes no sentido de que elas mesmas busquem as respostas das perguntas que, de fato, levam à solução da lide.

A mediação ultrapassa os problemas que a motivam, desocultando novos caminhos para a solução dos conflitos. São numerosas as vantagens da mediação, dentre elas a economia de recursos e, principalmente, de tempo, pois o problema pode ser resolvido em uma única sessão.

São inegáveis os benefícios que traz este meio alternativo que, ao compor o conflito, consegue, entre outras vantagens, obter rapidez, eficácia de resultados, redução do desgaste emocional, redução do custo financeiro, garantia de privacidade, de sigilo, redução da duração, redução da reincidência de litígios, maior facilitação da comunicação, promoção de ambientes mais colaborativos, melhoria dos relacionamentos e maior compromisso das partes em cumprir acordo por elas constituído³¹.

Na mediação, portanto, o que importa é resolver a lide e manter as relações de modo a não seguir mais com o conflito. Os conflitos não envolvem somente os mediandos, mas também a família e filhos, dependendo do caso. Esse fato faz da mediação um mecanismo ainda mais importante, pois o mediador conduz as pessoas, principalmente por meio de perguntas, à reflexão sobre o seu conflito e o que necessitam para resolvê-lo. Sem a ajuda

30 GROSAMAM, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs.). *Mediação no judiciário: Teoria na prática*. Brasília: Primavera Editorial, 2011, p.182.

31 SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem, conciliação, mediação nos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004, p.216.

de um mediador as reflexões poderiam nunca existir.

Como exemplo, a mediação familiar é importante por tentar manter os laços familiares e a relação pais e filhos. Já a mediação social implica na gestão de conflitos advindos de vizinhos e comunidades.

A mediação escolar realiza-se com sucesso a muitos anos em diversos países (...). Proporciona que os jovens sejam conscientes da importância das regras de convivência, mediante o reconhecimento da possibilidade de existirem outras razões, diversas da própria, mas igualmente válidas, que merecem ser acolhidas e respeitadas³².

No dia-a-dia, é muito comum a mediação de maneira informal, onde parentes, pastores ou amigos se posicionam entre as partes para ajuda-los a negociar. Esse terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem a um acordo, aproximando-as novamente, diferentemente da jurisdição tradicional que afasta as pessoas, tornando-as quase inimigas na busca da melhor solução para si. A mediação não se ocupa em criar um vencedor ou perdedor, mas, sim, criar uma solução para sanar as necessidades. Não existe parte vencedora, pois não há competição.

O principal objetivo da mediação é direcionar o conflito entre as partes para um final feliz, devendo ser observados os princípios que a regem. Mediação, na linguagem doutrinária, é entendida como os bons ofícios empregados em um país cuja cultura não seja a de conflitos, mas de paz social.

Se essa é uma alternativa significativa para que se busque a paz social, em tempos de pandemia não podemos desprezar essa ferramenta eficaz que se possa resolver os mais diversos litígios decorrentes do viver em sociedade, especialmente os litígios oriundos ou potencializados pela COVID-19.

Isso se mostra tão importante que há uma plataforma³³ de conciliação destinadas a demandas relacionadas a COVID-19.

Essa plataforma, chamada de plataforma interinstitucional, foi desenvolvida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) e atende as diversas demandas envolvendo a COVID-19, especialmente, os casos de auxílio emergencial.

Por fim, essa iniciativa, “é um espaço de diálogo e articulação entre os cidadãos, o Poder Judiciário, os órgãos e entidades públicas, servindo como meio para a obtenção de acordos que se revelem mais adequados à natureza das políticas públicas sanitárias”³⁴, o que mostra, o compromisso com as demandas a celeridade necessária para se resolver uma demanda.

5 CONCLUSÃO

A carta Constitucional garante proteção e implementação de direitos, especialmente os direitos fundamentais.

A busca por esta concretização se dá hoje por meio das políticas públicas que deveriam ser implementadas pelo poder Executivo que, através de sua administração, tem condições de identificar, mapear e apresentar um plano de governo capaz de atender o anseio da sociedade.

32 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

33 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-de-conciliacao-de-demandas-sobre-covid-19-atende-mais-de-800-casos/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

34 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-de-conciliacao-de-demandas-sobre-covid-19-atende-mais-de-800-casos/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

O jurisdicionado, pela inércia ou omissão do poder executivo tem buscado o poder judiciário para resolver seus anseios, porém, o poder judiciário está sobrecarregado e tem demorado na resolução de suas demandas, e, em tempos de pandemia, mais demandas surgiram.

É nesse contexto que os meios alternativos de solução de conflitos têm se apresentado como sendo uma possibilidade real e eficaz para que a demanda seja resolvida de maneira rápida e que atenda a expectativa dos envolvidos, basta conferirmos a iniciativa do TRF 3, que criou uma plataforma destinada a resolução de conflitos envolvendo a COVID-19.

Isso tudo se dará de maneira satisfatória, pois a resolução do conflito é construída pelas partes envolvidas e, assim, cada qual sabe do seu limite e até onde pode ir com o acordo construído, especialmente, em tempos de pandemia, garantindo-se também, com essa medida, a contenção da expansão da pandemia.

Lembrando que as políticas públicas podem se tornar uma excelente ferramenta capaz de minimizar os diversos conflitos do convívio em sociedade.

REFERÊNCIAS

BRUM, Alfredo Bochi. *A arbitragem na seara dos conflitos coletivos e individuais de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.) *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38-88.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem: Direito processual da cidadania. *Revista jurídica*. São Paulo, 49, n. 282, p. 5-18, abril, 2001. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29776-1-PBpdf. Acesso em: 29 out. 2017.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa direitos sociais e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89-113.

FERRI, Carlos Alberto. *Controle Judicial de políticas públicas como instrumento garantidor de direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2019.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174-202.

GROSMAM, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Orgs). *Mediação no judiciário: Teoria na prática*. Brasília: Primavera Editorial, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Marins Fontes, 2003.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIERSON, Lia Cristina Campos. Políticas Públicas, Opinião Pública e Agenda Setting, p. 156. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 156-167.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade social entre os homens*. Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. Brasília: Editora universitária de Brasília; São Paulo: Ática, 1989.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem, conciliação, mediação nos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial*. São Paulo: Atlas, 2013.

REFLEXÕES SOBRE A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO EM TEMPO DE CRISE PANDÊMICA

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino

Pós-doutora em Direitos Humanos e em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL). Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutoranda em *Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social* pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL). Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Membro Efetivo da Comissão de Direito Processual Civil e da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB Nacional). Vice-presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão (OAB/MA). Investigadora no Centro de Investigação Justiça em Governação, vinculado a Faculdade de Direito da Universidade do Minho/Portugal. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 A mediação e os impactos jurídicos da pandemia COVID-19 na justiça brasileira; 3 A implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal; 4 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A década de 2010 inaugurou um importante capítulo na história jurídica brasileira ao introduzir através da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a política pública judiciária de tratamento dos conflitos de interesses, objetivando a desjudicialização de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, através da utilização dos mecanismos de solução de controvérsias, a exemplo da mediação e da conciliação.

A política pública judiciária de tratamento dos conflitos de interesses se estabeleceu dentro de um contexto de questionamento da representatividade do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional. Eis que, tradicionalmente, o Poder Judiciário desempenhava um papel conservador que acarretava um eloquente distanciamento em relação à sociedade, aos entes de formação de opinião pública e às instituições que compõem o sistema de justiça; por suposto, motivado pela intenção de autopreservação do próprio poder.

Na medida em que o Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça, formula uma política pública de tratamento adequado de conflitos, por meio da utilização dos meios consensuais de solução de controvérsias, ele acaba por possibilitar a ampliação do acesso à justiça, pois abre espaço para que os desalentados que necessitem de serviços públicos e privados, busquem a solução de seus conflitos para além da mera solução adjudicada de conflitos através de sentença judicial.

Em termos normativos, a política de pacificação social foi incentivada também pela Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) e pelo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) que introduziram importantes alterações no nosso ordenamento jurídico, viabilizando o uso de práticas cooperativas no sistema de resolução de conflitos.

No que tange a implementação da política pública judiciária nacional de resolução de conflitos, cujo marco regulatório completa o seu decênio, observa-se o estabelecimento de diretrizes de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, definindo a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, de solução e conflitos de interesses.

A Resolução n.º 125/2010 do CNJ trouxe importantes inovações dentre as quais: o estabelecimento de um programa de ações contando com a participação de uma rede constituída pelo Judiciário nacional e por entidades públicas e privadas parceiras, mantendo-se uma interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), as Defensorias Públicas e Ministério Público; o estabelecimento do código de ética dos mediadores e conciliadores; a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, visando atender aos juízos e juizados nas áreas cíveis, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados cíveis e fazendários; o incentivo a parcerias com universidades e instituições de ensino que, possibilitou a instalação de diversos Centro de Solução de Conflitos e Cidadania em universidades e, de início, a capacitação de alunos(as) como mediadores, dentre outras.

Essas inovações possibilitaram consideráveis avanços na Justiça brasileira, principalmente, após o advento do Código de Processo Civil, que inseriu diversos artigos (em especial, o artigo 134), acerca do procedimento da utilização da mediação e conciliação nos processos em trâmite na justiça brasileira, possibilitando o uso desses métodos consensuais em qualquer fase do processo, inclusive em fases recursais e executiva.

Há de se destacar que a Resolução n.º 125/2010 do CNJ emergiu em um contexto de forte congestionamento processual e de incredulidade em relação aos serviços do Poder Judiciário, conforme demonstrado no Relatório *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça:

Como o índice de litigância no Brasil é elevado e ainda existe um número significativo de potenciais usuários que não recorreram aos serviços judiciários, conclui-se que predomina uma realidade de excessiva concentração de demanda por esses serviços. Ou seja, no Brasil, poucos usam muito o Poder Judiciário ao passo que muitos ainda o utilizam pouco. [...].¹

O panorama da Justiça brasileira no que tange a questão da morosidade e do congestionamento processual pouco se alterou no decênio 2010-2020. Em dados recentes extraídos do *Relatório Justiça em Números 2019* (ano-base 2018), verifica-se uma litigiosidade em torno de 78,7 milhões de processos em andamento, o que significa dizer que, o tempo de giro do acervo é de aproximadamente 2 anos e 6 meses de trabalho ininterruptos para zerar o estoque de processos que tramitam no judiciário brasileiro.²

Não obstante os números inquietantes de processos, em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro, o ano de 2020 teve seu início marcado pela crise global pandêmica *Coronavirus Disease 2019* (COVID-19), por meio da declaração pública do surto do novo Coronavírus pela Organização Mundial da Saúde (OMS), datada de 30 de janeiro de 2020, que considerou como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, a merecer o mais alto nível de alerta pela Organização, com aprimoramento da cooperação e da solidariedade global visando a interrupção da propagação do vírus.³

Precisamente, no dia 07 de fevereiro de 2020, entrou em vigor, no Brasil, a Lei n.º 13.979/2020, que estabelece as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do surto de coronavírus COVID-19.⁴

Apesar da estipulação das medidas de enfrentamento da crise, no dia 20 de março de 2020, foi decretado o estado de calamidade pública no Brasil por decorrência do surto pandêmico do Coronavírus – COVID-19, ocasião em que foram aprovados o Decreto n.º 10.282/2020⁵ e Medida Provisória n.º 926/2020⁶, com o fito de regulamentar a suspensão das atividades reputadas não essenciais e definir àquelas reputadas essenciais e, portanto, consideradas indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, pois que colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, a exemplo, da assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares e da assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade. Ressalte-se que, o Decreto em comento, determina como atribuição do Poder Judiciário a definição quanto a limitação de seu funcionamento.

1 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília, DF: CNJ, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

2 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

3 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Folha informativa COVID-19: escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. [S. l.], 23 nov. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 26 jun. 2020.

4 BRASIL. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 7 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

5 Cf. BRASIL. Decreto n.º 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

6 Cf. BRASIL. Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 24 de jun. 2020.

Assim, a pandemia COVID-19, que já acarretou aproximadamente 153.000 mortos em sete meses de crise sanitária, quantitativo que representa a incidência de 2491,32 óbitos por 100 mil habitantes⁷, também impôs à Justiça brasileira restrições para o pleno exercício de sua atividade essencial. E, nesse aspecto, vale destacar que diversos governos estaduais estabeleceram medidas no âmbito de suas atribuições, visando a suspensão total /parcial dos serviços comerciais e das atividades reputadas não essenciais.

Esse novo contexto social, têm exigido um redimensionamento no exercício funcional do Judiciário e imposto frequentes atualizações das normas administrativas que regulam o funcionamento dos tribunais brasileiros. A exemplo, destaca-se a pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisa e Estudos sobre Direito Sanitário (CEPEDISA)/Universidade de São Paulo (USP) em parceria com a Conectas Direitos Humanos, onde se constatou que de janeiro de 2020 a maio de 2020 foram editados pelos órgãos federais mais de 1.236 normas jurídicas relacionadas ao COVID-19 durante a crise pandêmica.⁸

Nesse sentido, o presente trabalho tem o condão de promover uma reflexão acerca da utilização do instituto da mediação como mecanismo de acesso à justiça no cenário de crises, sobretudo, no contexto da crise pandêmica COVID-19, bem como destacar as recentes inovações notadamente estabelecidas através da Resolução n.º 697/2020 pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a verificar como a mediação tem servido como instrumento hábil e eficaz à resolução de conflitos de interesses, de forma adequada e célere.

2 A MEDIAÇÃO E OS IMPACTOS JURÍDICOS DA PANDEMIA COVID-19 NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Desde o primeiro anúncio oficial de caso confirmado por infecção pelo COVID-19 no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça diligenciou, no sentido de promover a orientação necessária e atualizada sobre as ações procedimentais no que tange aos serviços desempenhados pelos tribunais de todo o país. Para tanto, foi desenvolvido o portal *Notícias Coronavírus*, de modo a servir como instrumento de divulgação oficial de atos normativos, resoluções e despachos.

As primeiras providências consistiram em estabelecer as medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus – COVID-19 (Portaria n.º 52/2020)⁹ e a instituição de um Comitê para o acompanhamento e supervisão de prevenção ao contágio pelo vírus (Portaria n.º 53/2020).¹⁰ Em dados atuais, mais de 25 atos normativos foram expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça referentes a crise pandêmica. A exemplo, pode-se citar: a Recomendação n.º 68/2020, que trata sobre a propagação da infecção do vírus nos sistemas prisionais;¹¹ a

7 BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavirus Brasil*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 out. 2020.

8 CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO; CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 1, p. 1-13, 2020. Disponível em: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2020/07/01boletimcovid_PT.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

9 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria n.º 52, de 12 de março de 2020*. Estabelece, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus – COVID-19, considerada a classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original222922202003125e6ab7c2e37fb.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

10 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria n.º 53, de 16 de março de 2020*. Institui Comitê para o acompanhamento e supervisão das medidas de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus – Covid-19 tomadas pelos tribunais brasileiros. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original181655202003175e711417dea15.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

11 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 68, de 17 de junho de 2020*. Acrescenta o art. 8º-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar a vigência por noventa dias. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364>. Acesso em: 10 out. 2020.

Recomendação n.º 67/2020, que estabelece a adoção de medidas de urgência para a proteção de vítimas de violência doméstica e familiar;¹² a Portaria Conjunta CNJ/CNMP n.º 3/2020 que incluiu a proteção aos povos indígenas para monitoramento pelo Observatório Nacional sobre questões ambientais, econômicas e sociais;¹³ a Recomendação Conjunta CNJ/CNMP/MDH/MCidadania n.º 01/2020, que dispõe sobre os cuidados a crianças e adolescentes com medida protetiva de acolhimentos no contexto de transmissão comunitária do COVID-19.¹⁴

A pandemia COVID-19 tem provocado inúmeros impactos políticos, sociais e econômicos, além de ensejar o redimensionamento de atividades produtivas no país e em todo o mundo. Especificamente, no Brasil, em razão das limitações impostas pelos diversos decretos no âmbito federal e estadual, alguns reflexos começam a ser sentidos pela população. Nesse sentido, pode-se citar os vários casos de violência familiar contra mulheres, o corte de custos operacionais de diversas empresas, culminado na redução do quadro funcional e, em alguns casos, na suspensão de contratos de trabalhos, rescisão e revisões em contratos, por decorrência do bloqueio (*lockdown*) total e parcial das atividades, que ensejam a paralisação das aulas, das unidades de ensino público e privado, a suspensão de diversos eventos sociais e desportivos, os inúmeros pedidos de divórcios, a superlotação de clínicas e hospitais públicos e privados, precaridade no fornecimento de medicamentos e atendimento aos idosos, falências de grandes, micro e pequenas empresas, demissão de empregados, dificuldades de aquisição de bens e produtos essenciais, dentre outras contrariedades provocadas pela pandemia.

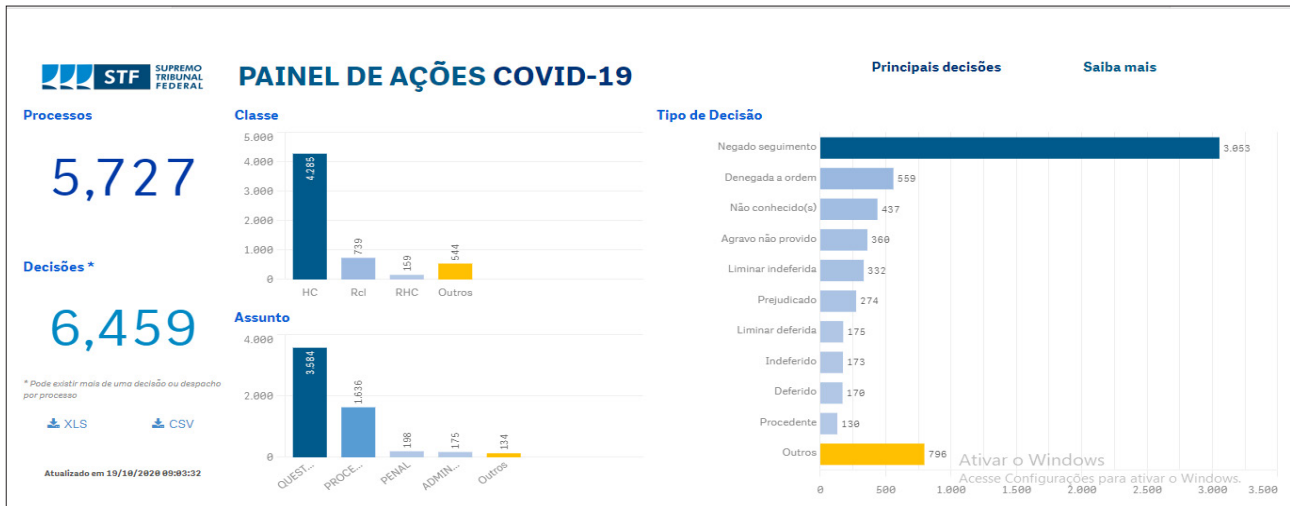
Essas relações sociais e jurídicas estão a sofrer os efeitos nefastos e endêmicos da crise COVID-19, que acabam por provocar o surgimento de conflitos de diversas naturezas na sociedade, o que faz com que muitas demandas desemboquem no Poder Judiciário, que já se encontra desaparelhado, com *déficit* em sua estrutura orgânica, sem aporte funcional adequado para permitir o fluxo transitório das demandas excessivas e impossibilitado de promover um tratamento adequado aos conflitos com razoável duração do processo e resolução célere.

Como exemplo, cita-se os diversos processos em trâmite no Supremo Tribunal de Federal (STF), inventariados através do *Painel de Ações COVID-19*, que contém os dados atualizados sobre os pleitos relacionados à pandemia, além das decisões proferidas pelo STF a respeito do assunto. No *Painel de Ações COVID-19* identifica-se um quantitativo expressivo de processos que versam sobre a matéria relativa à pandemia COVID-19, a demonstrar uma hiperjudicialização em tempos de crise.

12 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 67, de 17 de junho de 2020*. Dispõe sobre a adoção de medidas de urgência, durante a pandemia, para a proteção da integridade física, psíquica e da vida de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Recomendacao67-2020_17062020_DJE190_19062020.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

13 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria Conjunta n.º 3, de 8 de maio de 2020*. Inclui o tema Proteção aos Povos Indígenas e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 15, da Agenda 2030, para monitoramento pelo Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3352#:~:text=RESOLVEM%3A,e%20Grande%20Impacto%20e%20Repercuss%C3%A3o>. Acesso em: 10 out. 2020.

14 BRASIL. Ministério da Cidadania. *Recomendação n.º 1, de 16 de abril de 2020*. Dispõe sobre cuidados a crianças e adolescentes com medida protetiva de acolhimento, no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus (Covid-19), em todo o território nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 17 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Portaria/REC/recomendacao-conjunta-01-20MC.htm#:~:text=recomendacao%2Dconjunta%2D01%2D20%2DMC&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20cuidados%20a%20crian%C3%A7as,nacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 10 out. 2020.



Fonte: Painel de Ações COVID-19. STF¹⁵

Há de se destacar, o empenho do Supremo Tribunal Federal em garantir a prestação jurisdicional que o combate à pandemia está a exigir. Entretanto, também se nota a negativa de seguimento de muitas ações, que contém pleitos relacionados à pandemia. Por um lado, isso demonstra a inquietação de muitos cidadãos em relação ao reconhecimento e ao asseguramento de seus direitos, em especial, relacionados a direitos sociais, com saúde, educação, trabalho digno, segurança, direito do consumidor, entre outros garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, nos instiga a lembrar sobre a existência de potenciais usuários que necessitam da garantia de seus direitos, mas que encontram-se alijados do acesso à justiça e, ainda, do acesso ao Judiciário, o que demonstra a potencialidade de aumento de demandas nos próximos tempos.

Ressalte-se que, o acesso à justiça compreende a possibilidade do cidadão ter efetivamente acesso à aquisição e fruição de bens e serviços, como assevera Maria Tereza Sadek:

Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça.

[...]

Uma maneira de se operacionalizar o conceito de exclusão social é associá-lo ao de 'privação social'. Ou seja, a exclusão refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento. Transformar estes indivíduos em participantes da sociedade implica seu reconhecimento como sujeitos de direitos e com possibilidades efetivas de reclamá-los, caso seja desrespeitados.¹⁶

Em tempos de crise pandêmica, a atividade jurisdicional se depara com obstáculos direcionados à sua própria funcionalidade, tais como: a preservação da saúde de magistrados,

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de ações Covid-19*. Brasília, DF: STF, 19 out. 2020. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 19 out. 2020.

16 SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: <http://books.scielo.org/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020, p.170.

técnicos, advogados e usuários em geral, a necessidade de retomada gradual dos prazos processuais para garantir o pleno atendimento aos cidadãos. E, nesse aspecto, não se pode negligenciar a realidade orgânica dos tribunais brasileiros, os quais não possuem condições de atendimento e execução dos trabalhos e serviços unicamente de forma virtual. Todos esses fatores contribuem para o congestionamento de demandas perante o Judiciário brasileiro, motivando, assim, o fortalecimento de outras formas de resolução célere e eficaz dos conflitos de interesses na sociedade, especialmente durante a pandemia COVID-19.

Toda essa problemática jurídico-social, sugere um repensar de novos meios de resolução dos conflitos de interesses na sociedade, reforçando a necessidade da utilização da mediação como instrumento eficaz, célere e satisfatório à resolução de conflitos judicializados ou não.

A mediação ganha um importante contorno durante o período de crise pandêmica justamente por ser considerada como um procedimento informal que possibilita a negociação entre as partes, notadamente de questões e problemas relacionados e/ou desencadeados pela crise pandêmica COVID-19.

Pela conceituação do próprio Conselho Nacional da Justiça, a mediação pode ser entendida como:

Uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.¹⁷

Ou seja, a mediação se constitui em uma ferramenta àqueles que buscam a resolução dos conflitos de seus interesses, por possibilitar uma rápida resposta em relação a prestação jurisdicional caracterizada como lenta e insatisfatória diante da estrutura burocrática e calcificada do Poder Judiciário.

A utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos dentro do contexto de crise faz-se necessária, não apenas por garantir a celeridade necessária, mas porque permite a negociação do conflito numa relação tempo x custo reduzidos, além de possibilitar o atendimento dos interesses, observadas as margens de pactuação entre as partes.

Por outro lado, há que se ressaltar, o papel desempenhado pelos profissionais do ramo jurídico e instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública que exercem uma função de muita relevância, pois a direta relação e a interação que desempenham junto à sociedade propiciam o gerenciamento e o acompanhamento de casos conflituosos que podem ser resolvidos através do instrumento da mediação. Muitas vezes, a mera orientação evita o ajuizamento desnecessário de demandas, além de promover uma conscientização sobre a importância da pacificação social (inclusive, em tempos de crise).¹⁸

As consequências da paralisação por razão da pandemia COVID-19 serão inúmeras

17 O conceito de mediação foi definido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no link destinado aos programas e ações de conciliação e mediação. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Conciliação e mediação*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>. Acesso em: 24 jun. 2020.

18 AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. *Considerações sobre a Resolução CNJ n.º 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira: a solução dos conflitos de interesses?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

e acarretará o inadimplemento de várias obrigações ensejando uma busca desenfreada pelo Judiciário, o que, por sua vez, gerará um incremento de demandas e ações judiciais, ocasionando cada vez mais o congestionamento de processos e incentivando a morosidade na prestação jurisdicional.

Em tempos de crise e de pós-crise humanitária em razão da pandemia, os métodos consensuais, como a mediação de conflitos, ganham força, por incentivar o diálogo e possibilitar a negociação dentro de um respaldo legal que evita o sobrecarregamento do Judiciário com demandas capazes de serem resolvidas de forma consensual e extrajudicial, a fim de manter as relações jurídicas, formalizadas através dos instrumentos contratuais, possibilitando a adimplência e o cumprimento dos mesmos.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante das inúmeras inovações no que tange ao tratamento adequado de conflitos estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça e com a criação dos Centros de Solução de Conflitos nos 1º e 2º graus jurisdicionais, faltava uma resposta mais efetiva acerca do estabelecimento de uma engrenagem visando a busca pela consensualidade na Suprema Corte brasileira para tratar dos casos sob sua competência e, também, tendente à desjudicialização de processos que lá tramitam, e que hoje, se encontra na ordem de quase 26.559 processos¹⁹ (1.241 processos físicos / 25.318 processos eletrônicos), considerando a listagem completa de processos, com o indicador de 33,33% de congestionamento processual. Só esse ano foram recebidos até o momento 60.312 processos no Supremo Tribunal Federal, apesar e por conta da pandemia, já que como mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal instalou o denominado painel de ações do COVID-19 exclusivamente para monitorar todas as ações que versam sobre demandas relacionadas ao assunto.

Diante desse panorama de congestionamento processual da Suprema Corte brasileira, em agosto de 2020, o Ministro Dias Tóffoli anunciou a edição normativa da Resolução n.º 697/2020, visando a criação do Centro de Mediação e Conciliação e com o propósito de buscar soluções consensuais dentro do STF, em que pese uma salutar observação no sentido de que a Resolução CNJ n.º 125/2020 não se aplicar diretamente à Corte, mas se constitui como fonte normativa de inspiração à criação do Centro de Mediação e Conciliação que está subordinado à Presidência da Corte.

A proposta de criação do Centro de Mediação e Conciliação foi de origem concebida pelo Ministro Gilmar Mendes e se focaliza nos processos que podem ser resolvidos amigavelmente, objetivando a diminuição do acervo processual junto a Corte, a promoção da desjudicialização de processos e evitar a protelação da solução de casos sujeitos à competência do STF.

Nesse aspecto, a Resolução n.º 697/2020 exerce um papel simbólico porque se consolida como sendo a primeira tentativa de institucionalizar formalmente o uso da mediação em casos sob a competência do STF.

Entretanto, a Resolução n.º 697/2020 se destaca por outras inovações, cabendo uma interpretação hermenêutica de seu conteúdo normativo.

Um dos pontos de importância se refere a que o Centro de Mediação e Conciliação

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF: acervo atual*. Brasília, DF, 25 nov. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoB0Internet/anexo/acervo/acervostf2.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

pode atuar na busca de soluções de conflitos pré-processuais e processuais,²⁰ ou seja, em processos que ainda não foram ajuizados diretamente na Corte, possibilitando a realização de audiências prévias de mediação, como também naqueles processos que se encontram em tramitação no STF.

Outro ponto a merecer o devido destaque diz respeito a competência para buscar por meio da mediação a solução de questões de atribuição do STF, em que a lei, dada a natureza da própria competência, possibilite uma solução pacífica (artigo 3º da Resolução n.º 697/2020).²¹ Esse ponto enseja discussões polêmicas, haja vista que a busca por soluções pacíficas através da mediação independe da observância à rigorismos jurídicos e interpretações restritivas da lei ao caso concreto, inviabilizando uma tendência prevista no Código de Processo Civil, de uniformização das decisões e a consolidação de posicionamentos jurisprudenciais no STF.

Uma considerável inovação se direciona a possibilidade dos interessados poderem peticionar à presidência do STF requerendo a atuação do Centro de Mediação e Conciliação sobre conflitos que poderão deflagrar conflitos de competência originária do STF, visando a solução do conflito antes do ajuizamento do processo. Não que já não fosse possível a busca de solução através da conciliação, mas a novidade se assenta na possibilidade de se poder mediar através do Centro de Mediação e Conciliação. Ademais, poderão os relatores dos processos encaminhá-los ao Centro de Mediação e Conciliação, a qualquer tempo, seja *ex officio* ou por solicitação das partes, através de manifestação nos autos.

Ressalte-se que um ponto polêmico da Resolução n.º 697/2020 se dirige a previsão do art. 7º, que define a possibilidade de atuarem como mediadores, em caráter voluntário e não remunerado, os ministros aposentados, magistrados, membros do MP, advogados e defensores públicos, aposentados, servidores do judiciário e advogados na ativa, mediante assinatura de termo de ausência de conflitos de interesses.²² Sendo que as atividades de mediação desenvolvida não se constituirá em vínculo empregatício e não acarretarão despesas ao STF.

Se trata de questão polêmica porque não enseja o recebimento de remuneração para atuar como mediador nos processos submetidos ao programa de mediação, o que não parece razoável trabalhar sem remuneração em causas que tramitam na Corte ou de demandas de competência do STF, onde os ministros recebem o teto máximo de salário no país. Esse aspecto não incentiva a participação de mediadores, a desempenharem seus respectivos mister, de forma transitória e considerando-a apenas como relevante função pública.

Ademais, a Resolução n.º 697/2020 não aborda a exigência de uma capacitação especializada para a atuação dos mediadores, o que de certo modo, abre um flanco significativo, pois a mediação impõe a observância de regras e técnicas específicas, muitas das quais desconhecidas de profissionais do ramo jurídico. Possibilitar a atuação de profissionais aposentados, que se formaram dentro de uma perspectiva de estímulo à judicialização e fidedignos a uma estrutura processual burocratizada e complexa, sem a devida capacitação em resolução de litígios de forma consensual, pode colocar em xeque a solução do conflito

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n.º 697, de 6 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a criação do Centro de Mediação e Conciliação, responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DJE198.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n.º 697, de 6 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a criação do Centro de Mediação e Conciliação, responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DJE198.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n.º 697, de 6 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a criação do Centro de Mediação e Conciliação, responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DJE198.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

em um tempo adequado e com duração razoável do processo.

Tais observações levam a constatação de que se trata de uma tentativa do Judiciário brasileiro de manter o protagonismo pela busca consensual de solução de conflitos, sem caracterizar a perda de poder estatal sob demandas de sua competência e sem gerar custos à máquina pública judiciária com a criação de mais um Centro de Mediação e Conciliação, posto que a estrutura do Centro de Mediação e Conciliação ficará a cargo de um coordenador a exemplo dos denominados Centros Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, implementados pela Judiciário no âmbito estadual e federal.

Precisamente, em 19 de agosto do corrente ano, foi dirigido o primeiro requerimento à presidência do STF visando a busca consensual de conflito acerca do acesso isonômico às operações de crédito e empréstimos, de modo a facilitar a renegociação de dívidas bancárias tanto de empresas quanto direcionadas à família durante o período de crise pandêmica global.

O objetivo principal do requerimento feito pela Confederação Nacional do Turismo (CNTur) foi de solucionar através da mediação a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.368 que tramita no STF e que versa sobre a inconstitucionalidade da Resolução 4.382/2020, emitida pelo Conselho Monetário Nacional – Banco Central, que trata sobre a criação de programa especial de renegociação de dívidas no período de pandemia.²³ A matéria visava possibilitar a renegociação e a prorrogação de dívidas que não foram pagas e/ou quitadas por decorrência dos efeitos nefastos da crise pandêmica e sanitária global Ccovid-19 para os empresários que foram afetados no setor do turismo, um dos mais sensibilizados, e que gera impacto em outros setores da economia, como o setor de entretenimento, alimentício e afins.

O questionamento em torno dessa discussão seria de questionar que a Resolução 4.382/2020, não conferia tratamento isonômico, a empresas e famílias inadimplentes, impondo-lhes restrições e limites legais à possibilidade de renegociação, ao invés de lhes proporcionar a flexibilização, ampliação da renegociação e prorrogação dos vencimentos das parcelas das dívidas, empréstimos e financiamentos. Com essa restrição e limitação legal, muitos bancos e instituições acabam se beneficiando ainda mais com a situação de crise provocada pelo COVID-19, determinando a imputação de acréscimos de valores, taxas com a incidência de juros e correções monetárias, desconfigurando os objetivos sociais e econômicos para as quais foram criadas.

Nesse sentido, pretendeu-se pelo encaminhamento da questão ao Centro de Mediação e Conciliação a fim de fosse possível a obtenção de acordo de modo a possibilitar a flexibilização e a adesão ao programa de renegociação de dívidas a todas as pessoas físicas e jurídicas, sem qualquer margem restritiva e/ou imposições resolutivas, de modo a viabilizar a postergação dos vencimentos para o final do contrato. Além de buscar formas de evitar a aplicação de juros e correção monetárias aos contratos e operações financeiras que fiquem sob o resguardo do programa especial de renegociação.

Contudo, em 26 de agosto de 2020, houve análise do pedido onde se declarou a ausência de circunstância a afastar a apreciação de agravo interno, dada a inclusão no calendário de julgamentos virtuais, de modo que foi indeferido o pedido com o não envio efetivo ao Centro de Mediação e Conciliação.²⁴

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.368*. Requerente: Confederação Nacional de Turismo – CNTUR. Intimado: Banco Central do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5887761>. Acesso em: 10 set. 2020.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.368*. Requerente: Confederação Nacional de Turismo – CNTUR. Intimado: Banco Central do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5887761>. Acesso em: 10 set. 2020.

O grande desafio dessa questão seria possibilitar a negociação, deixando de lado, questões legais, pois a mediação não se restringe a uma análise e interpretação meramente legal como ocorre com a decisão adjudicada do conflito, vez que possibilita a concepção de novas formas de se solucionar esse conflito para além das restrições normativas legais.

Entretanto, o STF publicou o acórdão conhecendo o agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade e, por unanimidade, desprovendo-a, sob o argumento de que cabe ao STF em análise do controle concentrado, analisar a compatibilidade do ato normativo em vigor com a constituição. Ou seja, o que se constituiria no primeiro caso em trâmite no STF a ser direcionado ao Centro de Mediação e Conciliação, foi negado o encaminhamento em decorrência da inclusão na pauta de julgamento eletrônica. Pelo que se aguarda pelo(s) próximo(s) caso(s) a serem encaminhados ao Centro de Mediação e Conciliação de interesse geral a ser resolvido de modo amistoso pela Suprema Corte brasileira.

4 CONCLUSÃO

Nesse contexto de crise pandêmica COVID-19, faz-se necessário identificar outras formas de se garantir o acesso à justiça, para além do exercício da jurisdição, onde o Estado passa a substituir aqueles diretamente envolvidos nos conflitos de interesses.

A mediação se caracteriza como um mecanismo viável e adequado pois permite a solução pacificada do conflito.

Dentro de uma crise sistêmica como a provocada pela pandemia COVID-19, a utilização da mediação como instrumento de solução é positiva, pois possibilita a negociação de interesses e o estabelecimento de acordos sem a necessidade de acionar o Judiciário, que já se encontra com um expressivo quantitativo processual, inserido dentro de uma estrutura operacional e funcional deficitária; possibilitando a solução adequada em tempo razoável.

Ademais, a informalidade procedimental do instrumento mediação propicia uma maior proximidade com o cidadão e o fortalecimento da interlocução com outros entes que desempenham funções de extrema essencialidade para o acesso à justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Por fim, se destacou as importantes inovações advindas da Resolução n.º 697/2020, implementada no âmbito da Suprema Corte brasileira, no que tange a busca de soluções de conflitos processuais e pré-processuais de questões jurídicas sujeitas à competência do STF, consolidando-se a tendência pelo uso da mediação como um mecanismo eficiente a possibilitar a pronta resolução de conflitos em tempos de ânsia por respostas às incertezas políticas, sociais e econômicas diante da obscuridão pandêmica vivenciada pela sociedade.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. *Considerações sobre a Resolução CNJ n.º 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira: a solução dos conflitos de interesses?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Conciliação e mediação*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília, DF: CNJ, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria Conjunta n.º 3, de 8 de maio de 2020*. Inclui o tema Proteção aos Povos Indígenas e Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 15, da Agenda 2030, para monitoramento pelo Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3352#:~:text=RESOLVEM%3A,e%20Grande%20Impacto%20e%20Repercuss%C3%A3o>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria n.º 52, de 12 de março de 2020*. Estabelece, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus – COVID-19, considerada a classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original222922202003125e6ab7c2e37fb.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria n.º 53, de 16 de março de 2020*. Institui Comitê para o acompanhamento e supervisão das medidas de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus – Covid-19 tomadas pelos tribunais brasileiros. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original181655202003175e711417dea15.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 67, de 17 de junho de 2020*. Dispõe sobre a adoção de medidas de urgência, durante a pandemia, para a proteção da integridade física, psíquica e da vida de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Recomendacao67-2020_17062020_DJE190_19062020.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 68, de 17 de junho de 2020*. Acrescenta o art. 8º-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar a vigência por noventa dias. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 7 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 24 de jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Recomendação n.º 1, de 16 de abril de 2020*. Dispõe sobre cuidados a crianças e adolescentes com medida protetiva de acolhimento, no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus (Covid-19), em todo o território nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 17 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Portaria/REC/recomendacao-conjunta-01-20-MC.htm#:~:text=recomendacao%2Dconjunta%2D01%2D20%2DMC&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20cuidados%20a%20crian%C3%A7as,nacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus Brasil*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.368*. Requerente: Confederação Nacional de Turismo – CNTUR. Intimado: Banco Central do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5887761>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF: acervo atual*. Brasília, DF, 25 nov. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervo/acervostf2.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de ações Covid-19*. Brasília, DF: STF, 19 out. 2020. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n.º 697, de 6 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a criação do Centro de Mediação e Conciliação, responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DJE198.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO; CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil. *Boletim Direitos na Pandemia*, São Paulo, n. 1, p. 1-13, 2020. Disponível em: https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2020/07/01boletimcovid_PT.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Folha informativa COVID-19: escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. [S. l.], 23 nov. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 26 jun. 2020.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein Pesquisa Social, 2009. p.170-180. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

NEGOCIAÇÃO ELETRÔNICA E COMUNICAÇÃO NÃO-VERBAL COMO INSTRUMENTOS RELEVANTES DE PROMOÇÃO DA CULTURA DE PAZ EM TEMPOS DE PANDEMIA

Bianca Oliveira de Farias

Pós-Doutora em Direito Processual pela UERJ. Diretora para Assuntos Acadêmicos do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Professora do Mestrado em Direito da Ambra University. Professora de Direito Processual da Universidade Cândido Mendes/RJ. Advogada e Árbitra.

Sumário: 1 Introdução; 2 Sistemas e Conceitos na Negociação Eletrônica – Panorama; 3 Sistemas de Negociação Eletrônica e *Media Effect*: Confiança, *Rapport* e Presença Social; 4 A Importância da Comunicação Verbal e Não-Verbal na Negociação Eletrônica; 5 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Toda negociação tem por objetivo o consenso. No entanto, alcançá-lo dependerá dos vários elementos que as partes envolvidas trazem para a mesa de negociações do mundo real ou virtual.

Em um mundo abalado por uma pandemia, a forma de promoção de justiça, eminentemente presencial, precisa ser rapidamente revista pois, se por um lado em cenários marcados pelo Coronavírus o contato social diminui, por outro, inevitavelmente, os litígios e demandas se multiplicam.

Isso porque, pandemias são fenômenos capazes de gerar repercussão nas mais diferentes esferas e, para muito além do campo científico, impactam firmemente na economia, forçando a revisão de contratos, o ajuste de convenções prévias e aumentando, não raras vezes, os pontos de tensão entre pessoas que, abaladas pela crise financeira, enfrentam forte fragilidade emocional e perdem, em grande medida, sua capacidade argumentativa.

Aproximá-las eletronicamente para que seus conflitos sejam resolvidos, tanto quanto possível, de forma célere e amigável é tarefa ainda desafiadora, mas, indubitavelmente, necessária para que a paz social, enquanto escopo maior da vida em comunidade reste preservada.

É nesse panorama que a negociação, já consagrada há anos como método eficaz de composição de conflitos de forma consensual e célere migra do tradicional formato presencial para o modelo eletrônico, sendo sua realização virtual uma tendência que permanecerá e se fortalecerá substancialmente nos próximos anos, mesmo quando restar superado o momento pandêmico experimentado, mundialmente, no ano corrente.

Com todos os desafios que a implementação desse modelo de negociação pode enfrentar, é certo que suas vantagens superam as desconfiças, notoriamente em um mundo que passará a enxergar as relações humanas sob outra perspectiva.

É natural, aliás que assim seja. Num cenário pós-pandêmico, definitivamente, nada se apresenta como um dia já foi: mudam as demandas e seus personagens e, portanto, a forma de solucioná-las também precisa ser revista.

A negociação, enquanto relevante mecanismo de solução de lides acompanhará as transformações pelas quais o mundo vem passando e, por conseguinte, será praticada, em proporções cada vez mais significativas, de forma eletrônica.

Nesse trabalho, para apresentar a relevância do instituto da negociação na rápida e efetiva solução de conflitos, apresentaremos alguns conceitos de negociação que influenciam diretamente em seu resultado, cotejando as discrepâncias que ocorrem com a inserção da mídia nas negociações eletrônicas.

Para alcançar esse objetivo, discorreremos, em um primeiro momento, sobre a evolução dos sistemas projetados para auxiliar nas tarefas de negociação até chegarmos à negociação no ambiente virtual com suporte de softwares dos dias atuais.

Na sequência, abordaremos a negociação eletrônica e os obstáculos enfrentados devido ao distanciamento social e psicológico produzido pela mídia.

Ato contínuo, discorreremos sobre a relevância das mensagens silenciosas (comunicação não-verbal) na negociação e como esta é impactada em diferentes níveis nas negociações eletrônicas.

Por fim, traremos proposições acerca da utilização da mídia com o intuito de construir *rapport* no complexo processo de negociação virtual. Esperamos demonstrar que novos tempos sempre acabam por impor novos desafios e cabe aos mecanismos jurídicos ajustarem-se à nova realidade, sempre tendo por paradigmas a mais ampla e efetiva promoção de justiça e a irrestrita manutenção da paz social.

2 SISTEMAS E CONCEITOS NA NEGOCIAÇÃO ELETRÔNICA - PANORAMA

A tecnologia da informação e comunicação (TICs) possui papel fundamental e crescente nos processos de negociação, mediação, arbitragem e até mesmo na via judicial.

Negociação é um procedimento de barganha onde os participantes atingem determinado acordo sob determinadas condições de interação estratégica ou através de processos decisórios interdependentes. As partes seguem um ritual de avaliação da posição da parte contrária e, através de uma sequência de proposta e contrapropostas atingem ou não um acordo.¹ A negociação também pode ser denominada de procedimento de barganha bilateral (*bilateral bargaining*).

Desde o final da década de 1970, muitos sistemas foram projetados para auxiliar em tarefas fundamentais de processos complexos de negociação tais como: identificação do conflito, gestão e resolução do litígio, busca de consenso, análise da estabilidade do acordo e avaliação do equilíbrio. Sistemas como o de Suporte de Decisão de Grupo (*Group Decision Support Systems – GDSSs*) e os de Suporte a Reuniões (*Meeting Support Systems – MSSs*) possuem a função de gerir e de auxiliar na solução do conflito.² Tais sistemas de suporte de negociação (*Negotiation Support Systems – NSSs*) precisam ser projetados sempre levando em consideração seus usuários, para que o suporte na negociação tenha resultados satisfatórios.

Os primeiros sistemas projetados eram desenhados para conferir suporte de decisão (*Decision Support Systems - DSS*). A necessidade de utilização de sistemas computacionais especializados em negociação foi reconhecida nos anos 70.³

A partir daí, abriu-se o campo para o surgimento dos sistemas de suporte de negociação (NSS). Um sistema de suporte de negociação (NSS) pode ser definido como um software que implementa modelos e procedimentos, que possui recursos de comunicação e coordenação e é projetado para duas ou mais partes e/ou terceira parte (mediador) realizarem suas atividades de negociação. Em suma, o sistema de suporte de negociação é um modelo de suporte de decisão acrescido do amparo à comunicação.

Os sistemas de suporte de negociação (NSS) tornaram-se sistemas de negociação eletrônica (E-negotiation⁴ systems - ENS) quando a internet passou a ser utilizada para facilitar, organizar e automatizar (ou não) as atividades dos negociadores e/ou terceiro.⁵

Ao definirmos sistemas de negociação eletrônica (ENS) como software utilizado em negociações através da internet, estamos encampando no conceito todo e qualquer software capaz de auxiliar no processo de negociação tais como: e-mail, chat, vídeo, aplicativos que combinam mais de um meio de comunicação, negociação e leilões automatizados e softwares que combinam mecanismos de negociação e leilão.

Ademais, por força da necessidade de viabilizar o acesso por vários usuários, desenvolveu-se o conceito de mesa de negociação eletrônica (*E-negotiation table - ENT*), que consiste em um software que cria um espaço virtual para a negociação com ferramentas

1 TUREL, Ofir *et. al.* *You can't shake hands with clenched fists: potential effects of trust assessments on the adoption of e-negotiation services.* Group Decision and Negotiations, 2008, p. 141.

2 KERSTEN, Gregory E. *et. al.* *Negotiation Support and E-Negotiation Systems: An Overview.* Group Decision and Negotiations, Vol. 16, 2007, p. 554.

3 NYHART, J.D. *et. al.* *Computer models as support for complex negotiations.* Massachusetts Institute of Technology, 1987, p.1-32.

4 O termo E-negotiation foi proposto por Martin Bichler *et. al.* em 2003. Vide BICHLER, Martin *et. al.* *Toward a Structured Design of Electronic Negotiations.* Group Decision and Negotiations, Vol. 12, p. 311-335, 2003. Assim afirmam os autores: Negociação eletrônica, ou e-negociação, é um processo de negociação no qual a informação é trocada por via de uma mídia eletrônica. (...) Na negociação eletrônica toda a comunicação é realizada utilizando a mídia eletrônica através de canais eletrônicos ou digitais que transportam dados.

5 KERSTEN, Gregory E. *et. al.* *Negotiation Support and E-Negotiation Systems: An Overview.* Group Decision and Negotiations, Vol. 16, 2007, p. 556.

disponíveis para as partes e permite que implementem todas as atividades inerentes à negociação. Em suma, trata-se de uma sala virtual de reuniões. Uma mesa de negociação eletrônica (ENT) pode ainda contar com auxílio de um software-agente de negociação (NSA) que é capaz de automatizar uma ou mais atividades da negociação, ou seja, que consegue conduzir parte significativa da negociação (ou a negociação na integralidade) sem a necessidade de atuação humana (vide, por exemplo, negociação conduzida por *bot*).⁶

Cabe ressaltar, também, a existência dos softwares-assistentes de agentes de negociação (*Negotiation Agents-Assistants – NAA*) que têm a função de aconselhar os negociadores ou terceiros em prol do consenso. Os NAA funcionam como analistas ou *experts*. Diferenciam-se dos NSS devido a sua autonomia, mobilidade e provável parcialidade. Pode ser projetado, por exemplo, para auxiliar apenas um negociador e municiá-lo de vantagem competitiva sobre os outros.

Os sistemas de negociação eletrônica (ENS) contém todos os outros sistemas (NSS, ENT, DSS, NSA, NAA) e ferramentas utilizadas para auxiliar na negociação, tendo estas sido projetadas para este fim ou não (por exemplo: e-mail).

Portanto, podemos considerar que temos duas gerações de sistemas de negociação. Em um primeiro momento foram desenvolvidos sistemas de suporte de negociação (NSS) que possuíam uso limitado à determinada localidade e, em um segundo momento, surgiram os sistemas de negociação eletrônica (ENS) onde as possibilidades de suporte e de utilização de softwares de auxílio à negociação de forma ativa ou passiva são inúmeras.

3 SISTEMAS DE NEGOCIAÇÃO ELETRÔNICA E MEDIA EFFECT: CONFIANÇA, RAPPORT E PRESENÇA SOCIAL

Questão central em todo e qualquer método adotado para solução de conflitos é a confiança em sentido amplo (confiança entre as partes, confiança em relação a um terceiro neutro e confiança na tecnologia que está sendo utilizada). Não se consegue apertar a mão de alguém com os punhos cerrados. Sendo assim, para que as partes atinjam o consenso, é necessário o estabelecimento da confiança mútua o mais cedo possível, ou seja, as partes devem o quanto antes mostrar que estão de braços abertos.

Confiança pode ser definida como o estado psicológico que fornece uma representação de como os indivíduos compreendem sua relação com o outro em situações que envolvem risco e vulnerabilidade. Portanto, a confiança incorpora as experiências acumuladas bem como o conhecimento sobre a outra parte em situações que envolvem fragilidade. Por representar o entendimento de um indivíduo sobre uma relação, acaba por englobar dois processos distintos que promovem ou inibem resultados positivos na relação.

Em primeiro lugar, a confiança afeta a forma como um indivíduo analisa o comportamento futuro de outra parte em relação a qual há interdependência. Em segundo lugar, a confiança também afeta a interpretação das ações passadas ou atuais da outra parte.⁷

Confiança também pode ser definida como um conjunto de crenças nas quais se baseiam a ação dos outros na ausência de garantias expressas. Trata-se do atributo básico em todas as situações sociais que requerem cooperação e interdependência, bem como (na economia e na teoria das organizações) do mecanismo mais eficiente para regular transações. Sob o prisma sociológico, a confiança é vital para relacionamentos sociais estáveis, sendo também

⁶ Vide, por exemplo, os Bots de negociação como o Profit Trailer, o Gunbot, o HaasBot, o Cryptohopper e o Gekko utilizados para negociação de criptomoedas. É o chamado comércio de criptomoedas algorítmico.

⁷ DIRKS, Kurt T. *et. al. The Role of Trust in Organizational Settings*. Organization Science, vol. 12, nº 4, 2001, p.456.

determinante para que haja cooperação social.⁸ Confiança é o resultado de observações que levam à crença de que as ações de outra pessoa podem ser esperadas, sem garantia explícita, para atingir um objetivo em uma situação de risco.⁹

Portanto, é necessário o estabelecimento de *rapport*,¹⁰ ou seja, empatia entre as partes. O nível de confiança entre as partes pode variar em função de detalhes. Em negociações *face-to-face* (presenciais ou *offline*) o nível de confiança é comprovadamente maior do que em negociações realizadas por telefone e até em negociações onde os negociadores são colocados lado a lado e não frente a frente.¹¹

A principal razão para isso é o fato de a negociação *face-to-face*, inegavelmente, facilitar a cooperação. O vídeo aumenta a sobrecarga da conversa, exigindo esforço superior ao que se faz pessoalmente. Além disso, se a conexão estiver instável, pode produzir sinais que as partes geralmente associam à mentira. A confiança é uma emoção delicada, portanto, o vídeo pode não ser suficiente. Em negociações por e-mail, por exemplo, a probabilidade de consenso aumenta se a comunicação é precedida por uma conversa telefônica, ou se as partes realizam autorrevelações por e-mail (através de troca de fotografias, informações pessoais e emoticons que demonstram emoções).¹² Tais ações promovem o *rapport* e aumentam a credibilidade do negociador.

Em síntese, a confiança aumenta quando o distanciamento produzido pela mídia utilizada é reduzido por uma comunicação mais eficaz que torna o uso da tecnologia mais confortável. As partes, em uma negociação, se pautam muito pelo que é dito, mas o nível de confiança aumenta significativamente em função do que não é dito, ou seja, do comportamento não-verbal. Além disso, quando a presença social¹³ e psicológica das partes é mais facilmente percebida, as chances de sucesso na negociação são maiores. Dessa forma, quanto mais interativa a mídia utilizada, mais efetiva se revelará na construção da confiança.

Cabe ressaltar que existem dois tipos de confiança na negociação eletrônica: a) a confiança interpessoal mediada pela tecnologia (seja entre negociadores ou entre negociadores e terceiros); b) a confiança atribuída à tecnologia em si. A confiança no site de negociação ou na tecnologia de negociação utilizada, a confiança no terceiro (se existir) e a confiança na outra parte podem influenciar, diretamente, na confiança geral depositada em um provedor de serviços de negociação eletrônica.¹⁴

Qualquer mídia utilizada impacta em todas as partes envolvidas, gerando efeitos tanto

8 ELOFSON, Greg. Developing trust with intelligent agents: an exploratory study. In: CASTELFRANCHI, Cristiano; YAO-HUA, Tan (Eds.). *Trust and deception in virtual societies*. Rotterdam: Kluwer Academic Publishing, 2001, p. 125.

9 ELOFSON, Greg. Developing trust with intelligent agents: an exploratory study. In: CASTELFRANCHI, Cristiano; YAO-HUA, Tan (Eds.). *Trust and deception in virtual societies* Rotterdam: Kluwer Academic Publishing, 2001, p. 126.

10 Rapport pode ser definido como um estado de positividade e interesse mútuo que surge através do arrastamento do comportamento expressivo em uma interação. DROLET, Aimee L. *et. al.* Rapport in Conflict Resolution: Accounting for How Face-to-Face Contact Fosters Mutual Cooperation in Mixed-Motive Conflicts. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 36, 2000, p. 28.

11 DROLET, Aimee L. *et. al.* Rapport in Conflict Resolution: Accounting for How Face-to-Face Contact Fosters Mutual Cooperation in Mixed-Motive Conflicts. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 36, 2000, p. 26-50.

12 DROLET, Aimee L. *et. al.* Rapport in Conflict Resolution: Accounting for How Face-to-Face Contact Fosters Mutual Cooperation in Mixed-Motive Conflicts. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 36, 2000, p. 47.

13 Presença social se refere a habilidade da mídia em permitir que membros de um grupo sintam a realmente presença de um comunicador. Videoconferência, por exemplo, possui um nível de presença social maior do que a troca de mensagens por e-mail. Mídias que possuem maior nível de presença social permitem uma maior riqueza na transmissão de informações. Vide CHIDAMBARAM, Laku *et. al.* *Impact of Communication Medium and Computer Support on Group Perceptions and Performance: A Comparison of Face-to-Face and Dispersed Meetings*. *MIS Quarterly*, vol. 17, nº 4, 1993, p. 477.

14 TUREL, Ofir *et. al.* *You can't shake hands with clenched fists: potential effects of trust assessments on the adoption of e-negotiation services*. *Group Decision and Negotiations*, 2008, p. 152.

na condução do procedimento de negociação e mediação quanto na maneira pela qual as partes trocam, recebem e interpretam as informações. A esse fenômeno a doutrina chama de *efeitos da mídia (media effects)*.¹⁵

A profundidade da confiança e o nível de confiabilidade dos participantes depende de como o meio transmite e traduz a experiência social, incluindo suas sugestões culturais e pessoais, muitas vezes invisíveis.¹⁶ Quanto menor o grau de proximidade física, maior o grau de distância psicológica.¹⁷

Os procedimentos de *online dispute resolution* tornam a experiência e a transmissão da empatia ainda mais difíceis e, conforme afirmado, a empatia gera confiança sendo, portanto, elemento essencial na negociação. No entanto, com o uso da tecnologia, se faz necessário desenvolver outros meios de demonstração de empatia que não os tradicionalmente utilizados *offline*, tais como balançar a cabeça em concordância, sorrir ou ainda tocar na mão de seu oponente demonstrando *rapport*.

Ao utilizar a mídia, o negociador deverá demonstrar, a todo momento, que compreendeu a fala de seu oponente. Portanto, ser descritivo para mostrar que compreendeu a fala do interlocutor, pode ser eficaz.

Ademais, é relevante tentar esclarecer pontos dúbios. Em trocas de e-mail, por exemplo, é recomendável copiar e colar trecho de mensagem não compreendido e fazer perguntas para prestação dos esclarecimentos possíveis. Sempre que possível, indagações devem ser formuladas (principalmente em interações textuais).

Tais condutas constroem a confiança entre as partes. Se a negociação se operar por vídeo, o mesmo deve ser feito. Nessa hipótese, questionamentos e as elucidações pertinentes devem ser feitas a todo momento. É fundamental que se atue de forma descritiva para que o oponente tenha certeza de que suas proposições foram compreendidas. Um mediador, à guisa de exemplificação, deve ter a função de esclarecedor tanto da mídia que está sendo utilizada quanto da negociação em si. Deverá, portanto, ensinar as partes a se comunicarem de forma mais eficaz no ambiente virtual (*teach communication, achieve empathy*).¹⁸

Cumprido salientar que as negociações eletrônicas, em regra, requerem mais tempo de barganha¹⁹ e estão mais suscetíveis ao impasse, devido ao grau de distanciamento psicológico, ou seja, à menor presença social e maior dificuldade de estabelecimento de *rapport*.

Além disso, quanto maior o grau de novidade para as partes da tecnologia utilizada menores as chances de sucesso. Portanto, as partes devem sempre se sentir confortáveis no ambiente virtual escolhido ou no uso da mídia eleita. Quanto maior a experiência prévia no uso da tecnologia, mais confortáveis sentir-se-ão durante o processo de negociação.

Evidencia-se, pois, que, negociadores e mediadores devem, para obtenção do consenso, se familiarizar com a tecnologia utilizada, valendo-se de linguagem clara, fazendo perguntas para esclarecimentos de eventuais dúvidas e com isso, acabarão por contribuir com o processo de construção da confiança, a fim de reduzir ao máximo o grau de distância psicológica. Adotando as posturas referidas, atingirão um bom nível de *rapport*.

15 EBNER, Noam. Online Dispute Resolution and Interpersonal Trust. In: WAHAB, M. S. Abdel; KATSH, E.; RAINEY, D. (Eds.) *ODR: Theory and Practice*. The Hague: Eleven International Publishing, 2012, p.203-236. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2167856>. Acesso em: 10 abr. 2020.

16 OLSON, Judith S. et. al. *i2i trust in e-commerce*, vol. 43, nº 12, 2000, p. 41.

17 CITERA, Maryalice et. al. An Experimental Study of Credibility in E-Negotiations. *Psychology & Marketing*, vol. 22, nº 2, 2005, p. 166.

18 EBNER, Noam. Online Dispute Resolution and Interpersonal Trust. In: WAHAB, M. S. Abdel; KATSH, E.; RAINEY, D. (Eds.) *ODR: Theory and Practice*. The Hague: Eleven International Publishing, 2012, p.229. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2167856>. Acesso em: 10 abr. 2020.

19 CITERA, Maryalice et. al. An Experimental Study of Credibility in E-Negotiations. *Psychology & Marketing*, vol. 22, nº 2, 2005, p. 172.

4 A IMPORTÂNCIA DA COMUNICAÇÃO VERBAL E NÃO-VERBAL NA NEGOCIAÇÃO ELETRÔNICA

Toda comunicação possui elementos e indicativos verbais e não-verbais.²⁰ Por obviedade, é mais fácil focar nos elementos verbais da comunicação, assim entendido aquilo que é dito. No entanto, a comunicação não-verbal é vital para o sucesso de qualquer interação humana, tanto no contexto social, quanto no profissional.²¹ As informações não-verbais podem ser definidas como todo e qualquer comportamento potencialmente informativo que não é de conteúdo puramente linguístico.

Assim sendo, a comunicação não-verbal inclui três categorias: a) o ambiente de comunicação que consiste no ambiente físico e espacial; b) as características físicas do comunicador, ou seja, sua aparência e atratividade em geral: altura, peso, cabelo, cor de pele, odores (do corpo ou hálito). Considera-se, ainda, sua apresentação (roupa, uso de maquiagem, óculos, peruca, adereços de cabelo, joias, etc.); c) movimentos corporais e posições tais como gestos, postura, padrão de toque, expressões faciais, comportamento do olhar e padrão vocal.

Existem duas áreas da comunicação não-verbal que interessam aos negociadores: a proxêmica (do latim, próximo), ou seja, o estudo de como as pessoas interagem e se comunicam com o espaço ou de como o homem percebe as estruturas e utiliza o espaço e até mesmo o modo de arrumação dos móveis; e a cinésica que é o estudo do movimento e se refere a todas as formas de movimentos corpóreos excluindo-se o toque.²² Trata-se, pois, de mensagens silenciosas.

Em negociações presenciais, muitos negociadores julgam a integridade de seu oponente pautado no contato visual, na firmeza do aperto de mão e no instinto (reação visceral). Ao observar como um negociador utiliza o espaço, pode-se extrair percepções de suas intenções e estratégias. É viável afirmar, também, que negociadores estruturam seu território de maneira a deixar seu oponente confortável em maior ou menor grau.²³

A coordenação do comportamento não-verbal entre as pessoas auxilia na manutenção dos níveis desejados de excitação e intimidade, tais como convergência postural, sincronia gestual e compatibilidade de expressões faciais que demonstram interesse mútuo.²⁴

A maior parte dos padrões de comportamento não-verbal simplesmente não ocorrem quando a pessoa está sozinha. No entanto, as expressões faciais de emoção podem ser intensas em situações de solidão. As interações sociais podem, inclusive, reduzir as expressões faciais de emoção. Os movimentos faciais e a voz já foram estudados, de forma ampla, em termos de expressão emocional e foram percebidas sete emoções que possuem

20 A comunicação não-verbal é geralmente separada em duas tradições, a emocional e a comunicacional. As dicas não-verbais que expressam sentimentos internos, de forma intencional ou não, são resultados da emoção, enquanto as dicas não-verbais que complementam ou substituem as palavras são definidas como comunicacionais. Apesar de existir tal distinção é comum o intercâmbio entre os conceitos. (THOMPSON, J.; EBNER, N.; GIDDINGS, J.. Nonverbal communication in negotiation. In: HONEYMAN, Chris; SCHNEIDER, A. Kupfer (Eds.). *The Negotiator's Desk Reference*. Minnessota: DRI Press, 2017, vol. 1, p.465).

21 THOMPSON, J.; EBNER, N.; GIDDINGS, J.. Nonverbal communication in negotiation. In: HONEYMAN, Chris; SCHNEIDER, A. Kupfer (Eds.). *The Negotiator's Desk Reference*. Minnessota: DRI Press, 2017, vol. 1, p.451.

22 CHU, Yun *et. al.* Silent messages in negotiations: The role of nonverbal communication in cross-culture business negotiations. *Journal of Organizational Culture, Communication and Conflict*, vol. 9, nº 2, 2005, p.114-115.

23 CHU, Yun *et. al.* Silent messages in negotiations: The role of nonverbal communication in cross-culture business negotiations. *Journal of Organizational Culture, Communication and Conflict*, vol. 9, nº 2, 2005, p. 115.

24 DROLET, Aimee L. *et. al.* Rapport in Conflict Resolution: Accounting for How Face-to-Face Contact Fosters Mutual Cooperation in Mixed-Motive Conflicts. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 36, 2000, p. 39.

configurações de movimentos musculares característicos, além de uma variação acústica na voz correlata.²⁵

Interessante observar o modelo METTA de comunicação não-verbal (movimento, ambiente - *environment*, toque, tom de voz e aparência) através da tabela abaixo²⁶:

Movimento	Gestos, postura, orientação corporal, contato visual e movimentos oculares, expressões faciais, movimentos da cabeça em concordância ou discordância e ângulo de inclinação
Ambiente	Localização, distância entre pessoas, tempo e <i>layout</i> da sala
Toque	Aperto de mão, vazamento não-verbal – <i>non-verbal leakage</i> ²⁷ (<i>self-adaptors</i> e <i>object-adaptors</i>): tocar em si mesmo tal como enrolar o cabelo; tocar em objetos tais como clicar caneta ou mexer em um canudo de bebida)
Tom de voz	Clareza, pausas, “umms” e “ahs”, volume, tom, ritmo
Aparência	Roupa, acessórios e ornamentos

Afirma-se que 93% da comunicação é não-verbal (composta de 55% de linguagem corporal e 38% de tom de voz)²⁸ e que 7% apenas da comunicação seria realizada por palavras. Tal regra do 7-38-55, por obviedade, não pode ser considerada literalmente sob pena de praticamente desconsiderarmos a relevância da comunicação verbal e deve ser vista com ressalvas.²⁹

O que devemos nos atentar principalmente é com a congruência entre o comportamento verbal e o comportamento não-verbal online ou offline. Tal congruência ou incongruência afeta a retenção que o interlocutor faz dos argumentos de seu oponente. No entanto, não se pode desconsiderar a habilidade do negociador de lidar com mensagens contraditórias (incongruentes), filtrá-las e retirar o eventual ruído. Dessa forma, devemos enfatizar a importância da comunicação verbal. O comportamento defensivo, por exemplo, reduz a motivação e habilidade de enxergar o conflito sob outra perspectiva e reduz a probabilidade de uma reavaliação de posição. Portanto, reduz a possibilidade de uma modificação de atitude em prol de um acordo. A expressão de um comportamento competitivo aumenta a postura defensiva e reduz as chances de acordo.³⁰

Fato é que um melhor entendimento do comportamento não-verbal torna o negociador um melhor remetente e um destinatário da mensagem mais apto a recebê-la.³¹ Esse fenômeno também ocorre quando a negociação é realizada por meio eletrônico.

25 Sobre métodos de medição de configuração facial vide: EKMAN, Paul. Methods for measuring facial action. In: SCHERER, K. R.; EKMAN, P. *Handbook of methods in nonverbal behavior research*. New York: Cambridge University Press, 1982, p.45-135.

26 THOMPSON, J.; EBNER, N.; GIDDINGS, J.. Nonverbal communication in negotiation. In: HONEYMAN, Chris; SCHNEIDER, A. Kupfer (Eds.). *The Negotiator's Desk Reference*. Minnssotta: DRI Press, 2017, vol. 1, p.455.

27 Leakage ou vazamento são as pistas obtidas através de ações não-verbais que abrem uma janela para observadores experientes observarem o estado emocional de alguém. São os movimentos físicos inconscientes, não-intencionais e incontroláveis.

28 MEHRABIAN, Albert. *Nonverbal Communication*. 3ª ed. New Brunswick: Aldine Transaction, 2009.

29 LAPAKKO, David. Communication is 93% Nonverbal: An urban legend proliferates. *Communication and Theater Association of Minnesota Journal*, vol. 34, 2007, p.6-19.

30 JOHNSON, David. W. Congruent and contradictory verbal and nonverbal communications of cooperativeness and competitiveness in negotiations. *Communication Research*, vol. 3, nº 3, p. 290.

31 Thompson, Leigh. *The Mind and Heart of the Negotiator*, 3ª ed. New Jersey: Prentice Hall, 2005, p. 340.

Outro ponto que merece destaque é a escuta ativa, que, quando presente, demonstra maior grau de cooperação entre as partes. A escuta ativa, primordial na negociação realizada por meio de mídia eletrônica, é uma prática que faz com que o negociador consiga mais informações, compreenda melhor o ponto de vista da outra parte e trabalhe de forma mais cooperativa. Ao utilizar técnicas de escuta ativa, o interlocutor é capaz de demonstrar empatia, construir *rapport*, desconprimir a tensão e dissipar as emoções negativas do oponente.

A escuta ativa engloba uma série de ações comunicacionais verbais e não-verbais tais como: perguntas com final aberto, rotulagem emocional (tom de voz passivo, gestos de abertura, olhar direcionado à pessoa, leve inclinação do corpo para frente), ato de parafrasear o oponente, adoção de atitudes pequenas de encorajamento (aceno com a cabeça, utilização de sons indicativos de concordância e compreensão “mmm” ou “uh-huh”) e emprego do silêncio (expressões faciais agradáveis que permitem ao oponente continuar falando de forma confortável)³².

Naturalmente, quando a negociação é realizada por meio eletrônico o foco deve, mais do que nunca, ser nos 7%, ou seja, na comunicação não-verbal uma vez que, a depender da mídia, perde-se a possibilidade de leitura do comportamento não-verbal. No entanto, na videoconferência, pistas não-verbais continuam presentes, evidenciando-se em expressões faciais, alteração do tom de voz e alguns gestuais. A leitura de tal comunicação pode auxiliar na negociação.

Um bom negociador deverá estar sempre atento à comunicação não-verbal, seja esta realizada de forma online ou offline. Duas qualidades de um bom negociador para aprender a ler e utilizar a comunicação não-verbal, presencialmente ou virtualmente, são a sua atenção aos sinais não-verbais e a sua capacidade de transmiti-los genuinamente. Manter-se alerta fará com que ele identifique, de forma cada vez mais eficaz, as pistas não-verbais, cabendo-lhe atuar com naturalidade, a fim de preservar a desejável sintonia entre os diversos mecanismos de comunicação.

Concluimos, pois, que, *online* ou *offline*, o negociador precisa aproveitar ao máximo a comunicação não-verbal e tornar essa congruente com sua comunicação verbal gerando *rapport*. O hábil negociador deve ser capaz de se comunicar no plano não-verbal e, nesse sentido, conhecer a tecnologia utilizada e a linguagem não-verbal que a mídia permite transmitir e receber, torna-se essencial para o sucesso da negociação.

Quanto menor o nível de presença social proporcionado pela mídia utilizada, menor será o nível de comunicação não-verbal e maior será o grau de dependência das palavras pronunciadas (ligações, audioconferências, etc.) e escritas (e-mail, exemplificativamente). Com o uso da tecnologia, perde-se completamente a proxêmica uma vez que não há movimentação espacial. No entanto, a depender da mídia utilizada, um satisfatório grau de cinésica permanece.

5 CONCLUSÃO

Com a inserção da tecnologia no contexto da negociação, mais um importante elemento precisa ser considerado, a fim de que as partes extraiam o máximo proveito desse mecanismo de superação de demandas.

Com efeito, o ambiente virtual modifica o modo de condução da negociação.

32 THOMPSON, J.; EBNER, N.; GIDDINGS, J.. Nonverbal communication in negotiation. In: HONEYMAN, Chris; SCHNEIDER, A. Kupfer (Eds.). *The Negotiator's Desk Reference*. Minnessota: DRI Press, 2017, vol. 1, p.462.

Conhecê-lo e estudá-lo, antes do início dos trabalhos, indubitavelmente, é um diferencial para a obtenção de melhores resultados.

Nessa nova perspectiva, as partes passam a ter que construir relação de confiança entre si ao mesmo tempo em que estabelecem laços de credibilidade com a tecnologia empregada.

O *efeito da mídia* utilizada e o distanciamento social que esta produz podem ser um empecilho para negociadores sem experiência no ambiente virtual.

Frise-se que a comunicação não-verbal, mesmo que em menor grau, continua existindo através da mídia e, por obviedade, vai variar conforme o nível de presença social permitido pelo dispositivo tecnológico utilizado.

Uma negociação por videoconferência permite, exemplificativamente, a leitura de expressões faciais que uma negociação por e-mail não permitirá. O bom uso da linguagem atrelado à escuta ativa serão fundamentais no sucesso da negociação eletrônica uma vez que, a depender da mídia, a comunicação verbal é tudo que resta (ou seja, o negociador terá que confiar no suposto 7%).

Impõe-se, assim, o domínio pleno da tecnologia empregada e a ampla compreensão do grau de leitura de comunicação não-verbal que esta permite. O domínio dessas habilidades viabiliza a percepção de eventuais incongruências e a detecção de sinais não-verbais capazes de conduzir ao advento de um resultado favorável.

Em qualquer hipótese, a despeito da mídia de que se faz uso, imperioso de faz empenhar esforços para que, com a maior brevidade possível, seja solidificada a necessária confiança e estabelecido o fundamental *rapport* entre os envolvidos na negociação.

São esses os elementos que, hodiernamente, em quaisquer hipóteses, servirão de ponte para o estabelecimento do diálogo e do consenso e que reforçarão, em boa hora, a consolidação da cultura de paz como mecanismo mais eficaz para a justa, célere e efetiva composição de litígios.

O mundo que encontraremos ao final da pandemia estará definitivamente alterado. Com grande número de demandas instauradas ao longo desse ano, tão significativamente impactado por crises financeiras, reajustes contratuais e instabilidade emocional dos cidadãos, o novo cenário requererá dos envolvidos nas mais diversas lides, habilidades até então deixadas em segundo plano. A tecnologia se tornará uma aliada e a desconfiança que até então despertava, dará lugar à conveniência e aos benefícios decorrentes de sua implementação.

A negociação feita eletronicamente ganha, pois, inegável destaque em meio à crise mundial, de forma que, em um futuro breve, estará definitivamente consolidada como mecanismo hábil à promoção da justiça e da paz social.

É forçoso reconhecermos que esse instituto tão relevante é parte fundamental uma nova era, regida pela urgência dialógica e pela persecução, tanto quanto possível comercial, das mais efetivas soluções para demandas que se revelam, ano após ano, mais complexas, dinâmicas e variadas.

REFERÊNCIAS

AGNEW, Christopher R. *Then a Miracle Occurs: Focusing on a Behavior in Social Psychological Theory and Research*. New York: Oxford University Press, 2010.

CITERA, Maryalice *et. al.* An Experimental Study of Credibility in E-Negotiations. *Psychology & Marketing*, vol. 22, nº 2, 2005, p.163-179.

- CHIDAMBARAM, Laku *et. al.* *Impact of Communication Medium and Computer Support on Group Perceptions and Performance: A Comparison of Face-to-Face and Dispersed Meetings.* *MIS Quarterly*, vol. 17, nº 4, 1993, p.465-491.
- CHU, Yun *et. al.* Silent messages in negotiations: The role of nonverbal communication in cross-culture business negotiations. *Journal of Organizational Culture, Communication and Conflict*, vol. 9, nº 2, 2005, p.113-130.
- DIRKS, Kurt T. *et. al.* The Role of Trust in Organizational Settings. *Organization Science*, vol. 12, nº 4, 2001, p.450-467.
- DROLET, Aimee L. *et. al.* Rapport in Conflict Resolution: Accounting for How Face-to-Face Contact Fosters Mutual Cooperation in Mixed-Motive Conflicts. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 36, 2000, p.26-50.
- EBNER, Noam. *Online Dispute Resolution and Interpersonal Trust.* In: WAHAB, M. S. Abdel; KATSH, E.; RAINEY, D. (Eds.) *ODR: Theory and Practice.* The Hague: Eleven International Publishing, 2012, p.203-236. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2167856>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- EKMAN, Paul. Methods for measuring facial action. In: SCHERER, K. R.; EKMAN, P. *Handbook of methods in nonverbal behavior research.* New York: Cambridge University Press, 1982, p.45-135.
- ELOFSON, Greg. Developing trust with intelligent agents: an exploratory study. In: CASTELFRANCHI, Cristiano; YAO-HUA, Tan (Eds.). *Trust and deception in virtual societies* Rotterdam: Kluwer Academic Publishing, 2001, p. 125-135.
- JOHNSON, David. W. Congruent and contradictory verbal and nonverbal communications of cooperativeness and competitiveness in negotiations. *Communication Research*, vol. 3, nº3, p.275-290.
- KERSTEN, Gregory E. *et. al.* *Negotiation Support and E-Negotiation Systems: An Overview.* *Group Decision and Negotiations*, Vol. 16, 2007, p.553-586.
- LAPAKKO, David. Communication is 93% Nonverbal: An urban legend proliferates. *Communication and Theater Association of Minnesota Journal*, vol. 34, 2007, p.6-19.
- MEHRABIAN, Albert. *Nonverbal Communication.* 3.ed. New Brunswick: Aldine Transaction, 2009.
- NYHART, J.D. *et. al.* *Computer models as support for complex negotiations.* Massachusetts Institute of Technology, 1987, p.1-32.
- OLSON, Judith S. *et. al.* *i2i trust in e-commerce*, vol. 43, nº 12, 2000, p.41-44.
- THOMPSON, Leigh. *The Mind and Heart of the Negotiator.* 3.ed. New Jersey: Prentice Hall, 2005.
- THOMPSON, J.; EBNER, N.; GIDDINGS, J.. Nonverbal communication in negotiation. In: HONEYMAN, Chris; SCHNEIDER, A. Kupfer (Eds.). *The Negotiator's Desk Reference.* Minnesota: DRI Press, 2017, vol. 1, p.449-470.
- TUREL, Ofir *et. al.* *You can't shake hands with clenched fists: potential effects of trust assessments on the adoption of e-negotiation services.* *Group Decision and Negotiations*, 2008, p.141-155.

A PANDEMIA E O AVANÇO DO USO DA TECNOLOGIA NOS TRIBUNAIS

Giselle Santos Couy

Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual Civil (CEAJUF). Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Membro do Instituto de Direito Processual Civil (IDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDpro). Membro da Academia de Direito Processual Democrático (ACADEPRO). Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG. Professora universitária e palestrante. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 A pandemia e o avanço do uso da tecnologia nos Tribunais (STF, STJ, Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais); 3 A ampliação e uso das audiências de instrução e julgamento por videoconferência em tempos de pandemia; 4 As garantias constitucionais e o dever de transparência no uso da tecnologia; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia, sua interação com o judiciário, o gerenciamento de processos e a gestão de conflitos, bem como suas implicações na formação do provimento e seus impactos, mostra-se imprescindível nos tempos atuais, restando indubitável que a aplicação de tais mecanismos tecnológicos nos tribunais restaram acelerados pela Pandemia da Covid-19 e estão sendo aprimorados.

A inegável conexão entre tecnologia e direito, especialmente no campo do direito processual, tem gerado vários questionamentos e estudos quanto a sua forma de aplicação e limites, visando ao mesmo tempo assegurar o acesso à jurisdição de forma mais eficiente¹, sem perder de vista as imprescindíveis garantias constitucionais que asseguram o processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Tal preocupação não se limita apenas à questão da automação de tarefas repetitivas, já existente há algum tempo, mas sim quanto ao uso da inteligência artificial, como nova forma de pensar o procedimento na busca de soluções adequadas e os limites do uso de tal tecnologia na construção do provimento.

No Brasil, o estado de calamidade pública e distanciamento social decorrente da pandemia da Covid-19 aceleraram consideravelmente o uso de mecanismos de tecnologia e a virtualização da prática de diversos atos processuais, a exemplo das Resoluções nº313 e nº314 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que passaram a dispor acerca da realização de atos eletrônicos e virtuais, como audiências online por videoconferência, sessões de julgamento por videoconferência e virtuais, sustentações orais de forma virtual (gravada ou síncrona) entre outros, disponibilizando inclusive uma plataforma para realização das videoconferências (cisco webex).

É inegável que estamos em uma fase irrefreável do uso da tecnologia, cujos mecanismos que estão sendo implementados e ampliados durante a pandemia provavelmente prevalecerão mesmo após cessar o estado de calamidade pública, até porque tal movimento não se iniciou pela pandemia, apesar de ter sido acelerado por ela.

Ratificando a tendência da continuidade no uso da tecnologia no judiciário, seja em primeira instância ou nos tribunais, e já preocupado com o uso adequado da inteligência artificial, a recentíssima Resolução nº332 de 21 de agosto de 2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a dispor “*sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências*”. E ainda a Resolução nº345 do CNJ, publicada no dia 09/10/2020 passou a disciplinar o juízo 100% (cem por cento) digital, no qual todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, pela Internet, incluindo as audiências e sessões de julgamento, que irão ocorrer exclusivamente por videoconferência.

Nesse contexto, o presente estudo visa demonstrar o avanço do uso da tecnologia nos tribunais em decorrência da Pandemia da Covid -19, destacando-se alguns procedimentos que passaram a ser rotineiros no judiciário, como despachos de forma virtual (eletronicamente), audiências por videoconferência, sessões de julgamento virtuais ou por videoconferência, ampliação do auxílio de robôs nos tribunais estaduais, federais e superiores, entre outras mudanças.

Também objetiva, ainda que sem pretensão de esgotamento da temática de inteligência

¹ Taruffo ressalta sobre o tema que a eficiência pretendida e inserida com a duração razoável do processo não pode significar apenas eficiência quantitativa, ou seja, rapidez, velocidade, com redução dos processos e custos. É preciso ter em mente também a eficiência qualitativa, a qual permite a formação de um provimento mais seguro, com amplo debate e influência das partes na construção do provimento, sendo ideal que a eficiência qualitativa e quantitativa sejam aplicadas harmonicamente e não que uma necessariamente exclua a outra. (TARUFFO, Michele. *Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Orgs.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidade de Valencia, 2008, p.285 e ss.)

artificial, diante da complexidade da matéria e capilaridade dos ramos que necessitariam ser abordado, destacar que a par dos inegáveis benefícios do uso da tecnologia na gestão dos processos, eficiência e duração razoável do processo, não podem jamais dispensar as garantias constitucionais, como o efetivo acesso à justiça, o devido processo constitucional, contraditório participativo e efetivo, bem como o dever de transparência em relação aos algoritmos utilizados nos mecanismos de tecnologia.

2 A PANDEMIA E O AVANÇO DO USO DA TECNOLOGIA NOS TRIBUNAIS (STF, STJ, TRIBUNAIS ESTADUAIS E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS)

Especificamente em relação ao direito, a chamada *virada tecnológica* tem gerado desde a década de 90 uma interação entre a tecnologia e os institutos jurídicos, com avanços de maior visibilidade e impactos nos últimos tempos os quais estão muito além da automação judicial. Como bem pontua Dierle Nunes:

De início, precisamos pontuar que a virada tecnológica no direito não se refere tão somente à informatização/automação judicial e ao empregado de tecnologias no exercício das profissões jurídicas, com v.g. o processo judicial eletrônico ou o e-mail/whatsapp para auxiliar no fluxo de comunicação, mas no impacto destas tecnologias, com destaque hoje para Inteligência artificial, na mudança dos institutos jurídicos desde seu âmbito propedêutico até o dimensionamento de uma nova racionalidade de sua implementação, sem olvidar a criação de novos institutos (como v.g. algumas plataformas de online dispute resolution- ODR) e de práticas jurídicas absolutamente inovadoras (v.g. classificadores e clusterização, juízos preditivos, análise semântica latente – LSA – Latent Semantic Analysis-, tomada de decisão automatizada, coleta e separação das informações e até impactando no design de peças processuais- legal design/visual law.²

Tal conexão, tecnologia e direito, especialmente no campo do direito processual, tem gerado vários questionamentos e estudos quanto a sua forma de aplicação e limites, visando ao mesmo tempo assegurar o acesso à jurisdição de forma mais eficiente³, sem perder de vista as imprescindíveis garantias constitucionais que asseguram o processo na construção do Estado Democrático de Direito.

E essa preocupação não se limita apenas à questão da automação de algumas tarefas repetitivas, mas o uso da inteligência artificial, como nova forma de pensar o procedimento e aplica-la visando uma melhor busca na solução de conflitos, com desenvolvimento de estudos e projetos inclusive na aplicação da inteligência artificial na formação das decisões⁴.

Pesquisa realizada pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (FGV), indica a existência de 72 projetos em diversas fases de

2 NUNES, Dierle. *Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento à tecnologia?* In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (Orgs.). *Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. SALVADOR: JusPodivm, 2020, p. 18-19.

3 Taruffo ressalta sobre o tema que a eficiência pretendida e inserida com a duração razoável do processo não pode significar apenas eficiência quantitativa, ou seja, rapidez, velocidade, com redução dos processos e custos. É preciso ter em mente também a eficiência qualitativa, a qual permite a formação de um provimento mais seguro, com amplo debate e influência das partes na construção do provimento, sendo ideal que a eficiência qualitativa e quantitativa sejam aplicadas harmonicamente e não que uma necessariamente exclua a outra. (TARUFFO, Michele. *Oralidade y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Orgs.). *Oralidade y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidade de Valencia, 2008, p.285 e ss.)

4 Conferir: NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho Marques. *Decisão judicial e inteligência artificial: É possível a automação da fundamentação?* In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (Orgs.). *Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. SALVADOR: JusPodivm, 2020, p. 551-590; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Juiz-robô e a decisão algorítmica; a inteligência artificial na aplicação dos precedentes. In: Isabella Fonseca Alves. (Org.). *Inteligência Artificial e Processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, v.1, p.21-45.

implementação, abrangendo o Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais estaduais (TJ) e Tribunais Regionais Federais (TRF)⁵.

Na mencionada pesquisa consta que metade dos tribunais brasileiros estão em fase de implementação ou já se utilizam de ferramentas de inteligência, apontando ainda alguns dos responsáveis pela pesquisa que:

A amostra atual - representada até aqui por 85% dos tribunais brasileiros - permitiu identificar 28 projetos de inteligência artificial no sistema de Justiça brasileiro. A pesquisa já apontou que, atualmente, o espectro da automação do Judiciário possibilita aplicações como o cadastro, a classificação e a organização da informação, o agrupamento de casos por similaridade, assim como a utilização de algoritmos para tornar a Justiça mais eficiente e otimizar a sua administração. Interessantes achados dessa pesquisa já podem ser compartilhados. Verificou-se que soluções colaborativas têm sido desenvolvidas pelo Judiciário brasileiro. Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça firmou termo de cooperação com o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJRO) para o desenvolvimento e o uso colaborativo de soluções em inteligência artificial com o objetivo de nacionalizar tais sistemas. Já no âmbito da Justiça do Trabalho há um órgão central no Tribunal Superior do Trabalho (TST) que otimiza esforços e custos dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) para criar projetos de desenvolvimento de inteligência artificial em parceria com os diversos tribunais.⁶

No Brasil, o estado de calamidade pública e distanciamento social decorrente da pandemia da Covid-19 acelerou consideravelmente o uso de mecanismos de tecnologia e a virtualização da prática de diversos atos processuais, a exemplo das Resoluções nº313 e nº314⁷ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em razão da COVID-19 estamos vivenciando

5 O levantamento da pesquisa levou em consideração o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Tribunais de Justiça e os tribunais federais. Pesquisa realizada pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV (Ciapi) intitulada: *Tecnologia Aplicada a Gestão de Conflitos no Poder Judiciário*: o estudo das experiências brasileiras de inteligência artificial de acordo com a reportagem publicada em 29.06.2020 por alguns dos responsáveis pela mencionada pesquisa. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/news/ciencia-e-tecnologia/intelig-c3-aancia-artificial-para-a-gest-c3-a3o-da-justi-c3-a7a/ar-BB165ycY>. Extraído em: 06 set. 2020.

6 Pesquisa realizada pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV (Ciapi) intitulada: *Tecnologia Aplicada a Gestão de Conflitos no Poder Judiciário*: o estudo das experiências brasileiras de inteligência artificial de acordo com a reportagem publicada em 29.06.2020 por alguns dos responsáveis pela mencionada pesquisa. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/news/ciencia-e-tecnologia/intelig-c3-aancia-artificial-para-a-gest-c3-a3o-da-justi-c3-a7a/ar-BB165ycY>. Extraído em: 06 set. 2020.

7 Resolução nº313 do CNJ: “Art. 1º Estabelecer o regime de Plantão Extraordinário, no âmbito do Poder Judiciário Nacional, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantir o acesso à justiça neste período emergencial, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19. Parágrafo único. Esta Resolução não se aplica ao Supremo Tribunal Federal e à Justiça Eleitoral.” Resolução nº314 do CNJ: “Art. 5º As sessões virtuais de julgamento nos tribunais e turmas recursais do sistema de juizados especiais poderão ser realizadas tanto em processos físicos, como em processos eletrônicos, e não ficam restritas às matérias relacionadas no art. 4º da Resolução CNJ no 313/2020, cujo rol não é exaustivo, observado no mais o decidido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na Consulta no 0002337- 88.2020.2.00.0000. Parágrafo único. Caso as sessões se realizem por meio de videoconferência, em substituição às sessões presenciais, fica assegurado aos advogados das partes a realização de sustentações orais, a serem requeridas com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas (CPC, art. 937, §4º).

Art. 6º- Sem prejuízo do disposto na Resolução CNJ no 313/2020, os tribunais deverão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, buscando soluções de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça, para realização de todos os atos processuais, virtualmente, bem como para o traslado de autos físicos, quando necessário, para a realização de expedientes internos, vedado o reestabelecimento do expediente presencial.

§ 1º Eventuais impossibilidades técnicas ou de ordem prática para realização de determinados atos processuais admitirão sua suspensão mediante decisão fundamentada.

§ 2º Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízos e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/), nos termos do Termo de Cooperação Técnica no 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.

§ 3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais. § 4º Os tribunais poderão, mediante digitalização integral ou outro meio técnico disponível, virtualizar seus processos físicos, que então passarão a tramitar na forma eletrônica.” (Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/relacoes-institucionais/arquivos/resolucao-no-314.pdf>. Extraído em: 11 set. 2020)

no judiciário uma eclosão da prática de atos virtuais e com emprego da tecnologia, especialmente com a realização de sessões de julgamento nos Tribunais virtuais ou por videoconferência, seja nos Tribunais Superiores, Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais, além de sustentações orais virtuais (assíncrona) ou por videoconferência (online), bem como com designação de audiências de conciliação/mediação e também de instrução e julgamento por videoconferência.

Contudo, o emprego da tecnologia nos Tribunais e no judiciário, não se trata exatamente de uma novidade, ao menos em relação à fase de automação. É perceptível que em relação à virtualização do processo nos deparamos no Brasil com essa primeira etapa já avançada em certa medida na atualidade, visto que desde 2006 foi promulgada a Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006 dispondo sobre a informatização do processo judicial⁸, o que, contudo, não significa que estamos extremamente avançados no uso da inteligência artificial.

Nessa primeira fase de implementação da tecnologia no judiciário, podemos destacar o uso há algum tempo de alguns sistemas como: SAJ – sistema de automação do judiciário, desenvolvido pela Softplan na década de 90⁹; e-Proc desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região que começou a ser implantado em novembro de 2009 na Justiça Federal de Rio Grande (RS) como projeto piloto e, em 2010, já era utilizado com maior amplitude em 1^a e 2^a instância daquele TRF¹⁰; o Creta, criado em 2004, como sendo um sistema de acompanhamento processual pelo Tribunal Regional da 5^a Região; o PJe-processo judicial eletrônico desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça¹¹; o Projud- Processo Judicial Digital utilizado inicialmente pelo Tribunal de Justiça da Paraíba¹²; o Tuvujuris, desenvolvido

8 Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

9 Disponível em: <https://www.sajdigital.com/institucional/sobre-saj/>. Extraído em: 08 set. 2020.

10 Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10500. Extraído em: 08 set. 2020.

11 “Em 2004 houve a criação do Creta, um sistema de acompanhamento processual criado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Posteriormente, em 2009 houve a celebração do termo de acordo de cooperação técnica nº 73/2009 entre o CNJ, o Conselho da Justiça Federal – CJF e os 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais com o intuito de conjugar esforços entre os órgãos para o desenvolvimento do sistema Creta Expansão, privilegiando a adoção de estratégias tecnológicas que permitissem a utilização do software em todos os procedimentos judiciais de maneira configurável e flexível, considerando as características peculiares do trâmite processual de cada ramo da Justiça. Em 2010 houve a celebração do termo de acordo de cooperação técnica nº 43/2010, firmado entre o CNJ e 14 Tribunais de Justiça Estaduais, sendo que nesse acordo de expansão o Creta passou a ser denominado de PJe. 2010 – Celebração do termo de acordo de cooperação técnica nº 43/2010, firmado entre o CNJ e 14 Tribunais de Justiça Estaduais. Nesse acordo o Creta Expansão passou a ser denominado de Pje. 18/12/2013 – Publicação da Resolução 185 do CNJ, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento.” (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/historico/>. Extraído em: 08 set. 2020).

12 O PROJUDI começou como um projeto de conclusão de curso de dois estudantes de Ciências da Computação da Universidade Federal de Campina Grande, André Luis Cavalcanti Moreira e Leandro de Lima Lira. Ainda com o nome de Prodigicon, foi implantado como um projeto piloto com o apoio do juiz Antônio Silveira Neto, titular do então Juizado do Consumidor da comarca de Campina Grande na Paraíba, hoje, 2º Juizado Especial Cível. Durante a implantação, o sistema, que era voltado ao juizado do consumidor, sofreu inúmeras modificações passando comportar outros tipos de processos e tramitações. Em 2005, o nome do sistema foi alterado para PROJUDI, quando foi instalado no Tribunal de Justiça da Paraíba, sendo usado até hoje sob o nome E-jus. Em setembro de 2006, os autores assinaram com o CNJ um termo de doação de software, entregando em caráter definitivo e gratuito o código fonte, a documentação do sistema e todos os direitos de propriedade industrial, direito autoral ou de qualquer outra propriedade intelectual relacionados ao PROJUDI. Rondônia foi um dos primeiros estados a aderir ao PROJUDI nos Juizados Especiais, colaborando de forma direta na melhoria deste sistema. (Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/PROJUDI>. Extraído em: 08 set. 2020).

pelo Tribunal de Justiça do Amapá idealizado em 2005¹³, entre outros.

O emprego da tecnologia no judiciário não se limita à uma perspectiva meramente instrumental, marcada pela substituição do processo físico para o processo eletrônico. Desde a década de 90 é possível perceber impactos da tecnologia que ultrapassam essa fase meramente instrumental. Como bem já destacou Dierle Nunes, a chamada *virada tecnológica no direito* não se trata apenas da “*organização de uma cadeia organizacional de fluxo de trabalho dos atos e fatos processuais que aumenta e eficiência e diminui o tempo de um processo eletrônico*”, os quais podem ser implementados pela automatização sem emprego da inteligência artificial¹⁴.

Os dados da Justiça em números editados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2020 indicam que a tendência de virtualização da Justiça brasileira não só se confirmou como acelerou em 2019, sendo identificado que nove em cada dez ações judiciais foram iniciadas em um computador, um celular ou um tablet – dez anos antes, a proporção era de um a cada dez; e apresentou volume recorde de 23 milhões de processos novos eletrônicos, entre janeiro e dezembro de 2019.

Na atualidade não possuímos ainda um tribunal online ou *cortes online*, mas é inegável que a pandemia de certa forma tem acelerado e até mesmo alterado o modo de atuar, ganhando destaque e força as chamadas *cortes online*¹⁵.

Richard Susskind, afirmou recentemente, em 02 de janeiro de 2020, em entrevista ao jornal americano, denominado *ABA Journal* (Jornal da American Bar Association) que “os tribunais online poderão acelerar a administração da justiça e, portanto, serem benéficos para países com uma carga muito alta de processos em tramitação”¹⁶. Ao destacar acerca da necessidade da implementação do uso da tecnologia e tribunais online para gestão adequada dos processos, o mencionado autor citou inclusive o Brasil abordando que o país possui uma carga de mais de 100 milhões de processo em tramitação.

Susskind, inicia o seu livro “*Online Courts and the future of Justice*”, com uma pergunta, o tribunal é um lugar ou um serviço. O autor explora a possibilidade de criação de novos Tribunais em que a interação entre todos os sujeitos processuais se daria integralmente em plataforma online, mas rechaça a ideia de que a tecnologia, mesmo a inteligência artificial, substitua o juiz em julgamentos virtuais¹⁷.

Afirma o autor que muitos casos podem ser decididos pela submissão de provas e argumentos online, em vez de pessoalmente. “É um sistema de audiência assíncrono, em que as partes passam mensagens e argumentos ao juiz remotamente e recebem respostas da mesma forma”¹⁸. Esclarece ainda em sua obra que não faz sentido que a prestação

13 “O Sistema TUCUJURIS – Processo Judicial Eletrônico foi idealizado no ano de 2005, na Gestão do Des. Vales, que verificando o aparato tecnológico do TJAP e o potencial da equipe técnica de informática, visualizou a necessidade iminente de se implantar na Justiça do Amapá um produto informatizado com o objetivo de espelhar a real maneira de como os procedimentos judiciais eram executadas nas Secretarias Judiciais, bem como o armazenamento dos conteúdos dos diversos atos processuais, visando com isso a agilização e otimização dos serviços, em substituição ao então sistema vigente, que só armazenava o andamento do processo, disponibilizando assim todos os recursos e as condições necessárias para a plena efetivação do projeto.” (Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/sobre.html>. Extraído em: 08 set. 2020).

14 NUNES, Dierle. *Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento à tecnologia?* NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (Orgs.). In: *Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. SALVADOR: JusPodivm, 2020, p. 20.

15 Expressão utilizada por Richard Susskind em sua obra *Online courts and the future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

16 Entrevista concedida por Richard Susskind ao Journal *ABA* (Jornal da American Bar Association), em 02 de Janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.abajournal.com/news/article/online-courts-the-future-of-justice-and-being-bold-in-2020/>. Extraído em: 08 set. 2020.

Vide também o comentário de João Ozório de Melo sobre a entrevista de Ricard Susskind em texto intitulado *Pandemia do Covid-19 impulsiona adoção de tribunais online nos EUA*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/pandemia-covid-19-impulsiona-adocao-tribunais-online-eua?imprimir=1>. Extraído em: 08 set. 2020.

17 SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

18 Tradução livre. Entrevista concedida por Richard Susskind ao Journal *ABA* (Jornal da American Bar Association), em 02 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.abajournal.com/news/article/online-courts-the-future-of-justice-and-being-bold-in-2020/>. Extraído em: 08 set. 2020.

jurisdicional e os Tribunais sejam antiquados, caros, lentos, “*de papel*”, pouco inteligíveis aos não advogados e de difícil acesso¹⁹, cuja dificuldade é retratada pelas estatísticas, pois demonstram que mais pessoas possuem acesso à internet do que aos Tribunais²⁰.

Susskind defende que os tribunais online, entre outros benefícios, favoreceriam a ampliação do acesso à justiça conforme mencionado acima. Contudo, tal afirmação deve ser vista com ressalvas, ao menos no Brasil, onde há uma diversidade de conhecimento, com desigualdades socioeconômicas relevantes e realidades regionais completamente diferentes, não se permitindo concluir em um primeiro momento que o uso dos tribunais online proposta pelo mencionado autor, geraria de forma automática uma ampliação do acesso à jurisdição²¹.

Conforme esclarecem Dierle Nunes e Hugo Malone, baseado nas concepções de Susskind:

o termo tribunais online se refere a qualquer tipo de serviço público de gerenciamento e resolução de conflitos fornecido pelo Estado e pode admitir duas concepções: uma específica, referente à solução de casos por juízes humanos, mas não em tribunais físicos; e outra mais ampla, que diz respeito a toda iniciativa de um tribunal para produzir mais do que decisões judiciais, como por exemplo conciliações online, serviços de autoajuda e orientação jurídica para pro se litigation, por meio das tecnologias cotidianas, como aplicativos, smartphones, etc.²²

Os tribunais online, em uma concepção ampla, encontram-se diretamente ligados à noção de *Online Dispute Resolution* (ODR), podendo esta ser compreendida como o uso das tecnologias da informação e comunicação para resolução de conflitos em ambiente virtual que antes eram resolvidos no meio físico, acrescentando ainda Daniel Arbix que ODRs também “*agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos*”²³.

Um exemplo de Tribunal online é identificado no Canadá, *Civil Resolution Tribunal (CRT)*

19 “By 2039, we will surely no more need to argue the case for online courts than we need to advance the case today for online shopping or, I expect, the case for autonomous vehicles a decade from now”. SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p.2-4; 90.

20 “More people in the world now have access to the internet than access to justice. According to the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), only 46 per cent of human beings live under the protection of the law, whereas more than 50 per cent of people are now users of the internet in way or another”. (SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p.27).

21 Um exemplo da dificuldade de acesso ao uso da tecnologia foi identificado no Brasil durante o período da Pandemia, quando se verificou a dificuldade das pessoas em acessar o sistema disponibilizado pelo governo federal para receber o benefício do auxílio emergencial, conforme previsão da Lei n 13.982 de 2 de abril de 2020, a qual prevê em seu artigo 2º: “Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos.” Tal dificuldade se deu seja pelo desconhecimento do uso adequada da ferramenta de tecnologia, sem não possuir internet adequada ou por outras questões que não serão apresentadas visto que fogem ao escopo do presente trabalho. Outro exemplo neste sentido tem sido a dificuldade em tempos de pandemia junto às Universidades e Faculdades para que os alunos assistam às aulas de forma on-line neste período de isolamento social, a exemplo dos Cursos de Direito, entre vários outros, nos quais se verifica que a maior parte dos alunos realmente possui telefone celular, mas não possuem pacote de dados de internet com capacidade suficiente para acessar a aula on-line, sem que haja problemas de conexão. Aliás, tal situação de dificuldade de acesso à internet e a um computador, especialmente com pacote de dados suficientes que suporte assistir aulas on-line é claramente identificado nas universidades federais que, em sua maioria estão sem aulas durante o período de pandemia, já que, muitos dos alunos não possuem acesso a tecnologias como computador e pacote de dados de internet para acompanhamento de aulas de forma online. Em reportagem sobre o tema constata-se que: “O ensino remoto emergencial foi uma das opções encontradas para contornar a falta de aulas em escolas e universidades durante a pandemia. Ainda que seja uma solução interessante para aproximar alunos e professores, o uso de plataformas virtuais e atividades escolares a distância coloca luz sobre a desigualdade de acesso a tecnologias de comunicação e informação – e pode aprofundar o abismo social da educação no Brasil.” (Disponível: <https://www.blogs.unicamp.br/covid-19/desigualdade-social-e-tecnologia-o-ensino-remoto-serve-para-quem/>. Extraído em: 11 set. 2020).

22 NUNES, Dierle; PASSOS, Hugo Malone. Os tribunais online avançam durante a pandemia da Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/nunes-passos-tribunais-online-pandemia>. Extraído em: 09 set. 2020.

23 Segundo Daniel Arbix, as ODR como solução de conflitos online por meio do uso das tecnologias de informação e comunicação não apenas substituem o ambiente tradicional, mas também “*agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos*”. (ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Ed. Intelecto, 2017, p.58)

de *British Columbia*, funcionando inteiramente em uma plataforma online, resolve conflitos decorrentes de acidentes de trânsito cujo valor da causa não ultrapasse 50 mil dólares canadenses, pequenas causas de até cinco mil dólares canadenses, conflitos condominiais e conflitos decorrentes de relações societárias e cooperativas independente do valor da causa para estas duas ultimas hipóteses, os quais eram no passado resolvidos pela *Small Claims Court* (justiça de pequenas causas)²⁴.

No Brasil não temos efetivamente um tribunal online como descrito por Susskind, mas é preciso reconhecer que existem em nosso país vários projetos com uso de tecnologia que tem se utilizado de diversos mecanismos tecnológicos de apoio ao julgador (humano) e não do uso da inteligência artificial como substituição do julgador humano por um juiz robô, ao menos por hora²⁵.

Nesse contexto, a título exemplificativo, pode-se destacar o robô Victor do Supremo Tribunal Federal (STF)²⁶, cujo projeto envolve o chamado aprendizado de máquina (AM), utilizando-se da aprendizagem computacional em inteligência artificial (IA), com funções iniciais como: leitura pelo robô de todos os recursos extraordinários que chegam ao STF fazendo a identificação de quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral; realização do juízo acerca da repercussão geral no STF; conversão de imagens em textos no processo digital; separação do começo e do fim de um documento (peça processual, decisão, etc) em todo o acervo do Tribunal; separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF²⁷.

Além das funções iniciais supramencionadas o robô Victor possui “*potencial para dar uma solução sozinho, para cerca de um oitavo dos recursos extraordinários (Res) que chegam ao STF – como em 2017 foram apresentados 80 mil Res à Corte, ele teria colocado fim a 10 mil casos naquele ano*”. Há ainda a possibilidade de o Victor “*devolver automaticamente aos Tribunais de origem os recursos extraordinários que se enquadrem em um dos 27 temas de repercussão geral que o instrumento foi ensinado a identificar*”²⁸.

Há também o projeto Sócrates desenvolvido pela assessoria de inteligência artificial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ainda em fase de testes, se propõe a realizar o exame automatizado do recurso e do acórdão recorrido que chegam ao STJ, disponibilizando informações como, por exemplo, se o tema se enquadra em alguma categoria de demandas repetitivas, referências legislativas, listagem de casos semelhantes e até mesmo sugestão da decisão²⁹.

Já Radar e Ágil são robôs desenvolvidos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

24 Disponível em: <https://civilresolutionbc.ca/>. Extraído em: 10 set. 2020.

25 Antônio Aurélio de Souza Viana em artigo sobre o juiz-robô e a decisão algorítmica pontua: “*A possibilidade de um juiz-robô, como visto, é real e parece próxima. Há, sem dúvidas, potencialidades e virtudes no uso da inteligência artificial, podendo-se indicar a possibilidade de essa ferramenta organizar os bancos de dados de julgados dos Tribunais brasileiros, o que faria com que o jurista pudesse melhor compreender o direito jurisprudencial pátrio. (...) Por outro lado, embora estejamos em momento incipiente nas pesquisas, verifica-se desde já um certo drama no deslocamento da função decisória às máquinas, uma vez que essa possibilidade, se implementada com o mínimo de responsabilidade, demanda o aprofundamento numa série de fatores, passando-se pela psicologia, teoria do conhecimento, hermenêutica jurídica, teoria do processo e tantos outros campos.*” (VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Juiz-robô e a decisão algorítmica; a inteligência artificial na aplicação dos precedentes*. In: Isabella Fonseca Alves (Org.). *Inteligência Artificial e Processo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, v.1, p. 21-45.)

26 Nome idealizado em homenagem ao falecido Ministro Victor Nunes Leal.

27 O funcionamento o Projeto VICTOR, que utiliza Inteligência Artificial (IA) para aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos que chegam ao tribunal. Desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília – UnB. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Extraído em: 05 set. 2020).

28 Disponível em: <https://jotainfo.jusbrasil.com.br/noticias/657530982/stf-investe-em-inteligencia-artificial-para-dar-celeridade-a-processos>. Extraído em: 11 set. 2020.

29 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/Inovacao--agilidade-processual-e-reducao-de-acervo-marcam-primeiro-ano-da-atual-gestao-no-STJ.aspx>. Acesso em: 10 set. 2020.

O robô Ágil que, por meio do título da ação, examina as varas do Estado e gabinetes de desembargadores para identificar desvios de distribuição. Já o Radar permite ao julgador verificar casos repetitivos no acervo das comarcas, agrupá-los e julgá-los conjuntamente a partir de uma decisão normatizada. Permite ainda pesquisas por palavras-chave, data de distribuição, órgão julgador, magistrado, parte, advogado e outras demandas que o juiz necessitar, podendo tal mecanismo tecnológico ser aplicado também aos processos administrativos do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do TJMG³⁰.

Além dos robôs mencionados acima, existem ainda dezenas de robôs sendo utilizados e implementados por diversos Tribunais do Brasil, como, por exemplo, do Poti, Clara e Jerimum no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, se destinando ao primeiro a executar tarefas de bloqueio e desbloqueio de contas e emissão de certidões relacionadas ao BACENJUD. O Jerimum, criado para classificar e rotular processo e o robô Clara efetua a leitura de documentos, sugere tarefas e recomenda decisões, como a extinção de execução cujo tributo já fora pago. E ainda o sistema o robô Elis do Tribunal de Justiça de Pernambuco destinado a auxiliar nas execuções fiscais e permite que o robô confira os dados da Certidão de Dívida Ativa, verifique a existência de prescrição e cheque a regularidade da competência.

Se até pouco tempo a implementação de tribunais online representava algo futurístico bem distante para diversos países, o estado emergencial de saúde e o distanciamento social causados pela Pandemia evidenciaram ainda mais a necessidade de adaptação e implementação de tecnologia para funcionamento de forma virtual e online. No Texas, por exemplo, em 19/03/20, em decorrência da situação de isolamento social e os riscos de contágio causados pela COVID-19, o Departamento de Administração das Cortes do Estado anunciou que os tribunais passariam a operar por meio de videoconferências³¹. Na China, durante o período da Pandemia, os tribunais ampliaram consideravelmente o uso da tecnologia³².

O uso dos mecanismos de tecnologia nos tribunais brasileiros não se iniciara com a pandemia da Covid-19 (conforme já abordado acima). Aliás, é inegável a percepção da necessidade e adaptação e implementação ao uso de tecnologia nos Tribunais, podendo-se creditar em parte à Pandemia da Covid-19 a aceleração no uso de mecanismos de tecnologia como ampliação do uso de sessões de julgamentos virtuais e sessões de julgamento por videoconferência, despachos de forma virtual, sob pena de inviabilizar a continuidade do trâmite dos procedimentos judiciais. Durante o período da pandemia, o judiciário viu-se forçado e a implementar com urgência o uso de recursos de tecnologia a fim de viabilizar a continuidade do funcionamento do judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria nº61 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 31 de março de 2020 instituiu: “*a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia da COVID-19*”³³. Já as Resoluções nº313 e nº314 do CNJ passaram a prever a realização de sustentações orais virtuais (por

30 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 10 set. 2020.

31 MELO, João Ozório de. *Pandemia da COVID-19 impulsiona a adoção de tribunais online nos Estados Unidos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/pandemia-covid-19-impulsiona-adoacao-tribunais-online-eua>. Extraído em: 08 set. 2020.

32 NUNES, Dierle. PASSOS, Hugo Malone. Os tribunais online avançam durante a pandemia da Covid-19. *Revista Consultor jurídico*. (Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/nunes-passos-tribunais-online-pandemia>). Extraído em: 08 set. 2020).

33 Portaria nº61 do Conselho Nacional de Justiça: *Art. 1º Instituir a Plataforma Emergencial de Videoconferência para a realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social provocado pela pandemia do Covid-19. Parágrafo único. O uso da Plataforma é facultativo aos tribunais e não exclui a utilização de outras ferramentas computacionais que impliquem o alcance do mesmo objetivo.*

videoconferência ou assíncronas)³⁴, realização de audiências online por videoconferência (seja de conciliação, saneamento ou de instrução e julgamento), isso sem falar na adaptação e modificação na forma de atuação dos advogados nos tribunais que passaram a fazer uso dos mecanismo de tecnologia despachando com Ministros e Desembargadores também de forma online, com uso de recursos tecnológicos³⁵.

E para confirmar que o avanço e uso da tecnologia, inclusive de procedimentos e atos virtualizados e digital veio para ficar, mesmo após cessar a pandemia, foi publicada no dia 09/10/2020, a Resolução nº 345 do CNJ, disciplinando o juízo 100% (cem por cento) digital, no qual todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, pela Internet, incluindo as audiências e sessões de julgamento, que irão ocorrer exclusivamente por videoconferência.

Na sessão de aprovação da Resolução em questão o presidente do CNJ, ministro Luiz Fux declarou:

O Poder Judiciário tem se reinventado nos últimos anos ao ingressar na era digital. No futuro, os fóruns não necessitarão de espaços físicos, pois todos os serviços serão oferecidos on-line. Isso tende a diminuir muito as despesas, pois tudo estará disponível na Internet. O alinhamento entre a inteligência humana e artificial também melhorará o gerenciamento de processos e de recursos humanos. Os robôs realizam em segundos o trabalho de centenas de funcionários.

Também é cediço que a pandemia do coronavírus testou a capacidade de resiliência institucional do Poder Judiciário como nunca em nossa história contemporânea. Com velocidade e senso de adaptação, conseguimos prestar jurisdição ininterruptamente com ganho de produtividade por meio da utilização da tecnologia. À guisa de exemplo, apenas o Tribunal de Justiça de São Paulo produziu, até o momento, mais de 15,4 milhões de atos processuais, com o registro de 4 milhões de acessos remotos.

Assim, temos sido simultaneamente espectadores e protagonistas de uma das maiores transformações da história da humanidade: o sepultamento da era analógica e o resplandecer da era digital, em que o big data se torna a fonte principal de produção de dados públicos.

Nessa linha de raciocínio, deve-se salientar que os esforços dos meus antecessores criaram as bases tecnológicas para doravante consolidarmos a Revolução Digital do Poder Judiciário brasileiro. Nos próximos dois anos, daremos passos largos em direção ao acesso à justiça digital amplo, irrestrito e em tempo real a todos os brasileiros.

É nesse contexto que surge a presente Resolução, a partir da qual seja possível a criação de juízos 100% digitais, em que todos os atos processuais serão realizados de forma eletrônica e remota e com juízes acessíveis a todos os jurisdicionados, sem a necessidade, no futuro, de uma estrutura física para o seu suporte. (Ato Normativo – 0007913-62.2020.2.00.0000 – Rel. LUIZ FUX – 319ª Sessão Ordinária – CNJ – julgado em 06/10/2020).

34 Cumpre registrar que ao menos em relação ao Supremo Tribunal Federal, os plenários virtuais já estavam previstos por meio por meio da Emenda Regimental de nº21 de 30 de abril de 2007 do STF para julgar ocorrência e mérito de repercussão geral em Recurso Extraordinário. Posteriormente, em 2016, a Emenda Regimental nº51 ampliou a incidência de plenários virtuais para agravos regimentais e embargos de declaração em lista e por meio da Emenda Regimental do STF de nº52/2009, foi incluído no rol também os agravos internos, medidas cautelares de tutelas provisórias e demais classes processuais que tenham jurisprudência pacífica na Corte. (conferir: RODRIGUES NETTO, Nelson. *A Alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para a Aplicação da Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário*. Disponível em: http://www.rodriguesnetto.com.br/images/artigos/A_Alteracao_do_Regimento_Interno_do_Supremo_Tribunal_Federal_para_a_Aplicacao_da_Repercussao_Geral_da_Questao_Constitucional_no_Recurso_Extraordinario.pdf. Extraído em: 08 set. 2020)

35 Conferir: NUNES, Dierle; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade. O contraditório e sua implementação pelo design: design thinking, legal design e visual law como abordagens de implementação efetiva de influência. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique Santos; WOLKART, Erik Navarro (Orgs.). *Inteligência artificial e o direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p.227-260; NUNES, Dierle, FARIA, Guilherme Henrique Lage Faria; PEDRON, Flávio Quinaud. Hiperoralidade em tempos de COVID-19. *Revista Consultor Jurídico*, 16 jun. 2020.

De acordo com a nova resolução disciplinando acerca da justiça digital, todos os atos processuais, como audiências e sessões, serão exclusivamente realizadas por videoconferência e não mais por meio presencial, apresentando-se como uma promessa de uma nova era digital no judiciário.

Apesar da existência de projetos adiantados no uso da inteligência artificial e os avanços tecnológicos nos aproximando em certa medida das *cortes online* (assim denominadas por Susskind), seria muito cedo e temerário apresentar prognósticos acerca dos efeitos da utilização da inteligência artificial nos tribunais, apesar dos avanços e das promessas de ampliação do acesso à justiça e de maior eficiência. E o campo torna-se ainda muito mais complexo quando se pensa na utilização da Inteligência Artificial na tomada de decisões, a chamada IA forte³⁶.

Para além de pensar o uso da tecnologia nos tribunais como meio eficiente para redução do congestionamento e morosidade do judiciário, especialmente no Brasil que contamos com um volume de mais de 70 milhões de processos ativos³⁷, torna-se necessário pensar no “risco associado à dependência crítica em algoritmos, sob sua suposta neutralidade, especialmente quando eles implicitamente ou explicitamente medeiam acesso a procedimentos decisórios de enorme relevância como são os judiciais”³⁸, já surgindo nessa seara questionamentos sobre os riscos dos vieses algorítmicos segundo destaca Cathy O’Neil^{39 40}.

Certamente o uso da tecnologia é necessário nos Tribunais e tem contribuído para o gerenciamento de processos e sua duração razoável, otimizando atos e fases do procedimentais e assegurando o acesso a justiça, facilitando inclusive o acesso à precedentes, identificação de casos similares e organização da jurisprudência entre outras virtudes. Contudo, conforme destaca Neil Postman é preciso ficar alerta em relação ao uso da tecnologia, “Precisamos continuar com os nossos olhos bem abertos para que muitos usem a tecnologia em vez de ser usado por ela”. O uso da tecnologia não gera puramente apenas benefícios e vantagens. Conforme destaca o mencionado autor “para cada vantagem que uma nova tecnologia oferece, há sempre uma desvantagem correspondente. A desvantagem pode exceder em importância a vantagem, ou a vantagem pode muito bem valer o custo”⁴¹.

3 A AMPLIAÇÃO E USO DAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

O distanciamento social e a situação de emergência da saúde pública impostos pela pandemia da Covid-19 aceleraram a virtualização dos processos (especialmente processos

36 Conferir: FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. O direito à explicação sobre decisões automatizadas: uma análise comparativa entre a União Europeia e o Brasil. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 1, out.-dez. 2018; NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho Marques. *Decisão judicial e inteligência artificial: É possível a automação da fundamentação?*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (Orgs.). *Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. SALVADOR: JusPodivm, 2020, p.551-590; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Juiz-robô e a decisão algorítmica; a inteligência artificial na aplicação dos precedentes. In: Isabella Fonseca Alves. (Org.). *Inteligência Artificial e Processo*. Belo Horizonte: D’Placido, 2019, v.1, p.21-45.

37 De acordo com os dados fornecidos pela justiça em números de 2020 disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consta que até dezembro de 2019 existia um estoque processual na Justiça brasileira de 77,1 milhões de processos em tramitação. (Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf)

38 NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. *Deslocar função decisória estritamente para máquinas é muito perigoso*. (Disponível: <https://www.sedep.com.br/artigos/deslocar-funcao-estritamente-decisoria-para-maquinas-e-muito-perigoso/>. Extraído em: 10 set. 2020)

39 O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova York: Crown Publishers, 2016.

40 O presente artigo não objetiva aprofundar acerca do risco de o aprendizado de máquinas produzir padrões deturpados e enviesados, mas tão somente alertar o leitor sobre tais riscos.

41 POSTMAN, Neil. *Five Things We Need to Know About Technological Change*. Disponível em: <https://web.cs.ucdavis.edu/~rogaway/classes/188/materials/postman.pdf>.

físicos em virtuais) e a prática de alguns atos de forma também virtual, a exemplo da Portaria de nº61 do Conselho Nacional de Justiça, a qual passou a prever a utilização de uma plataforma virtual para realização das audiências por videoconferência, bem como a Resolução de nº314 do Conselho Nacional de Justiça, dispondo, entre outras questões, acerca da realização das audiências e sustentação oral de forma online, por videoconferência⁴².

A Portaria nº61 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 31 de março de 2020 instituiu a *plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia COVID-19*⁴³.

A Resolução nº 314 de 20 de abril de 2020 do CNJ previu no período de pandemia e calamidade pública a possibilidade de realização de audiências por videoconferência, prevendo inclusive a possibilidade de realização de audiência para produção de provas orais e instrução e julgamento por videoconferência, já que não houve limitação à apenas audiência de conciliação ou de saneamento⁴⁴.

O art. 6º, da mencionada Resolução, em seu §2º prevê a possibilidade de realização de *atos virtuais por meio de videoconferência por todos juízos e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados*. E ainda o § 3º do mencionado artigo disciplina que: *as audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais*⁴⁵.

Oportuno registrar que a possibilidade realização de atos por videoconferência, à exemplo da realização de audiência para produção de prova oral de depoimento pessoal das partes e/ou das testemunhas, já se encontrava prevista no CPC de 2015, consoante previsões dos artigos 236, §3º, art. 385, §3º, art. 453, §1º, art. 461, §2º e art. 937, §4º todos do CPC/15, os quais disciplinam o seguinte:

42 O presente tópico se destina a identificar alguns óbices ao desenvolvimento adequado do procedimento judicial, especificamente no que tange à realização das audiências online nas quais há a produção das provas orais (depoimento pessoal, prova testemunhal).

43 Portaria nº61 do Conselho Nacional de Justiça: *Art. 1º Instituir a Plataforma Emergencial de Videoconferência para a realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social provocado pela pandemia do Covid-19. Parágrafo único. O uso da Plataforma é facultativo aos tribunais e não exclui a utilização de outras ferramentas computacionais que impliquem o alcance do mesmo objetivo.*

44 O presente tópico objetiva levantar alguns questionamentos e riscos decorrentes das audiências online intensificadas pela Pandemia, mas apenas na perspectiva do processo civil, sem abordagem à esfera criminal, eleitoral ou trabalhista.

45 Art. 6º Sem prejuízo do disposto na Resolução CNJ nº 313/2020, os tribunais deverão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, buscando soluções de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça, para realização de todos os atos processuais, virtualmente, bem como para o traslado de autos físicos, quando necessário, para a realização de expedientes internos, vedado o reestabelecimento do expediente presencial.

§ 1º Eventuais impossibilidades técnicas ou de ordem prática para realização de determinados atos processuais admitirão sua suspensão mediante decisão fundamentada.

§ 2º Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízos e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataformavideoconferencia-nacional/), nos termos do Termo de Cooperação Técnica nº 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.

§ 3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais. (Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Extraído em: 21 set. 2020).

Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. (...)
§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.
Art. 385. (...) § 2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte. § 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.
Art. 453. (...) § 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.
Art. 937. (...) § 4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requiera até o dia anterior ao da sessão⁴⁶.

Há muito pouco tempo a realização da audiência por videoconferência quase não era utilizada se comparada à forma tradicional (presencial). Contudo, com a pandemia, esta modalidade virtual para realização das audiências apresentou um crescimento exponencial, em decorrência da necessidade de isolamento social durante o período de estado emergencial de saúde. O CNJ inclusive criou durante este período crítico uma plataforma para realização de tais audiências (*ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça*), as quais vêm ocorrendo em larga escala pelo judiciário de quase todos os tribunais do País.

Nessa fase inicial do uso das audiências online (por videoconferência) em larga escala que ocorram fora do juízo é preciso atentar-se para a necessidade do seu uso adequado, seguro, transparente e equilibrado da tecnologia, de forma a se harmonizar com as garantias inerentes ao processualismo constitucional democrático (como o devido processo, contraditório substancial como garantia de influência e não surpresa, a fundamentação racional das decisões entre outras garantias), além da imprescindível boa fé das partes, advogados e testemunhas e juízes na prática destes atos⁴⁷. Também se torna necessário um olhar atento ao efetivo acesso à jurisdição e a vulnerabilidade digital que serão abordados no tópico seguinte.

O *novo normal* no formato de realizações de audiências, qual seja, audiências por videoconferência, especialmente no que tange às audiências de instrução e julgamento na esfera cível (objeto da presente abordagem), apresenta algumas virtudes como a otimização na prática dos autos, manutenção do isolamento social nesta fase da pandemia, ampliação da oralidade, duração razoável do processo entre outros⁴⁸.

Em contraponto às virtudes do uso da tecnologia nos tribunais, faz-se oportuna uma melhor reflexão acerca dos riscos iniciais da prática das audiências nesse novo formato, razão pela qual passa-se a elencar alguns deles⁴⁹:

46 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Extraído em: 11 set. 2020.

47 COUY, Giselle Santos; VIANA, Antônio Aurélio. Tecnologia, audiência por videoconferência na justiça do trabalho e as garantias constitucionais. In: Cléber Lúcio de Almeida *et al* (Orgs). *Direito do trabalho e democracia*. Curitiba: CRV, 2020, p.357 e ss.

48 Propositadamente não fora incluída a garantia de acesso à justiça já que em virtude das diferenciais sociais e regionais que enfrentamos no Brasil, não é possível afirmar que todos tenham acesso aos sistemas da prática de atos de forma virtuais nos tribunais, seja pela ausência de conhecimento técnico ou pela dificuldade em obter pacote de dados de internet adequado para realização de atos por meio de plataforma.

49 COUY, Giselle Santos; VIANA, Antônio Aurélio. Tecnologia, audiência por videoconferência na justiça do trabalho e as garantias constitucionais. In: Cléber Lúcio de Almeida *et al* (Orgs.). *Direito do trabalho e democracia*. Curitiba: CRV, 2020, p.357 e ss.

a) ausência de recursos tecnológicos e pacote de dados de internet, bem como desconhecimento técnico no manuseio tecnológico seja das partes, testemunhas e até mesmo do próprio advogado para realização das audiências de forma online, visto que não há como presumir que todos possuam tais recursos⁵⁰, já que não é presumível que todos envolvidos tenham recursos tecnológicos e conhecimento técnico para manuseio do ambiente virtual.

b) a Resolução nº 314/2020 do CNJ ressalva no art. 6º, §3º a possibilidade de não realização de audiência por videoconferência diante de eventuais “*dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora dos prédios oficiais*”. Diante de tal perspectiva, a audiência virtual somente irá ocorrer caso ambas as partes queiram e realizem negociação processual prevista no art. 190 do CPC⁵¹, já que basta uma das partes apresentar impossibilidade de deslocamento ou ausência de ferramenta adequada que a audiência somente poderá ocorrer de forma presencial, frustrando, portanto, o uso de tal mecanismo de tecnologia;

c) a realização de audiências fora do juízo não assegura a necessária incomunicabilidade das testemunhas, conforme previsão do art. 456 do CPC⁵², ficando, portanto, fora do controle do juízo assegurar tal incomunicabilidade, já que a testemunha pode estar ao lado de outra testemunha sem que o juiz saiba, além é claro da possibilidade de a testemunha estar sendo instruída no momento do depoimento, fora do campo de visão do juiz, já que a testemunha se apresenta de forma virtual, acessando a audiência de qualquer ambiente fora do juízo;

d) há ainda a questão da ausência de controle no ambiente virtual no que diz respeito à vedação ao acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs (art. 386, § 2º do CPC/15) e a proibição do depoimento com leitura e consulta de escritos previamente preparados (art. 387 do CPC/15);

e) a Resolução nº 314 do CNJ ainda prevê que “*eventuais impossibilidades técnicas ou de ordem prática para realização de determinados atos processuais admitirão sua suspensão mediante decisão fundamentada*”. Tal previsão cria um ambiente propício à conduta de má-fé processual seja das partes, testemunhas e/ou advogados que podem algum momento mais complexo ou desvantajoso da audiência simplesmente desligar a conexão e alegar que a conexão caiu, em nítida atitude ausente de boa-fé, mas de difícil verificação e apuração pelo Julgador.

Também é preciso atentar-se para previsão do art. 198 do CPC, o qual, ao dispor sobre a prática eletrônica de atos processuais, estabelece que as unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais, sendo admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos.

Há ainda a previsão do art. 199 do CPC que prevê que “*as unidades do Poder Judiciário*

50 Verifica-se que ausência de recursos tecnológicos e impossibilidade de deslocamento de partes e testemunhas já se apresentam como um problema real. A título exemplificativo extrai-se a notícia da OAB de Alagoas apresentou em maio de 2020, reclamação no CNJ em face de Juiz do Trabalho de São Miguel dos Campos que negou adiar uma audiência trabalhista. De acordo com a notícia publicada: “*A seccional tomou conhecimento de despacho do magistrado indeferindo adiamento de audiência. Com isso, o advogado responsável pela demanda, para não prejudicar a parte, solicitou desistência do processo, pois “não dispõe de meios tecnológicos necessários para realização de audiência por videoconferência”*”. (Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/327989/oab-al-aciona-corregedoria-contra-juiz-do-trabalho-que-impos-audiencia-por-videoconferencia>. Extraída em: 14 jun. 2020).

51 Sobre a temática de convenções processuais conferir: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016; FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

52 Art. 456. *O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras.*

Parágrafo único. O juiz poderá alterar a ordem estabelecida no caput se as partes concordarem.

assegurarão às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica”.

Em relação à possibilidade de realização de sustentação oral de forma virtual junto aos Tribunais, conforme previsão do art.5º da Resolução nº314 do CNJ, a interpretação adequada a esse novo formato deve ser no sentido de:

[...] ser garantido a realização das sustentações orais presenciais (arts. 105/107, RITJMG). Todavia, havendo a adesão do(a) advogado(a) à prévia consulta do órgão jurisdicional quanto à realização da sessão em ambiente virtual, a sustentação oral poderá dar-se por videoconferência, ao vivo (síncrona), a fim de que a comunicação entre advogados e magistrados seja imediata e direta, inclusive para viabilizar o pedido de esclarecimentos dos magistrados ao orador (art. 105, §10, RITJMG), garantindo-se efetiva oportunidade de influenciar na formação dos pronunciamentos (vide PL 3388/2020). A opção de envio de sustentação oral previamente gravada deve ser vista como uma opção de escolha exclusiva do advogado.⁵³

Como reflexão inicial parece ser plausível mitigar alguns dos problemas mencionados acima, como:

- a. Quanto à ausência de recursos de tecnologia e conhecimento técnico, comunicação das testemunhas entre outros, uma solução seria a criação e instalação de diversas salas de videoconferência, com todo equipamento de tecnologia áudio e monitoramento integral da sala física e da própria audiência, em sala separada da outra parte e também das demais testemunhas, minimizando assim a possibilidade de comunicação das partes e/ou testemunhas, reduzindo ainda o risco de instrução da testemunha em audiência, bem como o risco de comunicação;
- b. Para as audiências de instrução e julgamento por videoconferência, estas somente poderão ser realizadas, mediante concordância das partes, nos termos do art. 190 do CPC (celebração de negócios processuais), devendo ainda *as partes e testemunhas prestarem compromisso diferenciado, visando assegurar que estejam livres da interferência de terceiros, seja de forma presencial ou por meio de utilização de aparelhos de transmissão de sons e imagens, além da criação de salas de videoconferência separadas de forma que fique assegurado que uma parte ou testemunha não ouvirá o depoimento da outra.*⁵⁴
- c. Em relação à realização de sustentação oral, caso não seja possível a realização e sustentação oral na forma presencial, a sustentação oral poderá dar-se por videoconferência, ao vivo (síncrona), a fim de que a comunicação entre advogados e magistrados seja imediata e direta, a fim de assegurar efetiva participação e influência no julgamento colegiado nos Tribunais, ficando a hipótese de sustentação oral previamente gravada (assíncrona) como faculdade exclusiva do advogado.

É perceptível que a tecnologia e sua aplicação no direito é um caminho que já está estava sendo utilizado de forma gradativa e obteve um salto forçado pela situação decorrente da pandemia pela COVID-19. Também é inegável que o uso da tecnologia apresenta avanços importantes, seja na eficiência e celeridade, seja na redução do trâmite

⁵³ Argumentos extraídos da proposta elaborada pela Comissão de Processo Civil da OAB/MG, no intento de buscar soluções colaborativas junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais para a realização de atos processuais na modalidade virtual.

⁵⁴ MORAES, Camila Miranda de., GAIA, Fausto Siqueira; SILVA, Karla Yacy Carlos da. Audiência por videoconferência na Justiça do Trabalho são a melhor saída na crise. *Revista Consultor Jurídico*, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/opiniao-uso-videoconferencias-justica-trabalho>. Acesso em: 13 jun. 2020.

do processo, bem como na redução do custo da judicialização, possibilidade de acesso e otimização da solução de conflitos.

Contudo, não podemos também deixar de identificar e questionar alguns riscos e apresentados pela implementação de algumas tecnologias, especialmente no que tange ao presente tópico já que tal implementação necessita ser revestida de todas as garantias constitucionais, a fim de se assegurar um procedimento eficiente em termos de rapidez, mas também em termos de qualidade.

4 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O DEVER DE TRANSPARÊNCIA NO USO DA TECNOLOGIA

A preocupação com o processualismo constitucional democrático não é de hoje. Contudo, a explosão de litigiosidade identificada no Brasil nos últimos anos e ainda a virtualização dos processos tornou ainda mais preocupante a efetiva participação das partes na construção do provimento, de modo que garantias constitucionais como devido processo, contraditório efetivo/ substancial que efetivamente fosse levado a sério, viabilizando a participação como garantia de influência e não surpresa, bem como fundamentação adequada das decisões continuam merecendo total atenção, inclusive em tempos de pandemia com aceleração do uso das tecnologias nos tribunais.

Com o fomento da constitucionalização do Direito ocorrido no século XX, o processo passou a desenvolver-se como “*estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público*”⁵⁵.

A teoria normativa da comparticipação, na perspectiva da participação efetiva dos sujeitos processuais na construção do provimento, possui enfoque no processo democrático, com contraditório dinâmico, como garantia de influência e não surpresa, bem como na imprescindível e efetiva participação de sujeitos interdependentes no ambiente processual em todas as fases.^{56 57}

Nessa perspectiva do processualismo constitucional democrático, mostra-se também imprescindível cautela e devida atenção a garantia do efetivo acesso à justiça, em tempos de fomento à justiça digital, tribunais online e avanços do uso da inteligência artificial⁵⁸.

A preocupação outrora apontada por Mauro Capelletti, no Projeto Florença de Acesso à Justiça^{59 60}, já se encontra em parte superada, com surgimento de novos questionamentos

55 NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporânea: por um processualismo constitucional democrático. *Revista de Direito da Faculdade do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008, p.13-29. Disponível em: <http://tinyurl.com/zyr7djz>. Acesso em: 7 set. 2016, p. 17.

56 NUNES, Dierle. What is left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism? For a co-participative model on the new Brazilian CPC. *Civil Procedure Review*, v.6, n.3, p.35-52, sept./dec., 2015.

57 Dierle Nunes expõe: “a comparticipação e o policentrismo são institutos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos predeterminados ao se aplicarem as normas (princípios e regras). Tal procedimento respeitará e fomentará a participação e contribuição de todos os envolvidos nas esferas decisórias.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 147)

58 Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

59 Na década de 70, identificou-se em vários países um movimento de acesso à justiça que decorreu do *Projeto Firenze de Acesso à Justiça*, patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, envolvendo vinte e três países, visando apurar os problemas jurídicos de seus sistemas e as possíveis soluções. Os resultados desse projeto foram publicados em 1978, sob coordenação de Mauro Cappelletti, o qual previu entre outros fundamentos três ondas de reforma de acesso à justiça. (NUNES, Dierle José Coelho; PICARDI, Nicola. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t.2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>. Acesso em: 16 set. 2016, p.101; NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p.115).

60 O movimento de acesso à justiça, conforme lições de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, se destacou por três fases: sendo a primeira onda focada na assistência jurídica gratuita ao hipossuficiente; a segunda se caracterizou pelo enfoque na resolução das demandas de massa, versando sobre interesses difusos e coletivos centrados na proteção dos direitos do consumidor e meio ambiente; e a terceira, de aprimoramento e simplificação dos procedimentos em prol da efetividade, da economicidade e celeridade. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 31-73).

na contemporaneidade. Se há não muito tempo a preocupação de acesso à justiça estava também ligada à questão de recursos financeiros para que todos tivessem a possibilidade de acessar o judiciário, com direito a uma ampla defesa adequada, agora, com a velocidade das mudanças e avanços da tecnologia, já surgem novas questões quanto ao acesso efetivo à jurisdição, como, por exemplo, acesso à internet, pacote de dados e conhecimento técnico para participar e acessar sistemas de justiça digital (Justiça 100% Digital, Resolução nº345 do CNJ), seja pelas partes, testemunhas ou pelos próprios advogados.

Ao menos no Brasil, em que vivemos uma diversidade regional e de condições sociais inegáveis, exige-se cautela em afirmar que uma justiça 100% digital ampliaria e asseguraria o acesso de todos ao judiciário. Tal afirmativa seria no mínimo apressada, ao menos nos tempos atuais.

De pronto é possível identificar dois exemplos ocorridos durante a pandemia que deixam nítida a preocupação com a ausência de recursos tecnológicos e conhecimento digital e técnico da população: a) Um exemplo da dificuldade de acesso ao uso da tecnologia foi identificado no Brasil durante o período da Pandemia, quando se verificou a dificuldade das pessoas em acessar o sistema disponibilizado pelo governo federal para receber o benefício do auxílio emergencial previsto na Lei nº 13.982 de 2 de abril de 2020, dispondo que: *“Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos.”* Tal dificuldade se deu seja pelo desconhecimento do uso adequado da ferramenta de tecnologia, seja por não possuir internet adequada ou por outras questões, resultando em graves entraves ao direito por parte desses indivíduos vulneráveis; b) outro exemplo, foi a questão da impossibilidade de as escolas e faculdades públicas darem prosseguimento às aulas e calendário escolar pela via remota, virtual, por ausência de estrutura, recursos e condições de grande parte das famílias dos alunos.

Com a exemplificação acima não se está querendo descartar ou inutilizar o uso da tecnologia no judiciário e nos tribunais. Ao contrário, inclusive durante a pandemia, o uso dos mecanismos de tecnologia tem se mostrado essenciais para continuidade da atividade jurisdicional.

Nessa perspectiva, em meio ao uso exponencial da tecnologia no judiciário, acelerados pela pandemia da Covid-19, necessário um olhar atento quanto à vulnerabilidade digital ou tecnológica, como mais uma espécie de vulnerabilidade, para que não haja prejuízo à imprescindível garantia constitucional do acesso à jurisdição⁶¹. E como visto durante a pandemia, não precisamos ir muito distante para verificar uma série de entraves e problemas, por exemplo, no que se refere à realização de audiências por videoconferência, conforme mencionado no tópico anterior, não sendo crível presumir que a Resolução nº345 do CNJ, ampliará e garantirá de forma automática o acesso à justiça, tão somente por se tratar de uma justiça 100% digital.

61 Segundo Edilson Santana Gonçalves Filho: *“Como fica cada vez mais claro, a tecnologia gera uma nova categoria de vulneráveis e impacta no acesso à justiça. Os obstáculos identificados no século XX, assim com as ondas de superação, já não são mais os mesmos. A velocidade com que as mudanças ocorrem jamais foram experimentadas — o que nos permite falar, até mesmo, em uma espécie de vulnerabilidade líquida, parafraseando Zygmunt Bauman — e reforçam a ideia de que a análise deve ser realizada a partir de cada caso posto, levando em conta fatores econômicos, sociais, culturais, territoriais, transitórios, de pertencimento a grupos minoritários etc. O sistema de justiça não parece estar preparado para enfrentar este desafio pós-moderno. Medidas devem ser adotadas de forma imediata, o que demandará tempo (por mais contraditório que isto possa parecer) e aportes financeiros, ambos escassos no atual cenário.”* (GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acesso à justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. Revista Consultor jurídico. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em: 10 out. 2020).

Não é viável crer cegamente na promessa de amplo acesso à justiça e na sua celeridade alardeados com o uso da tecnologia. É necessário que o uso da tecnologia no judiciário, acelerado pela pandemia, também seja compatibilizado com o efetivo acesso à jurisdição, ao contraditório participativo como garantia de influência e não surpresa em todas as fases na construção do provimento. A eficiência alardeada pela prometida celeridade com o uso dos recursos tecnológicos, não pode significar apenas eficiência quantitativa (celeridade), com rapidez a qualquer custo. É preciso ter em mente também a eficiência qualitativa, a qual permite a formação de um provimento mais seguro, com amplo debate e influência das partes na construção do provimento, sem que necessariamente uma exclua a outra⁶².

Assim, não obstante o necessário avanço tecnológico no direito que fora acelerado pela pandemia e se apresenta como um caminho sem volta, as garantias constitucionais são imprescindíveis em qualquer procedimento judicial que se pretende minimamente estar embasado no processo constitucional, apresentando-se necessário a adaptação às novas tecnologias (e uso da inteligência artificial), as quais apresentam várias virtudes, mas cuja aplicação e limites precisam se harmonizar ao processualismo constitucional democrático.

Ainda que estejamos avançando rumo aos tribunais online é preciso se atentar para que o uso a inteligência artificial nos tribunais não reduza o debate e demais garantias processuais constitucionais, desprezando o papel do processo como garantia ou muito menos reduzindo a jurisdição a um mero serviço (concepção de Susskind)⁶³.

Nessa esteira de aplicação de inteligência artificial e diante da preocupação com os limites e parâmetros que devem ser estabelecidos, parece ser bem-vinda a Resolução nº332 do Conselho Nacional de Justiça de 21 de Agosto de 2020, a qual estabelece diretrizes para o desenvolvimento e uso de IA no Judiciário, apresentando como principais objetivos: a) agilidade e coerência do processo de tomada de decisão; b) compatibilidade com os Direitos Fundamentais; c) nos processos de tomada de decisão deve atender a critérios éticos de transparência, previsibilidade, possibilidade de auditoria e garantia de imparcialidade e justiça substancial; d) preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade, a solidariedade e o julgamento justo, com a viabilização de meios destinados a eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos; e) os dados utilizados no processo de aprendizado de máquina deverão ser provenientes de fontes seguras, preferencialmente governamentais, passíveis de serem rastreados e auditados; f) os dados utilizados devem ser eficazmente protegidos contra riscos de destruição, modificação, extravio, acessos e transmissões não autorizadas; g) deve respeitar a privacidade dos usuários, cabendo-lhes ciência e controle sobre o uso de dados pessoais⁶⁴.

Cuidou a mencionada Resolução de trazer definições de alguns termos técnicos

62 Sobre o tema: TARUFFO, Michele. *Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil*. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Orgs.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidade de Valencia, 2008, p.285 e ss.; NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo: RePro*, v. 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010, p.112-113.

63 NUNES, Dierle; PASSOS, Hugo Malone. Os tribunais online avançam durante a pandemia da Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/nunes-passos-tribunais-online-pandemia>. Extraído em: 09 set. 2020.

64 Resolução nº332 de 21 de agosto de 2020 do Conselho Nacional de Justiça "Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências". (Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original/191707202008255f4563b35f8e8.pdf>). Extraído em: 11 set. 2020).

computacionais⁶⁵, bem como prevê que, tanto no desenvolvimento, quanto na implantação da IA, os tribunais deverão observar sua compatibilidade com os direitos fundamentais, com as regras de governança de dados aplicáveis aos seus próprios softwares, com as demais resoluções e recomendações do Conselho, bem como, com as regras da *Lei Geral de Proteção de Dados*.

Assim, não obstante o presente artigo não possuir objetivo de tratar ou aprofundar de todos os dispositivos da presente Resolução, os quais certamente serão objeto de aprofundamento e questionamentos em outra oportunidade, tal iniciativa do Conselho Nacional de Justiça com estabelecimento de alguns parâmetros mínimo do uso da IA nos tribunais já se apresenta louvável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente o surto de saúde pública e distanciamento social causados pela Pandemia da Covid-19, aceleraram e intensificaram o uso da tecnologia nos Tribunais visando à otimização dos procedimentos e atos, com gerenciamento dos processos primando por sua duração razoável, reduzindo os tempos mortos do processo, facilitando inclusive o acesso à precedentes, identificação de casos similares e organização da jurisprudência entre outras virtudes.

Contudo, conforme destaca Neil Postman é preciso ficar alerta em relação ao uso da tecnologia, “*Precisamos continuar com os nossos olhos bem abertos para que muitos usem a tecnologia em vez de ser usado por ela*”. O uso da tecnologia não gera puramente apenas benefícios e vantagens, pois “*para cada vantagem que uma nova tecnologia oferece, há sempre uma desvantagem correspondente*”⁶⁶.

As novas tecnologias tendem a resignificar alguns institutos, trazendo uma verdadeira mudança no modo de litigar (trazendo novas estratégias), atuar no judiciário e na própria construção dos provimentos. Contudo, essa transformação decorrente da virada tecnológica do direito não pode gerar o enfraquecimento na perspectiva do processo constitucional que é base estruturante inafastável de qualquer processo judicial desenvolvidos no processualismo constitucional democrático.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Ed. Intelecto, 2017.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. *I Fondamenti Costituzionale della Giustizia Civile: Il Modello Costituzionale del Processo Civil Italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

65 Art. 3o Para o disposto nesta Resolução, considera-se:

I – Algoritmo: sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico;
II – Modelo de Inteligência Artificial: conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana;

III – Sinapses: solução computacional, mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de armazenar, testar, treinar, distribuir e auditar modelos de Inteligência Artificial;

IV – Usuário: pessoa que utiliza o sistema inteligente e que tem direito ao seu controle, conforme sua posição endógena ou exógena ao Poder Judiciário, pode ser um usuário interno ou um usuário externo;

V – Usuário interno: membro, servidor ou colaborador do Poder Judiciário que desenvolva ou utilize o sistema inteligente;

VI – Usuário externo: pessoa que, mesmo sem ser membro, servidor ou colaborador do Poder Judiciário, utiliza ou mantém qualquer espécie de contato com o sistema inteligente, notadamente jurisdicionados, advogados, defensores públicos, procuradores, membros do Ministério Público, peritos, assistentes técnicos, entre outros. (<https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>, extraído em 11 set. 2020).

66 POSTMAN, Neil. *Five Things We Need to Know About Technological Change*. Disponível em: <https://web.cs.ucdavis.edu/~rogaway/classes/188/materials/postman.pdf>

ANDOLINA, Itálo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Trad.: Oreste Nestor de Souza Laspro. *Revista de Processo*, ano 22, n. 87, jul./set. 1997.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

COUY, Giselle Santos; VIANA, Antônio Aurélio. Tecnologia, audiência por videoconferência na justiça do trabalho e as garantias constitucionais. In: Cléber Lúcio de Almeida *et all* (Orgs). *Direito do trabalho e democracia*. Curitiba: CRV, 2020.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, setembro de 2018.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. O direito à explicação sobre decisões automatizadas: uma análise comparativa entre a União Europeia e o Brasil. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 1, out.-dez. 2018.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Acesso à justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. *Consultor jurídico*. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em: 10 out. 2020.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2001.

MANIA, Karolina. *Online dispute resolution: The future of justice. International Comparative Jurisprudence*, 1, 2015.

MORAES, Camila Miranda de.; GAIA, Fausto Siqueira; SILVA, Karla Yacy Carlos da. Audiência por videoconferência na Justiça do Trabalho são a melhor saída na crise. *Revista Consultor Jurídico*, 14 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/opinio-uso-videoconferencias-justica-trabalho>.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporânea: por um processualismo constitucional democrático. *Revista de Direito da Faculdade do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo: RePro*, v. 35, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. What is left of Klein? Procedural reforms: statism or privatism? For a co-participative model on the new Brazilian CPC. *Civil Procedure Review*, v.6, n.3, p.35-52, sept./dec., 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento à tecnologia? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (Orgs.). *Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. SALVADOR: JusPodivm, 2020, v.1.

NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador, Jus Podium, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. *Revista de Processo*, v. 285, nov./2018.

NUNES, Dierle José Coelho; PASSOS, Hugo Malone. Os tribunais online avançam durante a pandemia da Covid-19. *Revista Consultor jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/nunes-passos-tribunais-online-pandemia>.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova York: Crown Publishers, 2016.

POSTMAN, Neil. *Five things we need to know about technological change*. Disponível em: <https://www.cs.ucdavis.edu/~rogaway/classes/188/materials/postman.pdf>.

RODRIGUES, Marco Antônio. *Processos judiciais e coronavirus*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/processos-judiciais-e-coronavirus-28032020>.

RUSSELL, Stuart J; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: na introduction to your future*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SUSSKIND, Richard. *The future of the professions. How technology will transform the work of human experts*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TARUFFO, Michele. Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Orgs.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidade de Valencia, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coords.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Juiz-robô e a decisão algorítmica; a inteligência artificial na aplicação dos precedentes. In: Isabella Fonseca Alves. (Org.). *Inteligência Artificial e Processo*. Belo Horizonte: D'Placido, 2019, v.1.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; SEKHON, Patrícia. *Inteligência artificial e o e-Hércules: a decisão algorítmica à luz da teoria dworkiniana do Direito como Integridade*. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (Orgs.). *Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. SALVADOR: JusPodivm, 2020, v.1.

SEÇÃO VI

DESAFIOS DO CORONAVÍRUS PARA O DIREITO DO TRABALHO

EL TELETRABAJO COMO ELEMENTO ALTERNATIVO EN LA ÉPOCA DE LA POSPANDEMIA DEL COVID-19 EN ESPAÑA

Salvador Morales Ferrer

Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia, con la calificación Apto Cum Laude. Doctor Honoris Causa por el Claustro Nacional de Doctores de México por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Alzira. Investigador del Ilustre Colegio de Abogados de Alzira. Conferenciante internacional.

Sumário: 1 Introducción; 2 Las normas jurídicas que avalan al teletrabajo; 3 El sistema del teletrabajo en el Reglamento Europeo; 4 La importancia de la agencia española de protección de datos en la violación en el teletrabajo; 5 El contenido de la notificación y, exención de notificar en el teletrabajo; 6 Los plazos de comunicación de la empresa de teletrabajo y, sus efectos en la responsabilidad; 7 Los elementos reguladores del teletrabajo en España así, como la comunicación de la violación de los datos al trabajador; 8 ¿Cómo se evalúa el impacto de protección de datos?; 9 Consideraciones finales; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La crisis económica, que atravesó España desde 2008 puso de relieve las debilidades del modelo laboral español. Por lo que, se implementó mediante la figura jurídica del teletrabajo como fundamento jurídico en la Constitución Española de 1978¹ en su artículo 86 que señala: *“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.”* Por lo que, se aprobó el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral², por tanto, quedó amparado el teletrabajo en España antes de que surgiera la pandemia del Covid-19. Por lo cual, ya estaba configurado el concepto de teletrabajo en el Diccionario de la Real Academia Española³ cuyo significado define: *“Trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las cargas laborales asignadas”*. De esta forma, se usarán las nuevas tecnologías para trabajar desde casa, sin acudir a la empresa al hilo, cabe mencionar al autor de la Cueva⁴ que señala: *“un país sin internet es un país pobre”*. Por tanto, esta forma de trabajo se instauró en España definitivamente, aunque se encuentre una solución a la pandemia que azota a todo el mundo. Con el presente artículo se pretende realizar un análisis descriptivo en los efectos jurídicos y, las medidas adoptadas respecto a las empresas de teletrabajo a sus los trabajadores y trabajadoras durante y, la pospandemia en España.

2 LAS NORMAS JURÍDICAS QUE AVALAN AL TELETRABAJO

Por lo que, se tendrá que acudir al Estatuto de los Trabajadores⁵ en su artículo 82. 2º párrafo 7º que menciona: *“Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten. Jornada de trabajo. Horario y distribución del tiempo de trabajo. Régimen de trabajo a turnos. Sistema de remuneración y cuantía salarial. Sistema de trabajo y rendimiento”*, por lo cual aunque el trabajador trabaje por medio de las nuevas tecnologías deberá atenderse a sus derechos y, adecuarse el empresario a los derechos que le corresponde el trabajador, al hilo cabe mencionar

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

2 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid 36, p.12483-12546, BOE-A-2012-2076, disponible en www.boe.es>BOE>Calendario>11/02/2012.

3 *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición actualizado 2019 (T. II) Editorial Real Academia Española (Madrid), 2019, p.2149.

4 DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier. “Internet como entorno de la opinión pública: envolviendo los Derechos Fundamentales en Derechos ordinarios”. *Revista Internacional de Pensamiento Político Editorial Universidad Pablo de Olavide*, v.7, 2012, p.99.

5 *Estatuto de los Trabajadores y ley Jurisdiccional*. Editorial Colex. S.L. A Coruña (Galicia) España, 2018, p.101.

la Sentencia del Tribunal Supremo⁶ que en sus Fundamentos de Derecho Sexto menciona: “*El acuerdo lo que establece es la obligación principal de realizar el trabajo administrativo en el domicilio con <<los equipos informáticos y telefónicos>> y, como consecuencia en este cambio- antes se realizaba en los locales de la empresa. Por su parte, el teletrabajo es << es una forma de organización y/o de realización del trabajo de las tecnologías de la información en el marco de un contrato*”. Por lo que, se desprende en la Sentencia es un trabajo realizado por medio de las nuevas tecnologías en el domicilio del trabajador, siempre que exista un contrato entre empresario y trabajador o, trabajadora. Al mismo tiempo, cabe mencionar Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁷ su artículo 6 que se remite al artículo 13 párrafos 1º, 2º, 3º del Estatuto de los Trabajadores⁸ que señala: “*Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa*”, al hilo cabe mencionar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales⁹ que en su artículo 4, párrafos 1º, 2º, 3º, 4º señala: “*Se entenderá por «prevención» el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. Se entenderá como «riesgo laboral» la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo. Se considerarán como «daños derivados del trabajo» las enfermedades, patologías con motivo u ocasión del trabajo. Se entenderá como «riesgo laboral grave e inminente» aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores*”. Por lo cual, el Sector Sanitario se acogió a estas medidas en esta época de la pospandemia en España, por lo cual, cabe mencionar Juzgado de lo Social de Oviedo¹⁰ que señala en Hechos Probados Primero Apartado 4: “*cuando se realicen trabajos contaminantes o que originen elevada sudoración. En tales casos, se suministrarán a los trabajadores los medios especiales de limpieza que sean necesarios*”. Por lo que, en caso de asistencia médica se actuará de esta forma en el caso de que la persona este enferma, del Covid-19, además aplicando el régimen hospitalario de cada Comunidad Autónoma como menciona la Constitución Española de 1978¹¹ en su artículo 148 apartado 21º: “*Las Comunidades Autónomas podrán asumir las competencias en las siguientes materias: sanidad e higiene*”, excepto Ceuta y Melilla que dependen del Gobierno Central. Por tanto, no existe ninguna norma para que este colectivo como es el Sector de la Sanidad utilice las nuevas tecnologías para asistir a los pacientes en España. Por otro lado, el legislador europeo encaminó el teletrabajo mediante la Ley Orgánica 1/2008,

6 Tribunal Supremo (Sala Cuarta de lo Social) (Ponente: Desdentado Bonete, Aurelio) (Sentencia de 11 de abril de 2005) Rec. 143/2005. LA LEY 1373/2005.

7 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid 36, p.12498, BOE-A-2012-2076.www.boe.es>BOE>Calendario>11/02/2012.

8 Estatuto de los Trabajadores y ley Jurisdiccional 2018, p.30-31.

9 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid 269, p.11, BOE-A-1995-24292. (Legislación Consolidada). www.boe.es>Buscar.

10 Juzgado de lo Social de Oviedo (Nº6) (Ponente: Barril Robles, Manuel) (Sentencia 151/2020 de 3 de abril) Rec. 536/2019. LA LEY 46958/2020.

11 Constitución Española y la Constitución Europea, 2006, p.56-57.

de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007¹² en su artículo 8 párrafos 1º, 3º que manifiesta: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente”*, por lo que es muy importante la Agencia Española de Protección de Datos en adelante (AEPD). Por otro lado, se debe entender que ante los rebrotes de la pandemia del Covid-19 en España el teletrabajo se promulgó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19¹³, en su artículo 5 señala: *“Las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria. En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad. Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora”*. Por lo que, el legislador español adoptó o, podría adoptar mediante otra legislación en caso de brotes de la pandemia después del verano, con la clara aplicación de la Ley de Prevención de riesgos laborales anteriormente vista.

3 EL SISTEMA DEL TELETRABAJO EN EL REGLAMENTO EUROPEO

Por tanto, el teletrabajo es un trabajo a distancia por lo cual se intensifican el riesgo que puede conllevar tanto para el empleado y, por lo cual la organización donde trabaja debe saber cuándo se produce la violación de la seguridad laboral, que consecuencias se producirían de la misma y, al mismo tiempo identificarse como sucedió dicha violación, por los medios telemáticos mediante la intrusión de un hacker. Por lo que, estos medios de la pospandemia muchos trabajadores trabajan remotamente desde sus casas, trasladando los datos de sus casas a la empresa donde trabajaban. Con lo que conlleva la pérdida de los datos e, inclusive de su propia confidencialidad, aunque hoy en día muchos datos laborales están encriptados y, incluso los datos médicos. Por otra parte, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las

12 Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid, N. Boletín 184, p.7-8, BOE-A-2008-13033 (Legislación consolidada), www.boe.es>pdf>BOE-A-2008-13033-consolidado.

13 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid, N. Boletín 73, p.25867, BOE-A-2020-3824, www.boe.es>BOE>Calendario>18/03/2020.

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE en adelante (RGPD), en su artículo 33¹⁴ que menciona: *“En caso de violación de la seguridad de los datos personales, el responsable del tratamiento la notificará a la autoridad de control competente de conformidad con el artículo 55 sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si la notificación a la autoridad de control no tiene lugar en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de indicación de los motivos de la dilación. El encargado del tratamiento notificará sin dilación indebida al responsable del tratamiento las violaciones de la seguridad de los datos personales de las que tenga conocimiento. La notificación contemplada en el apartado 1 deberá, como mínimo: describir la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales, inclusive, cuando sea posible, las categorías y el número aproximado de interesados afectados, y las categorías y el número aproximado de registros de datos personales afectados; comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto en el que pueda obtenerse más información; describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales; describir las medidas adoptadas o propuestas por el responsable del tratamiento para poner remedio a la violación de la seguridad de los datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para mitigar los posibles efectos negativos. Si no fuera posible facilitar la información simultáneamente, y en la medida en que no lo sea, la información se facilitará de manera gradual sin dilación indebida. El responsable del tratamiento documentará cualquier violación de la seguridad de los datos personales, incluidos los hechos relacionados con ella, sus efectos y las medidas correctivas adoptadas. Dicha documentación permitirá a la autoridad de control verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo”*. Por tanto, mediante extracción analógica se desprende sobre la seguridad de la violación la notificación a la autoridad de control. ¿Que supuestos procede la notificación a la autoridad de control de protección de datos?. Primeramente en casos de violación de la seguridad de teletrabajo de los datos personales, el responsable del tratamiento que será la empresa lo notificará a la autoridad de control competente. ¿cuál es el concepto de violación de seguridad? Por lo que, el (RGPD)¹⁵ en su artículo 4.1. párrafo 12 es muy clarificador al mencionar: *“«violación de la seguridad de los datos personales»: toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos”*, por tanto implica como menciona el autor López¹⁶ hay diversos supuestos: *“destrucción , pérdida o alteración , comunicación o acceso no autorizado”*, en este último concepto sería el acceso no autorizado de los hackers o, empresas del competencia que podría entrar en las bases de la empresa tanto en pequeñas o, grandes multinacionales. Por tanto, que deberá hacer el trabajador en este sentido como menciona el (RGPD)¹⁷, en su artículo en su artículo 34 párrafo 1º que

14 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

15 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/34.

16 LÓPEZ CALVO, José. *“Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos”*. Editorial Sepin S.L. Las Rozas (Madrid), 2017, p.226.

17 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

menciona: “Cuando sea probable que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento la comunicará al interesado sin dilación indebida”. Por lo cual, el responsable del tratamiento de datos, lo deberá comunicar al trabajador excepto como señala el mismo artículo 34. 3º apartados a),b) del (RGPD)¹⁸: “el responsable del tratamiento ha adoptado medidas de protección técnicas y organizativas apropiadas y estas medidas se han aplicado a los datos personales afectados por la violación de la seguridad de los datos personales, en particular aquellas que hagan ininteligibles los datos personales para cualquier persona que no esté autorizada a acceder a ellos, como el cifrado; el responsable del tratamiento ha tomado medidas ulteriores que garanticen que ya no exista la probabilidad de que se concrete el alto riesgo para los derechos y libertades”, por lo que analógicamente se entiende que sea ininteligible para el hacker o, empresas de la competencia o, que el responsable de los datos hubiese tomado las medidas necesarias por lo que aunque hubiese pirateo de los datos no exista un alto riesgo tanto para el trabajador del teletrabajo, así como respecto a la empresa. Otro el elemento, que introduce el (RGPD) en su artículo 34. 3º c)¹⁹ es el siguiente: “suponga un esfuerzo desproporcionado. En este caso, se optará en su lugar por una comunicación pública o una medida semejante por la que se informe de manera igualmente efectiva a los interesados”, al respecto cabe citar el caso de Caja Rural²⁰ ante un Ciberataque 2019 que señalaba lo siguiente: “Grupo Caja Rural se preocupa de la seguridad por la seguridad de sus clientes, disponiendo medidas de protección, vigilancia y comunicación para dar respuesta a cualquier actividad sospechosa que pudiera comprometer la información de sus clientes y activos”, por lo que en este momento al ente bancario hubo comunicación pública ante los ciudadanos y, ciudadanas que tenían sus recursos bancarios en esta entidad bancaria.

4 LA IMPORTANCIA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA VIOLACIÓN EN EL TELETRABAJO

Por lo que, ante la violación de datos existe en el (RGPD)²¹ posee un concepto sui generis mediante la obligación de notificar como un elemento de superación, por lo que implícitamente ésta en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. en su artículo 41, 1º apartado 3º²² que menciona: “Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, incluidas las redes públicas de comunicaciones que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos, deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar la protección de los datos de carácter personal. Dichas

18 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

19 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

20 Periódico la Veu d' Algemesí, 2019. “Aclaración del ataque Cibernético a Caja Rural- La Veu”. Disponible en www.laveudalgemesi.es>Actualitat, p.1 (Visto 12/07/2020).

21 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/1-L119/88.

22 Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid 114, p.44-45, BOE-A-2014-4950 (Disposición Consolidada), www.boe.es>Buscar.

medidas incluirán, como mínimo: En caso de violación de los datos personales, el operador de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público notificará sin dilaciones indebidas dicha violación a la Agencia Española de Protección de Datos. Si la violación de los datos pudiera afectar negativamente a la intimidad o a los datos personales de un abonado o particular, el operador notificará también la violación al abonado o particular sin dilaciones indebidas”, por lo que, la Agencia Española de Protección de Datos en adelante (AEPD), Por lo cual, las decisiones quedarán inscritas en un fichero automatizado, por tanto al mismo tiempo se tiene que recurrir al artículo 50 de la nueva²³ Ley Orgánica de Protección de Datos que menciona: “La Agencia Española de Protección de Datos publicará las resoluciones de su Presidencia que declaren haber lugar o no a la atención de los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, las que pongan fin a los procedimientos de reclamación, las que archiven las actuaciones previas de investigación, las que sancionen con apercibimiento a las entidades a que se refiere el artículo 77.1²⁴ de esta ley orgánica, las que impongan medidas cautelares y las demás que disponga su Estatuto” en cierta forma se remite al (RGPD) , al respecto cabe citar al autor Ruiz²⁵ que menciona: “Se ha planteado cuál es el bien jurídico protegido a través de las normas sobre el tratamiento automatizado de datos personales”, por lo que aplicaran los artículos del (RGPD), así cabe mencionar como se publicaran sus decisiones, por lo que el artículo 15²⁶ señala sobre el derecho de acceso que establece que el interesado tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento su finalidad. Los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales. De esta forma, es un claro ejemplo tanto para el teletrabajo, como en las aplicaciones de las empresas bancarias que han sido hackeadas, puesto que en esta época de pospandemia muchos usuarios efectúan mediante sus aplicaciones bancarias sus operaciones económicas e, incluso desde casa por miedo a contraer la pandemia en las sucursales bancarias a las que pertenecen, aunque la normativa no obliga la comunicación en los actos bancarios, desconociendo los usuarios

23 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid, N. Boletín 294, p.119820-119821, disponible en <http://www.boe.es>>buscar BOE-A-2018-16673.BOE.es.

24 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid, N. Boletín 294.p..119829. <http://www.boe.es>>buscar BOE-A-2018-16673. BOE.es, señala: el artículo 71.1 (LOPD) “Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica.”

25 RUIZ MIGUEL, Carlos. “En torno a la Protección de Datos Automatizados”. Revista de Estudios Políticos. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 84, Madrid, 1994, p.241.

26 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) p.L119/43, disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>. en su artículo 15 señala: “1. El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información: a) los fines del tratamiento; b) las categorías de datos personales de que se trate; c) los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales; d) de ser posible, el plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; e) la existencia del derecho a solicitar del responsable la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento de datos personales relativos al interesado, o a oponerse a dicho tratamiento; f) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control; g) cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, cualquier información disponible sobre su origen h) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado2. Cuando se transfieran datos personales a un tercer país o a una organización internacional, el interesado tendrá derecho a ser informado de las garantías adecuadas en virtud del artículo 46 relativas a la transferencia. 3. El responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos personales objeto de tratamiento. El responsable podrá percibir por cualquier otra copia solicitada por el interesado un canon razonable basado en los costes administrativos. Cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, y a menos que este solicite que se facilite de otro modo, la información se facilitará en un formato electrónico de uso común. 4. El derecho a obtener copia mencionado en el apartado 3 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros”, p.L119/43.

la posible actuación de la (AEPD). Pero sí, se tendrá que notificar por el (RGPD)²⁷ por lo que analógicamente se tiene que acudir al artículo 35 que menciona: *“El responsable del tratamiento recabará el asesoramiento del delegado de protección de datos, al realizar la evaluación de impacto relativa a la protección de datos”* y, al mismo tiempo a los usuarios de los bancos y, los teletrabajadores sin están cifradas o, encriptadas los trabajos laborales.

5 EL CONTENIDO DE LA NOTIFICACIÓN Y, EXENCIÓN DE NOTIFICAR EN EL TELETRABAJO

Al respecto, del contenido de la notificación del teletrabajador se realizará mediante el (RGPD) en su artículo 33. 3º b²⁸ señala: *“comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto. describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales”*, por lo será muy importante las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales mediante el IP de la empresa del teletrabajo donde se cometió la violación aunque la documentación estaba cifrada o, encriptada, al hilo cabe citar a los autores Angulo y Duarte²⁹ que mencionan: *“La dirección IP es aquel número que da la ubicación del sujeto que envía un mensaje en la red, con el fin de que reciba su respuesta; incluso se podría asociar la IP con la dirección de correspondencia de cada usuario en la red. La forma en que las máquinas conectadas a internet se comunican, es a través de la dirección IP, haciendo posible que la información sea enviada y recibida por su exacto destino en Internet”* y, al hilo cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de España³⁰ que señala en sus Fundamentos de Derecho Cuarto: *“No cabe duda, que a partir de la dirección de IP puede identificarse directa o indirectamente la identidad del interesado, ya que los proveedores de acceso a internet tienen constancia de los nombres, teléfono y otros datos identificativos de los usuarios a los que han asignado las particulares direcciones IP”*, por lo cual se adoptarán medidas reparadoras tanto en los ordenadores donde se realiza el teletrabajo como así mismo la inspección del IP tanto del trabajador así como de la empresa que ha sido hackeada. Por lo cual, cabe mencionar el (RGPD) en su artículo 33. 5º³¹ párrafo 1 que señala: *“El responsable del tratamiento documentará cualquier violación de la seguridad de los datos personales, incluidos los hechos relacionados con ella, sus efectos y las medidas correctivas adoptadas”*. Por lo que, estos hechos y sus medidas de corrección, por tanto, el responsable documentará la violación y las medidas correctivas que sean adoptado, por tanto, existirá un registro de incidencias como menciona el (RGPD) en su artículo 33. 5º³² párrafo

27 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/53.

28 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

29 DE ANGULO SANZ, Álvaro; DUARTE GONZÁLEZ, Luz Angela. *“Hábeas Data y Dirección IP: Un mercado potencialmente inseguro para los datos personales”*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, 2015, p.14.

30 Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo) (Sección 6º) (Ponente: Riego Valledor, José María del) (Sentencia de 3 de octubre de 2014). Rec. 6153/2011. LA LEY 141933/2014.

31 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

32 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

2: “Dicha documentación permitirá a la autoridad de control verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo”. Por otro lado, cabe mencionar la exención de notificar la persona o, empresa de teletrabajo en este sentido es muy clarificante el (RGPD)³³ en su Considerando 86 que menciona: “El responsable del tratamiento debe comunicar al interesado sin dilación indebida la violación de la seguridad de los datos personales en caso de que puede entrañar un alto riesgo para sus derechos y libertades, y permitirle tomar las precauciones necesarias.” y, al hilo cabe mencionar el (RGPD)³⁴ en su artículo 33.1 que señala: “a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas”. Por lo que, analógicamente, se desprende de la norma es la importancia del responsable del tratamiento de datos que comunicará al trabajador del alto riesgo de la violación y, valorándose los derechos y, libertades y, la información de la empresa del teletrabajo.

6 LOS PLAZOS DE COMUNICACIÓN DE LA EMPRESA DE TELETRABAJO Y, SUS EFECTOS EN LA RESPONSABILIDAD

Al respecto, cabe mencionar el (RGPD)³⁵ en su artículo 33 que menciona: “de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella. Si la notificación a la autoridad de control no tiene lugar en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de indicación de los motivos de la dilación”, por lo cual sino tiene lugar se aplicarán los motivos de dilación al hilo, cabe citar a la autora Heredero³⁶ que menciona: “Si bien es cierto que el proveedor dispone de un primer plazo de 24 horas para poner en conocimiento de la autoridad nacional competente el hecho, la norma permite una segunda notificación dentro de los 3 días siguientes desde que se produzca la primera, a fin de que el proveedor complete la información que no tuviera en un primer momento. Sin perjuicio, añade la norma, de que se envíe una tercera notificación con la información que reste, en el plazo más breve posible, justificando de forma motivada la dilación”. Por tanto, en el caso del teletrabajo causaría dilación en la comunicación tanto del trabajador como del empresario a causa del trabajo que se realiza en casa. Sobre los efectos de responsabilidad a efectos de sancionarlos en el Derecho Español, hay un dilema que se concluye que la notificación no tiene efectos exculpativos, por lo que puede producirse un auto inculpa de la empresa derivándose en una imposición de una sanción si se deduce la inexistencia o existencia de unas medidas de seguridad por parte de la empresa de teletrabajo mal impuestas. Por lo cual, sería aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁷, en su artículo 62, apartado 4^a que menciona: “Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una

33 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/17.

34 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

35 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

36 HEREDERO CAMPO, María Teresa. “Privacidad de las comunicaciones electrónicas”. *Revista Crónica de legislación Civil*, v.1, Ars Iuris Salmanticensis. Editorial Universidad de Salamanca, 2013, p.185.

37 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 236, p.40. BOE-A-2015-10565 (legislación Consolidada) www.boe.es>Buscar.

infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado. Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga. En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia". Por tanto, lo que se aprecia en el artículo es un elemento de atenuación de la denuncia por parte de la empresa de teletrabajo.

7 LOS ELEMENTOS REGULADORES DEL TELETRABAJO EN ESPAÑA ASÍ, COMO LA COMUNICACIÓN DE LA VIOLACIÓN DE LOS DATOS AL TRABAJADOR

De pronto, cabe mencionar el periódico el español³⁸ que menciona: El Comité Económico y Social contra el Gobierno: *el teletrabajo no debe considerarse como de "especial peligrosidad", por lo que menciona dicho medio: Ello no obsta, en todo caso a que se delimiten los riesgos relacionados con el desempeño del trabajo a distancia, adaptando la configuración actual de las obligaciones preventivas y su control por parte de la empresa para asegurar su cumplimiento".* Por lo cual, en España aún no existe una normativa básica sobre el teletrabajo por lo que se debe llevar a colación La proposición no de Ley³⁹ sobre el teletrabajo que se fundamenta: *"La pandemia provocada por la COVID-19 ha propiciado que en España miles de trabajadores hayan tenido que realizar su trabajo desde sus hogares debido a las restricciones impuestas en el estado de alarma y la limitación del derecho a la libertad de circulación. Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), el número de trabajadores ocupados que realizaron sus labores a través de esta modalidad se incrementó hasta el 34% del total de personas ocupadas, mientras que en el año 2019 solo un 4,3% se conectaba a distancia para desempeñar su puesto de trabajo. Estos datos van en la misma línea que los publicados por la encuesta realizada por Eurofund, donde un 30,2% de las personas empleadas en España aseguraba haber comenzado a teletrabajar a raíz de la situación creada por la pandemia. Por desgracia, en esta materia, igual que en muchas otras, partimos en una situación de desventaja en relación con los países de nuestro entorno. Según la misma mencionada anteriormente realizada por Eurofund, el 9,7% de los ocupados teletrabajaba antes de la irrupción de la COVID-19, mientras que Holanda lo hacía el 17,6% y en Francia el 16,7% de las personas empleadas. La ausencia de una Ley que regule de una forma más extensa esta modalidad de trabajo también resulta llamativa habida cuenta de los pronunciamientos judiciales que destacan que este tipo de relación laboral «mejora la calidad de vida de nuestra sociedad y permiten nuevas formas de relacionarse», además de los numerosos beneficios que podría reportar al medio ambiente la generalización de esta modalidad contractual en determinados*

38 Periódico El Español (23 de Julio de 2020). "El CES contra el Gobierno: el teletrabajo no debe considerarse como de "especial peligrosidad". p.1 www.elespanol.com>Invertia>Economía>Empleo (Visto24/07/2020)

39 Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de Las Cortes Generales. XIV Legislatura. Nº 121 Madrid Serie. D General p.53. congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-121.PDF#page=53.

sectores o para la corrección de desequilibrio económico y poblacional existente entre la España vaciada y las grandes ciudades de nuestro país. En la actualidad, el desarrollo normativo de esta forma de organización y/o de realización del trabajo es tremendamente parco en el marco de la legislación laboral, lo que plantea una serie de interrogantes y vacíos legales sobre los que será necesario legislar”. Por lo cual, de momento se deberá aplicar el Estatuto de los Trabajadores y, el (RGPD)⁴⁰. En otro orden de cosas, ¿en qué supuestos procede la violación de datos de un teletrabajador? Por tanto, se deberá recurrir al (RGPD)⁴¹ en su artículo 34.1 que menciona: “Cuando sea probable que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo”, por tanto el teletrabajador será el perjudicado tanto por sus derechos y libertades se refiere, puesto que se están hackeando su trabajo de la empresa o, empleador en este sentido el hacker obtendrá de manera ilícita información que supuestamente venderá a terceros, por lo que como menciona la autora Proaño⁴² “Asegurar que sean los datos obtenidos de manera lícita”. Por lo cual, deberá comunicarlo a la empresa al trabajador, por lo que el bien jurídico protegido será la seguridad informática de esta forma se aplicará el Código Penal Español⁴³ de su artículo 197 bis párrafo 2^a que menciona: “El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información; incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos; será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa a doce meses”, por tanto el teletrabajador estaría protegido, siempre que no fuera el mismo que realizará el acto de vender su teletrabajo a terceros.

8 ¿CÓMO SE EVALÚA EL IMPACTO DE PROTECCIÓN DE DATOS?

Al respecto, se realizará en una aproximación basándose en el riesgo, siempre en las nuevas tecnologías que, mediante su naturaleza siempre que actué contra los derechos y libertades de las personas teletrabajadoras y se una amenaza de alto riesgo. Por lo que, la AEPD nunca ha estado ajena al sistema de revisión y, los resultados de la amenaza en los teletrabajos en este caso como indica la página de la AEPD⁴⁴: “Podrán plantearse las citadas dudas y cuestiones: Los responsables y encargados del tratamiento, a través de la persona que ostente la correspondiente responsabilidad de los mismos”. ¿en qué momento se debe realizar la evaluación? En este sentido, cabe acudir al (RGPD) en su artículo 35 1^o párrafo 4^o⁴⁵ que señala: “Una única evaluación podrá abordar una serie de operaciones de tratamiento similares que entrañen altos riesgos”. Por tanto, la evaluación del análisis de la violación del teletrabajo será de carácter previo. Por otro lado, cabe mencionar los supuestos de violación

40 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/1-L119/88.

41 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/52.

42 PROAÑO MIRANDA, Paulina Geomara. “La protección de los datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones”. Editorial Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2017, p.22.

43 Código Penal y legislación complementaria. Editorial Colex. A Coruña (Galicia), España, 2018. p.113.

44 AEPD. [Aepd.es/guias-y-herramientas/herramientas/informa-rgpd](https://www.aepd.es/guias-y-herramientas/herramientas/informa-rgpd), p.1.

45 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/53.

de alto riesgo, por lo que se debe mencionar el (RGPD) en su artículo 35 3º apartado a)⁴⁶ que señala: *“La evaluación de impacto relativa a la protección de los datos a que se refiere el apartado 1 se requerirá en particular en caso de: evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar”*. Por tanto esta, previsto el teletrabajo si se crea un perfil del teletrabajador como menciona el artículo 9.b⁴⁷ del (RGPD): *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”*. Por tanto, se dirimirá mediante el Derecho interno de cada país que compone la Unión Europea por lo cual, el legislador español tendrá que calara esta situación de los teletrabajadores. ¿Qué medidas se tomará en el caso de la Lexnet de los abogados o, abucasis que utilizan los médicos en sus consultas aunque ambos estén cifrados? puesto que los médicos en la pospandemia trabajan solo en sus consultas sin atender a los pacientes, sino es un caso extremo por lo que cabría mencionar el artículo 10 (RGPD)⁴⁸ que señala: *“El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas”*. Por lo cual, si se hackeasen esas bases de datos tanto Lexnet o, abucasis en el caso del abogado o, incluso este teletrabajaría para un empleador o, los médicos actuarían las autoridades públicas, al hilo cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana⁴⁹ en sus Fundamentos de Derecho tercero manifiesta: *“este juzgador considera que debe estarse al mismo no solo por la imparcialidad y objetividad efectuada al sistema Abucasis”*. Por lo que, la Jurisprudencia ratifica la intervención de las autoridades tanto Autonómicas, así como Estales para juzgar y, aplicar a los hackeadores de estos sistemas cifrados el Derecho penal español.

10 CONSIDERACIONES FINALES

1. El teletrabajo empezó a causa de la crisis en España, para que los trabajadores cualificados, no perdieran su puesto de trabajo y, así poder conciliar su vida laboral en casa junto a sus parejas e hijos menores.

46 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/53.

47 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/38.

48 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>, p.L119/39.

49 Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana (Sala de lo social) (Ponente: Saiz Areses, María Isabel) (Sentencia 1155/2019 de 16 de abril) Rec.1281/2018. LA LEY 135545/2019.

2. Posteriormente por causa de la pandemia y, sus rebrotes que existen en España, se reinició el teletrabajo, tanto para las grandes empresas como los trabajadores y trabajadoras esenciales como en la actualidad son los médicos y, incluso después del confinamiento ya, que en la actualidad existen muchos rebrotes así como en Cataluña y, País Vasco, por lo que se inclinan las Comunidades Autónomas a atender por otras vías a los pacientes como es el teletrabajo en este sector de la sanidad, no ser que sea un enfermo grave que peligre su vida.

3. Las normativas que se aplican son diversas en el teletrabajo tanto para el empleador como para los teletrabajadores recurriendo al Derecho Laboral y, las distintas normas que sean promulgado antes de la pandemia como después de la pandemia. Por lo que, el legislador español debería de unificar las normas por si hubiera otra ola del Covid-19 y, instalarse en las normas actuales legislados puesto a efectos legislativos depende del ejecutivo español y, no de las Comunidades Autónomas.

4. Sobre la violación de los datos de los teletrabajadores será muy importante el IP, o dirección que tienen para trabajar mediante el internet, para los presunto hakeadores de las redes, más aún si son empresas multinacionales o, entidades bancarias, por lo que se actuará en sede judicial.

5. También es muy importante si el empresario del teletrabajo no tomo las medidas necesarias dejando al albur a los trabajadores y trabajadoras, pues estos acudirán al representante de Protección de datos, si esto ocurre en alguna entidad bancaria deberá dar conocimiento el representante de protección de datos a los usuarios.

6. La agencia de protección de datos española es muy relevante pues existe una interconexión entre los representantes de protección de datos de las Comunidades Autónomas e, incluso sobre el órgano de la Unión europea a efectos de notificaciones exenciones de notificar y, sanciones.

7. Si se vulnera la Protección de Datos de la Administración será el Representante de Datos quien dará conocimiento a la Agencia Española de Protección de Datos e, incluso a los ciudadanos y ciudadanas que son usuarios de la Administración Pública o, Administración Autonómica.

REFERENCIAS

Autores

DE ANGULO SANZ, Álvaro; DUARTE GONZÁLEZ, Luz Angela. *“Hábeas Data y Dirección IP: Un mercado potencialmente inseguro para los datos personales”*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, Colombia, 2015.

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier. “Internet como entorno de la opinión pública: envolviendo los Derechos Fundamentales en Derechos ordinarios”. *Revista Internacional de Pensamiento Político Editorial Universidad Pablo de Olavide*, v.7, 2012.

HEREDERO CAMPO, María Teresa. “Privacidad de las comunicaciones electrónicas”. *Revista Crónica de legislación Civil*, v.1, Ars Iuris Salmanticensis, Editorial Universidad de Salamanca, 2013.

LÓPEZ CALVO, José. *“Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos”*. Editorial Sepin S. L. Las Rozas, Madrid, 2017.

PROAÑO MIRANDA, Paulina Geomara. *“La protección de los datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones”*. Editorial Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2017.

RUIZ MIGUEL, Carlos. "En torno a la Protección de Datos Automatizados". *Revista de Estudios Políticos*, Nº 84, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

Constitución y Códigos

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

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

Estatuto de los Trabajadores y ley Jurisdiccional. Editorial Colex. S. L. A Coruña (Galicia). España, 2018.

Legislación Española y Legislación Europea

Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 184. BOE-A-2008-13033. (Legislación consolidada) www.boe.es>pdf>BOE-A-2008-13033-consolidado.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid 269. BOE-A- 1995-24292. (Legislación Consolidada). www.boe.es> Buscar.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid 114. BOE-A-2014-4950 (Disposición Consolidada). www.boe.es>Buscar.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 236. BOE-A-2015-10565 (legislación Consolidada) www.boe.es>Buscar.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 294. Disponible en <http://www.boe.es>>buscar BOE-A-2018-16673.BOE.es.

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid 36. BOE-A-2012-2076.www.boe.es>BOE>Calendario>11/02/2012.

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. I. Disposiciones generales. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 73. BOE-A-2020-3824.www.boe.es>BOE>Calendario>18/03/2020.

Proposición no de Ley. Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de Las Cortes Generales. XIV Legislatura. Nº 121 Madrid Serie. D General. congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-121.PDF#page=53.

AEPD. Aepd.es/es/guias-y-herramientas/herramientas/informa-rgpd.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L0001-0088.pdf>.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo (Sala Cuarta de lo Social) (Ponente: Desdentado Bonete, Aurelio) (Sentencia de 11 de abril de 2005) Rec. 143/2005. LA LEY 1373/2005.

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso- administrativo) (Sección 6º) (Ponente: Riego Valledor, José María del) (Sentencia de 3 de octubre de 2014). Rec. 6153/2011. LA LEY 141933/2014.

Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana (Sala de lo social) (Ponente: Saiz Areses, María Isabel) (Sentencia 1155/2019 de 16 de abril) Rec.1281/2018. LA LEY 135545/2019.

Juzgado de lo Social de Oviedo (Nº6) (Ponente: Barril Robles, Manuel) (Sentencia 151/2020 de 3 de abril) Rec. 536/2019. LA LEY 46958/2020.

Diccionario y Periódicos

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición actualizado 2019 (T. II) Editorial Real Academia Española (Madrid).

Periódico la Veu d' Algemés (2019). *"Aclaración del ataque Cibernético a Caja Rural- La Veu"*. Disponible en: www.laveudalgesesi.es>Actualitat. (Visto 12/07/2020).

Periódico El Español (23 de Julio de 2020). *"El CES contra el Gobierno: el teletrabajo no debe considerarse como de "especial peligrosidad"*, p.1. Disponible en: www.lespanol.com>Invertia>Economía>Empleo (Visto 24/07/2020)

MEDIDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL APROBADAS EN ESPAÑA FRENTE A LA CRISIS DEL COVID

Emma Rodríguez Rodríguez

Profesora Contratada Doctora (Acreditada a Titular), Universidad de Vigo, España.

Sumário: 1 Introducción; 2 El mantenimiento del empleo; 3 La prohibición de despedir; 4 El trabajo a distancia y las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; 5 Reflexiones finales; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

Llegado el segundo semestre de este funesto año, puede afirmarse que el 2020 pasará a la historia de la humanidad por la terrible pandemia derivada de la COVID-19. Sus trascendentes repercusiones en todos los ámbitos, también en el Derecho del Trabajo, se han reconocido por la propia Organización Internacional del Trabajo – en adelante O.I.T. – que ha dedicado numerosos estudios a vislumbrar una realidad que ahora resulta ya evidente, el empobrecimiento de los sectores sociales más vulnerables y la necesidad de unos servicios públicos sanitarios de calidad¹. En efecto, muchos estudios de organismos internacionales insisten en que la crisis del COVID-19 amenaza de tal forma “el bienestar de sociedades enteras y de toda la comunidad mundial”, por lo que los gobiernos deben aprovechar el impulso creado por la crisis actual para avanzar rápidamente hacia sistemas de protección social financiados colectivamente, integrales y universales”².

Asimismo, la Confederación Sindical Mundial y el Comité consultivo sindical de la OCDE ha remitido un escrito conjunto a los gobiernos del grupo G20³ en la que reclaman una respuesta “inclusiva” frente a la pandemia que proteja “la salud, los ingresos y los empleos de los todos los trabajadores”, independientemente de su relación laboral o que pertenezcan a la economía informal⁴.

El profundo calado provocado por la crisis en el ámbito europeo ha llevado a comparar su impacto con el que tuvo la II Guerra Mundial para la mayoría de países y, por eso, la “reconstrucción social” se enarbola como el estandarte que deben seguir los Estados Miembro para salvaguardar el “modelo social europeo”. Como respuesta inmediata, el 20 de mayo de 2020, ha entrado en vigor el “Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo, de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19”, con el que se dota de protección económica a las personas desempleadas⁵.

En la misma línea, los interlocutores sociales de la Unión también han instado a los gobiernos para que adopten medidas que permitan conservar los empleos a través del pleno aprovechamiento temporal de la flexibilidad, fomentar el gasto en los sistemas nacionales de salud y de protección social, así como evitar toda distorsión o restricción entre los Estados Miembro en lo referido a la adquisición de equipos médicos y medicamentos, y, por último, garantizar el acceso a crédito de las empresas, sobre todo de las medianas y pequeñas, al mismo tiempo que debe activarse el fondo de solidaridad para catástrofes naturales⁶.

En este contexto de nueva normativa surgida “en” la emergencia sanitaria del COVID-19, en España, los poderes públicos y las autoridades competentes estatales, también adoptaron medidas relevantes en el ámbito laboral, contando con competencias exclusivas en este caso, en virtud del art. 149.1.7 de la Constitución española –en adelante CE- y lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 12 de marzo⁷, por el que se declara el estado de alarma.

1 *Observatorio de la OIT: La COVID19 y el mundo del trabajo. Estimaciones actualizadas y análisis*. Sexta edición. 23 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf.

2 RAZAVI, S.. “COVID-19: Los sistemas de protección social fallan a los más vulnerables”, Departamento de Protección Social O.I.T. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_739871/lang--es/index.htm.

3 Disponible en: <https://www.ccoo.es/c64247c405c48ec9a5fb055774cedeb0000001.pdf>.

4 Al respecto de estos documentos internacionales, Blog. Profesor Eduardo Rojo Torrecilla, hace un análisis pormenorizado de los mismos. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/el-impacto-de-la-crisis-provocada-por.html>.

5 Publicado en DOUEL núm. 159 de 20 de mayo de 2020.

6 Disponible en: <https://www.ccoo.es/6429137534ae068a106eaf50137844cf000001.pdf>. Al respecto, ROJO TORRECILLA, E.. “Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuesta a la crisis? Un primer análisis de la normativa dictada en España”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 4, 2020, p.385-387.

7 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE de 14 de marzo de 2020.

A continuación, se analizan las líneas fundamentales de este elenco normativo, haciendo referencia en el espíritu general del legislador de urgencia, que no es otro que el mantenimiento del empleo y la protección social. En aras de esos intereses, se plasmarán en sendas normas la prohibición – o la dificultad reforzada – de despedir por causa del COVID-19, los mecanismos protectores que permiten a las empresas suspender los contratos temporalmente, a través de mecanismos de flexibilidad interna como los expedientes de regulación de empleo temporales – en adelante ERTes –, y será también imprescindible dotar a los trabajadores de nuevas capacidades para prestar su trabajo de una manera nueva, con la que simultáneamente pueda compaginar el cuidado de menores y dependientes, una vez que los centros a los que acuden durante la jornada laboral de su tutor o cuidador responsable, permanecerán cerrados o con aforo escasísimo. En fin, nuevos tiempos y nuevas maneras de trabajar que deben venir acompañadas de nuevos derechos o garantías reforzadas de los derechos preexistentes.

2 EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO

Este Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “en la emergencia”⁸ se compone de numerosas medidas gubernamentales dictadas con carácter provisional y excepcional – decretos leyes, órdenes ministeriales e, incluso, resoluciones e instrucciones interpretativas del propio legislador de urgencia –, que han venido a conformar una respuesta estratégica fundamental ante esta situación inédita derivada de la pandemia, con hondas repercusiones sociales y económicas en nuestro país. Si bien, puede afirmarse ya desde ahora, que el mantenimiento del empleo y el derecho al trabajo que reconoce el artículo 35 CE han sido los principios rectores de la legislación laboral derivada de esta crisis.

En efecto, el gobierno de España afrontó jurídicamente la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 a través de la declaración del estado de alarma contemplada en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo⁹. Se trata de una norma de enorme calado y transcendencia jurídica que ha abierto la espita legislativa a la que han ido adaptándose todos los estamentos del Estado.

Como destacan algunos autores¹⁰, otras normas anteriores ya intentaron adelantarse previendo medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. En concreto, el Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, en su artículo 5 contemplaba como situación asimilada a accidente de trabajo los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19, pero “exclusivamente a los efectos de la prestación económica de incapacidad temporal del Sistema de Seguridad Social”. Esta misma medida se extiende a los regímenes especiales de los funcionarios públicos, según el art. 11 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo¹¹. Esta misma norma, extiende las bonificaciones de cuotas en la Seguridad Social de hasta el 50% a las empresas

8 CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.4, 2020, p.317-319.

9 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. BOE de 14 de marzo de 2020.

10 ROJO TORRECILLA, E.. “Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuesta a la crisis? Un primer análisis de la normativa dictada en España”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º. 4, 2020, p.390.

11 Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19*. BOE de 13 de marzo.

que prolonguen los contratos de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados al sector turístico.

Todas estas previsiones se han extendido varias veces en su aplicación temporal, tal y como recogen recientemente los Real Decreto 28/2020, de 22 de septiembre¹², cuya Disposición Adicional Cuarta, además de ratificar la consideración de accidente profesional respecto de la prestación de incapacidad temporal de los períodos de aislamiento o atención médica derivada de patologías del coronavirus, amplía estos efectos a todos los derechos contemplados por la Seguridad Social para el personal de los centros sanitarios o socio-sanitarios. Y, el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre¹³, incide en previsiones específicas en materia de cotización consistente en diferentes porcentajes de exoneración de cuotas a la Seguridad Social (art. 2).

Sea como fuere, es a partir del Real Decreto 463/2020 desde el que se limita la libertad de circulación de las personas (art.7), por lo que su impacto en las relaciones laborales es mayúsculo. En concreto, en el ámbito educativo se suspende la actividad presencial (art. 9). Y, especial impacto tuvo la suspensión de la actividad y el cierre al público de los locales y establecimientos minoristas, salvo que sean “imprescindibles para la consecución de los fines” contemplados en la norma (art. 10). Finalmente, se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales hasta que esta norma pierda vigencia o se prevea específicamente su reactivación, con la excepción de que el juez o el tribunal pueda acordar “la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar juicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso”.

En resumen, el Ministerio de Trabajo y Economía Social se ha ocupado especialmente de articular un sistema de protección para trabajadores por cuenta ajena y para autónomos, en base a la regulación de los ERTE como medida principal de contención de la destrucción de empleo¹⁴ y la minoración o eliminación de cuotas y la previsión de una prestación específica por cese de actividad¹⁵, vinculados a los autónomos.

También destaca la preocupación del legislador y la continuidad en la protección de los trabajadores más vulnerables¹⁶, sobre todo, en relación con las consecuencias sobre el género. Por eso, resulta importante destacar ese leitmotiv en la abundantísima regulación de urgencia que ha obligado a llevar a cabo la crisis sanitaria del coronavirus. Y, además, porque serán estas medidas de fuerte calado social las que al favorecer la conciliación y –en alguna medida-, la corresponsabilidad, ofrezcan una sólida resistencia a los devastadores efectos sobre el empleo.

3 LA PROHIBICIÓN DE DESPEDIR

El Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, como su propio nombre indica, ha venido a “complementar” las “medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de

12 Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, *de trabajo a distancia*. BOE de 23 de septiembre.

13 Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, *de medidas sociales en defensa del empleo*. BOE de 30 de septiembre.

14 Al respecto, comentario técnico y preciso en el blog. Prof. Ignasi Beltrán. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/03/27/covid-19-y-erte-por-fuerza-mayor-situaciones-que-lo-justifican-y-acreditacion/>.

15 Sobre esta cuestión, riguroso comentario del Prof. Eduardo E. Talens Visconti en el blog. “Foro Labos”. Disponible en: <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/el-decalogo-de-novedades-introducidas.html>.

16 Una excelente reflexión del Prof. Francisco Trillo, en el Blog. del Prof. Antonio Baylos. Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2020/04/que-esta-cambiando-en-el-derecho-del.html>.

actividad para evitar despidos” previstas en Capítulo II del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

La primera de esas “medidas complementarias” se recoge en el art. 2 de RD-ley 9/2020 al disponer que la “suspensión de contrato y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como causas justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Es, por lo tanto, fundamental poner en común ambas normas para llevar a cabo una correcta interpretación del mandato legislativo.

En efecto, el RD-ley 8/2020 reitera en varias ocasiones – casi podríamos afirmar que con un espíritu didáctico – que la prioridad que persigue es proteger el tejido productivo y social, focalizando ese impacto en el mantenimiento de todo el empleo que sea posible. La norma, en primer lugar, amplía la encorsetada regulación de los ERTes, eso sí, delimitando tal flexibilidad temporal de las empresas a los supuestos derivados o que tengan su “causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el COVID-19”, según el Criterio interpretativo de la Dirección General – DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo –.

Simultáneamente, en una especie de contrapartida, pretende contener la destrucción definitiva de puestos de trabajo con el requisito de la DA 6ª, sobre el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa, que se comentará a continuación. Pero no sólo, pues refuerza la protección de los trabajadores afectados, a través del reconocimiento de prestaciones de carácter extraordinario – la prestación de desempleo más allá de los casos legales previos con anterioridad a la pandemia, así como la de cese de actividad, para autónomos – y otra serie de derechos vinculados a las acuciantes necesidades de conciliación entre las obligaciones laborales y familiares – el llamado Plan MECUIDA (denominación otorgada por el art. 15 del Real Decreto-ley 15/2020¹⁷) que también se analizará en las siguientes páginas – .

Se puede afirmar que se ha aprovechado el campo de cultivo existente en la normativa laboral respecto de la flexibilidad interna empresarial, pero limitándola ahora por estas normas de urgencia en aras de atribuir también cierta seguridad para los destinatarios de estas medidas. A pesar de la referencia expresa del Real Decreto-ley 8/2020 sobre su intención de evitar despidos, muchos contratos temporales, subcontrataciones y otros vínculos laborales precarizados a causa de la legislación heredada de la crisis de 2008, ha optado por rescindirse frente a la opción de los ERTes, incluso en los días previos a que se decretase el estado de alarma. En el mes de abril la *tasa de paro en España* vuelve a colocarse por encima del 14%. Según los datos del INE, *alcanza el 14,41% primer a cierre del trimestre del año*, coincidiendo con la llegada del *coronavirus* y el inicio del estado de alarma decretado por el Gobierno. La Encuesta de Población Activa (EPA) del organismo de estadísticas muestra un *descenso de 285.600 ocupados entre enero y marzo*, lo que deja el número total de afiliados a la Seguridad Social en 19,68 millones. Por su parte, en el segundo trimestre del año, el número de ocupados disminuye en 1.074.000 personas, respecto al trimestre anterior (un -5,46%) y se sitúa en 18.607.200. En términos “desestacionalizados” (trabajadores no sometidos a la contratación estacional) la variación trimestral es del -6,73%. En variación anual el empleo ha bajado en 1.197.700 personas (-6,05%)¹⁸.

17 Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, *de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*. BOE de 22 de abril de 2020.

18 Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595.

Esta destrucción de empleo es la peor consecuencia, en términos económicos y sociales de la pandemia, como reconoce el legislador. Por eso, para intentar evitarla o frenarla en mayor medida, pocos días después de esa extensa primera norma con la que el legislador pretendía minimizar el impacto social centrándose en la flexibilidad interna, aprueba el Real Decreto-ley 9/2020 con previsiones complementarias, restrictivas y directas hacia esas dinámicas destructivas de empleo, tanto indefinido como temporal¹⁹.

Por lo tanto, al igual que las medidas de los ERTes se estipulan como consecuencia de crisis sanitaria y se ofrecen una serie de “concesiones” a los que se acojan a ellos – bonificación en cotizaciones y la exención del pago a los trabajadores que incluya –, el poder directivo empresarial y, más en general, el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE), cede a favor de la protección de la salud (art. 15 CE), ante la urgente y perentoria necesidad que conlleva la crisis sanitaria.

Esta explicación se refuerza con el límite temporal – “mientras se mantenga la situación extraordinaria” – que en todo momento se establece para todas las previsiones relacionadas con el COVID-19 y el propio estado de alarma. Dejando a un lado la actual reclamación sobre la mayor flexibilidad de los ERTes y la extensión de los beneficios en las cotizaciones para todo tipo de expedientes, el mantenimiento del nivel de empleo es el leitmotiv de toda la normativa laboral que surge en este momento.

De tal manera, la prohibición de despido del artículo 2 Real Decreto-ley 9/2020 tendrá la virtualidad que se deriva de las normas que lo prevén y bajo esa excepcionalidad inaudita deben despejarse las incógnitas que surjan en su aplicación práctica.

En cuanto al ámbito objetivo, parece bastante claro que la prohibición de despedir se refiere a las basadas en fuerza mayor y causas objetivas relacionadas con el COVID-19. Es decir, como ha mantenido de manera unánime la doctrina, esta regulación no afecta a los despidos disciplinarios o a cualquier otro individual o colectivo que pudiese producirse, siempre que sea por causas ajenas a la pandemia. Con el panorama actual, esto parece hartamente complicado, si bien, resulta perfectamente plausible y queda claro, de nuevo, el espíritu excepcional y restringido de la norma, en su conjunto. Es decir, la norma en modo alguno tendrá efectos limitativos de extinciones contractuales legítimas, ni frente a despidos procedentes ajenos a la crisis sanitaria.

Más dificultades interpretativas parecen derivarse de la consecuencia jurídica del incumplimiento de esa prohibición de despedir. El legislador de urgencia ha considerado que las causas que justifican las medidas de flexibilidad interna temporal, en ningún caso podrán justificar un despido procedente. Por lo tanto, el despido se calificará como improcedente o como nulo, según las alternativas que ofrece el ámbito legislativo español.

Aunque de la literalidad de la norma y con una interpretación basada en la protección de la salud, como derecho fundamental superior a proteger -no sólo la salud de los trabajadores-, cabría mantener que se trata de una prohibición tajante y su infracción acarrearía la nulidad de la decisión empresarial, la mayoría de los autores se decantan la improcedencia²⁰. Lo cierto es que se trata de una regulación excepcionalísima y específica para un intervalo temporal concreto, con un origen determinado y una finalidad superior al propio orden laboral, y que se debe de entender con urgencia y preferencia respecto de la normativa laboral general aplicable

19 Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, *por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19*. BOE de 28 de marzo.

20 Blog. Profesor Eduardo Rojo. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/covid-19-actualizacion-15-de-abril-de.html>.

hasta el momento. Además, sería hasta más pertinente entender que el poder empresarial que se extralimite, en estos casos de emergencia nacional, causa un “coste laboral” con la destrucción de empleo que justificaría que la sanción del acto fuese la nulidad²¹.

Ahora bien, se trata únicamente de una “aparente prohibición”, ya que el legislador se limita a entender que estos despidos carecen de “causa justificativa”. En efecto, se trata más bien de una “declaración *ex lege* de improcedencia, con las consecuencias de encarecimiento en la indemnización que ello implica²². Se seguiría así la jurisprudencia consolidada que se decanta por la calificación de improcedencia, ante la ausencia de especificación de la norma (por todas, STS de 5 de mayo de 2015; rec. 2659/2014²³). También apoya esta postura el hecho de que respalda la efectividad real y práctica de la norma, sobre todo en empresas pequeñas en las que la readmisión de trabajadores se volvería irrealizable, en muchos casos.

A mayor abundamiento, un análisis comparado con la legislación italiana sobre el bloqueo de los despidos en supuestos por COVID-19, la doctrina concluye que el legislador español no ha establecido una norma equiparable, pero tampoco ha concedido una moratoria a las empresas para que puedan recurrir a las extinciones contractuales.

Finalmente, de la propia redacción del art. 2 RD-ley 9/2020, parece advertirse una aparente reiteración en la redacción al referirse a la prohibición de llevar a cabo “la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Es cierto que todo despido implica la extinción del contrato y también que la terminología empleada parece referirse a la distinción clásica entre la terminación de los contratos temporales *ante tempus* y la propia resolución contractual motivada o a instancias de una de las partes.

Podría entenderse, sin embargo, que el legislador ha querido eliminar cualquier tipo de duda y se adelanta a las propias disposiciones del art. 5 del mismo texto legal, sobre la limitación en la extinción de los contratos temporales. Es más, abarcaría así cualquier forma de terminación de la relación contractual que se derive directa o indirectamente de la crisis sanitaria, sin causa justificada independiente y procedente, como, por ejemplo, alcanzar la edad de jubilación o el desistimiento durante el período de prueba que se haya podido completar en la duración establecida.

En esta línea, resulta muy clarificador el Real Decreto-ley 11/2020²⁴ que contienen reglas específicas, no tanto para evitar la extinción o el despido, sino para ampliar el límite máximo legal de duración de determinados contratos temporales vinculados a servicios públicos, por lo tanto, sin posibilidad de aplicación de ERTes, ni de declararse indefinidos por “fraude de ley” porque en realidad su impedimento para desarrollar su trabajo de deriva del estado de alarma decretado por la emergencia sanitaria– contratos temporales de investigadores y profesores según la Ley Orgánica de Universidades y los integrados en el Sistema Nacional de Salud, Disposición Adicional 12^a y Disposición Adicional 13^a, respectivamente.

Como ya se ha adelantado, la prohibición de despedir es una cláusula pareja a la que establecía la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-ley 8/2020 que condiciona

21 Blog. Profesor Antonio Baylos. Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2020/03/la-prorroga-del-estado-de-alarma-y.html>.

22 CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.4, 2020, p.328-329.

23 Analiza este pronunciamiento judicial y otros sobre la misma temática, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.. “COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia (Real Decreto-ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”, *IusLabor*, nº. 1, 2020, p.6 y ss.

24 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*. BOE de 1 de abril.

las “medidas extraordinarias” que prevé en el ámbito laboral al “compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. La aplicación expresa esta exigencia sobre el mantenimiento del empleo se ha extendido a las empresas concursadas que “resulten viables”, por lo que pueden acogerse a los beneficios de estas medidas siempre que presenten en oportuno “compromiso” al respecto, según la Disposición Adicional Décima, apartado 2, del Real Decreto-ley 11/2020. De la redacción prevista en estas disposiciones se derivan ciertas incertidumbres que el mismo legislador de urgencia ha ido aclarando en posteriores normas gubernativas.

Por un lado, surge la duda sobre la extensión aplicativa de las medidas a las que se refiere. En efecto, el Capítulo II del Real Decreto-ley 8/2020 establece ciertas medidas excepcionales de regulación temporal de empleo, de exoneración de cuotas empresariales en los expedientes de fuerza mayor y de protección de desempleo (artículo 28), “mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19”.

Queda claro que este requisito sobre el mantenimiento del empleo deberá empezar a computarse con posterioridad a la pérdida de vigencia de esas medidas de regulación temporal del empleo que se derivan de los efectos del coronavirus y del estado de alarma. Sin embargo, parece que se establecen diferencias para el cumplimiento de esa obligación entre los dos tipos de ERTes que pueden adoptarse. De hecho, el Criterio interpretativo de la Dirección General – DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo – señala expresamente que todos los expedientes debidos a fuerza mayor temporal deberán contar con el compromiso de mantener el empleo, mientras que guarda silencio respecto a los basados en causas objetivas. Además, el Real Decreto-ley 9/2020 precisó que la duración máxima de los expedientes por fuerza mayor será la del estado de alarma y sus posibles prórrogas (Disposición Adicional Primera), lo que dio lugar a interpretaciones restrictivas del compromiso de empleo, al entender que la norma no lo preveía respecto de los ERTes por otras causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción), se limitaría sólo a los ERTes por fuerza mayor en los que se solicitase la exención de cuotas. No obstante, parece intuirse que el legislador gubernativo omitió esa referencia explícita a los expedientes por causas objetivas porque era plenamente consciente del más que posible encadenamiento de estas medidas extraordinarias con ERTes ordinarios, una vez que se reactive la economía, ya no basados en fuerza mayor – pues el COVID-19 habrá cedido en su influencia –, pero sí en causas objetivas lícitas y – por desgracia – reales.

En realidad, el Real Decreto-ley 11/2020 aclaró en su exposición de motivos la finalidad perseguida por el legislador de urgencia sobre la salvaguarda del empleo existente durante seis meses “desde la finalización de las medidas de reducción de jornada o suspensión de los contratos basados en COVID-19”, sin distinguir que sea por fuerza mayor o por causas empresariales, computándose desde que se reanude la actividad, aunque en ese momento inicial se vean abocadas a acudir de nuevo a un ERTE ordinario por causas empresariales²⁵.

A mayor abundamiento, la Disposición Adicional Décimo Cuarta del Real Decreto-ley 11/2020 del ha matizado más esa exigencia al afirmar, en términos generales, que ese compromiso – se referirá, en particular a los sectores de artes escénicas, musicales, cinematográficas y audiovisuales – “se valorará en atención a las características específicas de los distintos

25 CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.. “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º. 4, 2020, p.329-330.

sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos”, como a los que se dirige concretamente. Y, la misma disposición normativa, en consonancia con la exposición de motivos, recuerdan que este compromiso no se incumple cuando el contrato se extinga por despido disciplinario procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora; por su parte, en el caso de los contratos temporales, tampoco se incumple el requisito sobre el mantenimiento del empleo cuando el contrato se extinga por la expiración del tiempo convenido o la realización del contrato por obra o servicio determinado o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Por último, la otra incógnita se refiere a la determinación de las consecuencias del incumplimiento del compromiso de empleo. Desde un inicio, por analogía con el Real Decreto-ley 16/2014²⁶, que preveía una cláusula similar para la activación del empleo, se ha interpretado que las empresas incumplidoras deberían reintegrar el importe de las cotizaciones cuyo pago resultó exonerado, además de hacer frente a los intereses de demora y demás consecuencias derivadas de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS)²⁷.

Como en las cuestiones tratadas con anterioridad, el propio legislador gubernativo, en la regulación posterior ha perfilado esta materia sancionatoria, que requiere de tipicidad para su aplicación. Primero, el Real Decreto-ley 9/2020 introduce modificaciones en los arts. 23 y 43 de la LISOS, además de una regulación concreta en su la Disposición Adicional Segunda, para especificar el régimen sancionador y el reintegro de prestaciones indebidas, incluyendo la deducción de los salarios no pagados por el empresario, así como las sanciones correspondientes. Segundo, y más determinante, es la Disposición Final Novena del Real Decreto-ley 15/2020 la cual, modificando esa Disposición Adicional Segunda de la norma anterior, introduce la responsabilidad empresarial directa en la devolución de las prestaciones indebidamente generadas. También resulta fundamental el reconocimiento explícito del derecho del trabajador a percibir su salario, deduciendo las cantidades que haya podido percibir en concepto de desempleo. En este mismo orden de cosas, los plazos de la actuación de la Inspección de Trabajo para revisar y, en su caso, sancionar los incumplimientos se suspenden, dotándole así de más capacidad de control sobre los recursos públicos.

Como conclusión, parece clara que la intención del legislador respecto de la indemnización derivada de un despido prohibido, según el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, deberá ascender a treinta y tres días por año trabajado, frente a los veinte días por año trabajado que estipula la norma ordinaria para del despido por causas objetivas o a los doce días para las extinciones de los contratos temporales. Se trata de una postura acertada y correcta que presiona e incide en la capacidad de gestión empresarial, sobre todo porque irá acompañada de la sanción administrativa correspondiente y la devolución de las cuotas a la Seguridad Social, además de los salarios pertinentes que reclamará el trabajador.

Es cierto que, de entrada, parece lógico que la calificación fuese la nulidad, pero se trata de una regulación demasiado general – con ausencia de tipicidad – y cuyo amparo en el derecho fundamental a la salud de todas las personas, excede de la interpretación de la norma laboral, en sentido estricto. Parece que lo deseable, tal vez se volviese irrealizable y a través de esta redacción normativa se ha alcanzado el deseado consenso con los interlocutores sociales

26 Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, *por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo*. BOE de 20 de diciembre de 2014.

27 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*. BOE de 8 de agosto de 2000.

– son quiénes las vana a aplicar – en la promulgación de estas normas laborales de urgencia.

En cualquier caso, puede afirmarse que la conflictividad en los tribunales derivada de estas previsiones limitativas del despido por COVID-19 y sus consecuencias, está asegurada ante la variada casuística a la que debe hacer frente, si bien no debe olvidarse que su finalidad principal es garantizar el interés general ante una situación de crisis sanitaria excepcionalísima y sus nefastas consecuencias sociales.

4 EL TRABAJO A DISTANCIA Y LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

El punto de partida en esta normativa lo constituyó el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo. Se trata de una norma extensa y muy bien fundamentada. De hecho, su Exposición de Motivos resulta clara, concisa y hasta didáctica. Identifica su triple objetivo en torno a “la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos más vulnerables”, “la continuidad de la actividad productiva y el mantenimiento del empleo”, y, “reforzar la lucha contra la enfermedad”.

En base a estas premisas, en el Capítulo I se encuentran las “medidas para favorecer la conciliación laboral”, que se articulan como un complemento y, en su caso subsidiarias, a la primera opción del legislador español que es “el trabajo a distancia”, como mecanismo fundamental para mantener la actividad laboral en esta situación de restricción de la movilidad ciudadana. Hay que resaltar que nuestro país fue pionero en esta regulación, y coinciden en esencia con las publicadas por la OIT en esas mismas fechas²⁸.

El “teletrabajo” se convierte en la principal herramienta en la que sustentar el trabajo por cuenta ajena, pero la norma también se refiere al “esfuerzo decidido por la preparación y dotación de las pymes al desarrollo digital”, en concreto cita planes y programas estatales que ya están en marcha y que se agilizarán, para favorecer o consolidar la transformación digital²⁹.

El carácter preferente del “trabajo a distancia” – expresión omnicomprendiva que se consolida en esta normativa de urgencia, en el mismo art. 5 – como la apuesta más decidida del legislador para “garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria”, se concreta en varias obligaciones respecto de los sistemas de organización productivos. En particular, el empresario “ha de mantener la actividad por mecanismos alternativos”, siendo para ello el principal ese tipo de trabajo en el domicilio, lo que implica, a su vez, que está obligada, por un lado, a adoptar los mecanismos que lo hagan posible, con dos salvedades, una, “si ello es técnica y razonablemente posible”, y otra, “si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”. El mismo párrafo segundo, del art. 5, termina su redacción insistiendo en que “estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad”. Queda muy claro el mandato del legislador e, incluso, la interpretación y aplicación subsidiaria respecto de otras alternativas al normal desarrollo de la actividad productiva previa a la alarma sanitaria.

Para resumir, el legislador impone que la actividad empresarial debe continuar, como primera premisa. Para ello, el trabajo que realizan sus empleados también debe proseguir en la modalidad de “a distancia”, con las adaptaciones técnicas que la actividad – y la empresa – puedan asumir por razones de oportunidad y de proporcionalidad. Estas dos obligaciones empresariales se subrayan como primordiales ante cualquier otra medida que conlleve la paralización de la actividad, total o parcialmente, así como la consiguiente destrucción de empleo, plena o reducida, que implicarían.

28 O.I.T.. *COVID-19 and world of work: Impacts and responses*, Ginebra, 18 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus>.

29 Exposición de Motivos, p. 25856, BOE.

En aras de mantener esa actividad empresarial, el legislador aboga por una flexibilización de la hasta ahora, exigente materia de seguridad y salud en el trabajo. En concreto, aboga por dar por satisfecha la evaluación de riesgos inicial prevista en el artículo 16 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)³⁰, en aquellos puestos y actividades que no hayan dispuesto de una anterior sobre el trabajo a distancia y se considera realizada a través de “una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora”³¹. Ahora bien, es importante destacar el reforzado “carácter excepcional” de la medida, como recuerda y subraya la propia previsión legal. Esa excepcionalidad debe alejar el riesgo de hacer “de la necesidad, virtud”, que en este caso sería, al contrario, convertir la urgencia en la regla y que se eliminase la obligación empresarial de velar por la seguridad y salud en el trabajo, precisamente en este contexto que ese es el fin último de todas las decisiones gubernativas adoptadas.

En definitiva, la norma lleva a sus últimas consecuencias las previsiones del Convenio nº. 155 OIT, sobre la seguridad y salud de los trabajadores, que hace responsable de tal derecho a las autoridades nacionales, al empresario y, en último término, protege al trabajador que unilateralmente “juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, con motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud”.

Lo cierto es que los problemas y las dificultades del este tipo de trabajo se han hecho visibles más pronto que tarde. Así, Unicef, ONU Mujeres y la OIT advierten de que las familias trabajadoras necesitan más apoyo y piden un aumento de las medidas de protección social, especialmente para los más vulnerables³². En esta línea, ahí quien ya ha llamado la atención sobre la necesidad de que se tenga en cuenta un concepto amplio de “trabajador”, como sujeto protegido, intentando disipar las dudas que aun pudiesen albergar respecto de determinados colectivos especialmente desprotegidos – falsos autónomos –³³.

Además, el sesgo de género también se hace evidente en esta crisis sanitaria, al repercutir en empleos feminizados, en gran medida. Así lo ha recogido la OIT en relación con las trabajadoras sanitarias – enfermeras, limpiadoras, cuidadoras, en general, de centros de día, etc. – cuyo estrés laboral se encuentra doblemente aumentado³⁴. Por eso, la flexibilidad en los horarios y en las franjas de disponibilidad laboral son unas de las medidas que se consideran primordiales para conjugar la actividad laboral con las responsabilidades familiares, mientras dure la crisis sanitaria con el consiguiente aislamiento social que impide la “externalización” de las labores de cuidado de menores y dependientes.

Tradicionalmente la relación entre las nuevas tecnologías y las condiciones laborales se ha planteado desde una perspectiva positiva, en el sentido de que serían un medio para facilitar la conciliación de las obligaciones laborales y familiares. De hecho, el Parlamento Europeo viene instando, desde hace años, a los Estados miembro a que se posibilite la flexibilidad en la organización laboral, (...) «de manera que se aproveche todo el potencial que ofrecen las nuevas tecnologías» (...) ³⁵. Sin embargo, desde los primeros intentos de la instrumentalización

30 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE de 10 de noviembre de 1995.

31 Al respecto, destaca el Prof. ROJO TORRECILLA que en la propuesta ante el Consejo de Ministros se había planteado, junto con la norma, un útil “Cuestionario para el desarrollo del teletrabajo en el domicilio en situaciones temporales y extraordinarias”; se puede consultar en: https://media.tintul.com/media/adime/Anexo%20I%20-%20RD%20Covid-19%20en%20el%20ambito%20laboral%20-%202017.03.2020_20200317172115.pdf

32 “Family-friendly policies and other good workplace practices in the context of covid-19: key steps employers can take”, Recomendaciones de UNICEF EAPRO, UNICEF ESARO y de la OIT, de 27 de marzo de 2020.

33 COUNTOURIS, N.; DE STEFANO, V.; EWING, K.; FREEDLAND, M.. “Covid-19 crisis makes clear a new concept of ‘worker’ is overdue”, Social Europe, vol. 2, disponible en <https://www.socialeurope.eu/covid-19-crisis-makes-clear-a-new-concept-of-worker-is-overdue>.

34 POZZAN, E.; CATTANEO, U.. “Trabajadoras sanitarias: Trabajo sin descanso en hospitales y en el hogar”, disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_741192/lang--es/index.htm.

35 Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas.

del teletrabajo para posibilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar, se observó que propicia todo lo contrario para la trabajadora que opta por ella, al suponer una fuerte atadura al rol social de cuidadora e implicar importantes quiebras en la protección de la seguridad y salud³⁶. De hecho, se critica la utilización fraudulenta que se hace del mismo por parte de un perfil determinado de «nuevos» trabajadores cualificados que se han beneficiado de esas posibilidades de flexibilización para poder incrementar su autonomía en la prestación de sus servicios, sin que ello responda a sus necesidades reales de conciliación.

Otro inconveniente es que parece que con la automatización de los instrumentos de trabajo la cotidianidad en la utilización de los medios tecnológicos en las propias relaciones laborales, hace que resulte cada vez más difícil delimitar la jornada de trabajo y separar nítidamente el tiempo de descanso del hecho de “estar conectado” al trabajo. Se trata de la llamada tendencia al “well-being”, como el paso siguiente al “work-life balance” y el “work life management”. De esta forma se diluyen las fronteras entre lo profesional y lo personal, de forma que ahora se integran y se confunden para eliminar el conflicto entre ambos aspectos de la vida³⁷.

Ciertamente el tiempo de trabajo flexible puede contribuir a una mejor compatibilidad de la vida privada y la profesional, sin embargo, no parece muy acertado de cara al óptimo descanso y «desconexión» de las responsabilidades laborales, tal y como contempla la normativa internacional y la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003³⁸, sobre la regulación específica del tiempo de trabajo y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los tiempo de descanso, que ha sido desarrollada el TJUE y se concreta en los ordenamientos de los distintos Estados Miembro³⁹. De hecho, la Estrategia Europea de la Salud y Seguridad en el Trabajo 2014-2020, se refiere a la necesidad de hacer frente a esos nuevos riesgos laborales⁴⁰. En efecto, existen recientes experiencias legislativas de ordenamientos nacionales y de multinacionales que han empezado a construir acuerdos entorno a la regulación y reconocimiento del denominado «derecho a la desconexión tecnológica»⁴¹.

Sea como fuere, la digitalización de la organización empresarial exige que una normativa estricta que delimite los tiempos de trabajo y descanso, así como respecto de las responsabilidades de conciliación entre las obligaciones familiares y laborales. Precisamente, el legislador español acaba de aprobar una novedosa normativa sobre el trabajo a distancia, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, en la que se define de manera concreta quiénes serán estos trabajadores – los que desarrollen al menos un 30% de su jornada semanal en esta modalidad – y, al mismo tiempo, reconoce que gozan de los mismos derechos colectivos y de representación colectiva que los trabajadores ordinarios. También regula específicamente la obligación de garantizar el derecho al descanso y a la desconexión

36 MELLA MÉNDEZ, L.. «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y Relaciones laborales*, n.º. 16, abril 2020, p.30-52.

37 USHAKOVA, T.. «De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º. 192/2016, parte Estudios (BIB 2016/85593).

38 Directiva 2003/88/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos del tiempo de trabajo

39 Por todas, STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto Comisión frente Reino Unido (C-484/04), en la que se reconoce que el empresario tiene el deber de garantizar que el trabajador, en cualquier caso, o con cualquier tipo de relación laboral, debe atenderse su derecho al descanso efectivo.

40 Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on an EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2014-2020, Bruselas, 6 de junio de 2014, COM (2014) 332 final.

41 Es el caso de la empresa Volkswagen, respecto a la hora límite para recibir emails del trabajo; o la empresa IBM que ha dejado de controlar los días de vacaciones de sus empleados al considerar que es mejor dejarles libertad para que ellos mismo se organicen. También el ordenamiento jurídico francés, a través de una regulación específica, el conocido proyecto de Ley “El Khormi”, presentado el 24 de marzo de 2016.

digital y, de manera más general y algo evasiva, contempla los derechos de conciliación como garantizados para este tipo de personas trabajadoras.

Tal vez la duda resulte sobre la manera en la que se debe garantizar una conciliación real y alejada de los roles de género. Es decir, ¿hasta qué punto es necesario garantizar la corresponsabilidad en la solicitud del trabajador que prefiere cambiar a la modalidad de trabajo a distancia?. Existen varias referencias en el texto legal, pero parece que la exigibilidad de tal requisito va a resultar más casuístico y, en caso de conflicto, dependerá del juez, su apreciación, así como determinar la intensidad en que debe darse. Es muy probable que ese pueda ser una vía de conflictos importante, a la vez que acabe recalando, de nuevo, en el tradicional reparto de los tiempos por razón del género, lo que deberá ser atajado antes de que se produzcan retrocesos graves en este sentido.

Como reconoce la Comisión Europea en la interpretación sobre la Directiva 2003/88⁴², conviene hacer frente y actualizar los desafíos de cambiar la organización del trabajo, teniendo en cuenta que la digitalización conlleva una mayor fragmentación del trabajo, tanto en la ubicación como en el tiempo de disposición. Es decir, «las nuevas formas de empleo, como el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo por carteras, ofrecen ventajas significativas para que los empleados organicen su tiempo de trabajo de forma flexible, aunque, al mismo tiempo, también implican peligros como un aumento del tiempo de trabajo», por lo que se requieren medidas concretas que garanticen unas condiciones de trabajo “saludable⁴³” y con derechos laborales mínimos para todos los trabajadores.

En efecto, la Estrategia para la igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea, ha presentado las fórmulas de trabajo flexible como la mejor alternativa para conseguir un verdadero avance en los derechos de conciliación de las personas trabajadoras. Eso sí, siempre que se vigile y promuevan bajo el prisma del reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales entre ambos progenitores. De hecho, insiste en que “la Comisión velará por que los Estados miembros transpongan y apliquen correctamente esta Directiva – Directiva 2019/1158⁴⁴, relativa a la conciliación – de forma que los hombres y las mujeres puedan prosperar en igualdad tanto a nivel personal como profesional”.

Bajo la perspectiva actual de emergencia sanitaria, parece muy adecuado acelerar y potenciar estas incipientes formas de prestación laboral en nuestro país, y en algún sector, muy generalizados por el contrario en el norte de Europa. Conviene, por tanto, acelerar estas políticas de flexibilidad de horarios y de prespecialidad en el trabajo, tanto como el mejor remedio para el mantenimiento del empleo, cuando sea posible su desarrollo *on line*, como en aras de garantizar el ejercicio imprescindible de los derechos de conciliación. Tal vez, lo más complicado en la situación actual para los poderes públicos, es asegurar el reparto de esas tareas de cuidado, sin que las precarias condiciones laborales de partida vinculadas al rol de género – brecha salarial, la repercusión del techo de cristal respecto del puesto ocupado, etc. – supongan una doble penalización para las mujeres trabajadoras.

42 Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), de 24 de mayo de 2017.

43 Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT) y las diez prioridades de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de Trabajo de la Comisión para 2017, Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad, SWD/2016/0400 final, de 4 de octubre de 2017.

44 Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 *relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo*. DOUE de 12 de julio de 2019.

Las normas que específicamente contempla el RDL 8/2020 en materia de modificación del tiempo y modo de trabajo se concretan, como hemos dicho, en medidas relativas al ejercicio de derechos de conciliación. En relación con ello, conviene recordar, de manera preliminar, que el TC ha sido claro a la hora de considerar que el ejercicio de los derechos de conciliación tiene una dimensión constitucional que implica que tanto el derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art.14 CE) como el mandato de protección a la familia y a la infancia (art.39 CE) deben prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar⁴⁵.

En el Estatuto de los Trabajadores, como es sabido, la flexibilidad del tiempo y el modo de trabajo como medida de conciliación se regula en los artículos 34.8 y 37.6.7. Estos preceptos detallan el régimen jurídico aplicable a la adaptación y la reducción de la jornada respectivamente. Ahora bien, el Real Decreto-ley 8/2020 ha previsto con el plan MECUIDA algunas especialidades respecto de la adopción de cualquiera de estas medidas como respuesta a la crisis del COVID-19.

En primer lugar, se han regulado en el art.6.1 RDL 8/2020 unos parámetros comunes aplicables tanto a la adaptación del tiempo o modo de la prestación como a la reducción de la jornada. Cabe destacar que, en cuanto al sujeto causante de este nuevo derecho, se va a limitar al cónyuge o pareja de hecho y a los familiares hasta segundo grado por consanguinidad, por lo que se excluye especialmente a los familiares por afinidad, en pro de facilitar la corresponsabilidad al obligar a cuidar a los consanguíneos cada trabajador.

En segundo lugar, la delimitación de las circunstancias excepcionales que deberá acreditar la persona trabajadora se refieren a la atención que debe dispensar a los sujetos causantes siempre que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesiten de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19. Es decir, que precisen esa atención por la decisión gubernamental del cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos, así como por la imposibilidad de atención por causas justificadas relacionadas con el COVID-19 por parte de la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado. en el caso de que se trate de una persona empleada de hogar, habría que tener en cuenta la regulación especial en esta materia y la posibilidad de suspender temporalmente el contrato de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 y siguientes del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

En tercer lugar, el artículo 6.1 Real Decreto-ley 8/2020 establece entre los presupuestos comunes relacionados con la solicitud del derecho individual de conciliación, que se va a garantizar la corresponsabilidad en el ejercicio de las obligaciones de cuidado, intentando garantizar la evitación de la perpetuación de roles. Además, deberá existir justificación y proporcionalidad en relación con la situación de la empresa - particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa-.

Por último, para resolver a posible concurrencia de supuestos ordinarios de adaptación y reducción vigentes por conciliación antes de la crisis del COVID-19, el artículo 6.4 Real Decreto-ley 8/2020 señala que en el caso de que la persona trabajadora se encontrara disfrutando ya de un derecho de conciliación, podrá renunciar temporalmente a él o tendrá derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurran las circunstancias

45 LÓPEZ BALAGUER, M.. "Los derechos de conciliación en la crisis del Covid-19", *El Derecho*, nº. 2, junio, 2020, p.3-5.

excepcionales señaladas, debiendo la solicitud limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario.

En cuanto a las especialidades aplicables a la adaptación del tiempo o modo de la prestación, como medida de conciliación para dar respuesta a la necesidad de cuidado derivada de la crisis del COVID-19, la adaptación que se solicite la persona trabajadora deberá concretar la medida de adaptación cuya alteración o ajuste le permita dispensar la atención y cuidado requerido por la crisis del COVID-19. Su aceptación por parte de la empresa se producirá siempre que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas que se regulan de forma extraordinaria.

Sobre las previsiones específicas en torno a la reducción de jornada, la más destaca es la referida a su duración, dado que esta podrá alcanzar el cien por cien de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento. Además, el preaviso de la medida solicitada, en este caso, será sólo de veinticuatro horas, en lugar de los quince días de la legislación ordinaria. Y, se entiende que la expresión legal relativa a la disminución proporcional del salario, no puede tener otro sentido que el referido a que a las cantidades percibidas se realicen las deducciones que correspondan a la jornada que se reduce considerando, sin lugar a dudas, que lo que el salario a disminuir es aquel que se lucraba antes de la minoración del tiempo de trabajo, incluidos por lo tanto la totalidad de sus partidas o conceptos.

Y, finalmente, el artículo 15 del Real Decreto-ley 15/2020, delimita el ámbito temporal de aplicación de estas medidas que será de tres meses⁴⁶. En todo caso, como señaló la doctrina⁴⁷, hubiera sido más ajustado condicionar la vigencia de las medidas de conciliación a la duración del cierre de los colegios y los centros de día porque verdaderamente va a ser esta la circunstancia más determinante para que el tiempo y el modo de la prestación laboral puedan volver a la “antigua” normalidad. En tanto el cierre total o la apertura con restricciones de los centros se mantengan la necesidad de compatibilizar trabajo y cuidado será una realidad y, por lo tanto, también deberían mantenerse las medidas aprobadas. De hecho, la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, prevé expresamente la prórroga de la vigencia del artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, en el que se regula el plan MECUIDA, señalando que “permanecerá vigente hasta 31 de enero de 2021”.

5 REFLEXIONES FINALES

Resulta evidente que la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 marcará un hito en el desarrollo de las relaciones laborales de todo el mundo, pero de manera particular, en España. Un país en el que la flexibilidad interna desarrollada hasta ahora ante las crisis

46 “De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo de la disposición final décima, del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se prorroga lo establecido en los artículos 5 y 6 de dicha norma. El contenido de estos artículos se mantendrá vigente durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la Disposición Final 1.17 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo. En atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto”.

47 LÓPEZ BALAGUER, M.. “Los derechos de conciliación en la crisis del Covid-19”, *El Derecho*, nº. 2, junio, 2020, p.5-6.

económicas se había centrado en potenciar la capacidad empresarial sobre los recursos humanos a la hora de gestionar la viabilidad de su negocio, ahora resulta potenciada en favor de la estabilidad en el empleo a través de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y permitiendo a los empresarios y trabajadores suspender su relación contractual para retomarla en cuanto sea posible. Sin miedo a exagerar, puede afirmarse que este cambio de paradigma supone una de las novedades más destacadas que ha traído la legislación laboral de urgencia con la que el gobierno ha intentado – y sigue haciéndolo – enfrentar las nefastas consecuencias sociales del coronavirus.

La pobreza y el desempleo de la clase trabajadora, especialmente de jóvenes y mujeres, resultan realidades a las que debe responderse desde los poderes públicos con contundencia y a través de mecanismos legales que garanticen las bases que constituyen nuestro estado social y de derecho. La supervivencia del tejido productivo español se ha garantizado gracias a los instrumentos que han logrado “congelar” los gastos empresariales y garantizar la subsistencia de los trabajadores, haciéndose cargo el erario público del pago del 70% del salario de quienes se han visto inmersos en un expediente de regulación de empleo temporal. Ahora es el momento de evitar que se conviertan en extinciones definitivas de puestos de trabajo y, en caso de que se produzcan despidos colectivos derivados de esta regularización, el gobierno deberá tomar medidas, en tanto en cuanto ha sufragado los costes sociales durante estos meses de pandemia a cambio de garantizar la viabilidad empresarial y del empleo.

También las facilidades para implantar nuevas formas de trabajo – trabajo a distancia y teletrabajo, fundamentalmente –, así como la flexibilidad reforzada de los horarios y de la jornada han resultado vitales para mantener el empleo y la continuidad de muchas empresas, a la vez que las familias respondían a las obligaciones de cuidado de menores y dependientes por el cierre de los centros a los que acudían. De hecho, en el momento actual continúan presentándose dificultades para compaginar la “nueva normalidad” de los empleos con los episodios de confinamientos o rebrotes epidemiológicos que obligan a hacerse cargo de estos familiares. Tal vez sería adecuado repensar, de una vez por todas, la virtualidad y el valor que otorgamos a las labores de cuidado, en la senda marcada por los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en concreto el nº. 5 y el nº. 8. Asimismo, debería valorarse la opción de dotar con una prestación, aunque fuese con carácter subsidiario y asistencial, la renuncia al empleo de quien renuncia a su trabajo o lo reduce en un cien por cien para hacerse cargo del cuidado de los afectados por estas consecuencias de la pandemia.

En definitiva, se trata de un nuevo mundo, con nuevos retos a los que hacer frente desde el Derecho del Trabajo y la Protección Social para que podamos avanzar hacia una recuperación en la que todos debemos de estar presentes. Resulta fundamental el papel de los agentes sociales y de la concertación social, como ha quedado patente en buena parte de la regulación española de urgencia cuyo éxito se debe, en buena medida, a la importante implicación de patronal y sindicatos.

REFERENCIAS

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia (Real Decreto-ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”, *IusLabor*, nº. 1, 2020.

CASAS BAAMONDE, M. E; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 4, 2020.

COUNTOURIS, N.; DE STEFANO, V.; EWING, K.; FREEDLAND, M.. "Covid-19 crisis makes clear a new concept of 'worker' is overdue", *Social Europe*, vol. 2, disponible en: <https://www.socialeurope.eu/covid-19-crisis-makes-clear-a-new-concept-of-worker-is-overdue>.

LÓPEZ BALAGUER, M., "Los derechos de conciliación en la crisis del Covid-19", *El Derecho*, n.º. 2, junio, 2020.

MELLA MÉNDEZ, L.. «Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y Relaciones laborales*, n.º. 16, abril 2020.

POZZAN, E.; CATTANEO, U.. "Trabajadoras sanitarias: Trabajo sin descanso en hospitales y en el hogar", disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_741192/lang-es/index.htm.

RAZAVI, S.. "COVID-19: Los sistemas de protección social fallan a los más vulnerables", Departamento de Protección Social O.I.T. disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_739871/lang-es/index.htm.

ROJO TORRECILLA, E.. "Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuesta a la crisis? Un primer análisis de la normativa dictada en España", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º. 4, 2020.

USHAKOVA, T.. «De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º. 192/2016.

Recursos electrónicos: Blogs de referencia

Blog. Profesor Eduardo Rojo Torrecilla: <http://www.eduardorojotorrecilla.es>

Prof. Ignasi Beltrán: <https://ignasibeltran.com>

Prof. Eduardo E. Talens Visconti en el blog. "Foro Labos": <https://forodelabos.blogspot.com>

Prof. Francisco Trillo, en el Blog. del Prof. Antonio Baylos: <https://baylos.blogspot.com>

Blog. Profesor Antonio Baylos: <https://baylos.blogspot.com/>

ENQUADRAMENTO DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL

Sebastião Geraldo de Oliveira

Mestre em Direito pela UFMG. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho onde ocupa a cadeira de número 10. Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro da Justiça do Trabalho. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 3ª Região.

Sumário: 1 O advento da pandemia do novo coronavírus; 2 Alterações normativas após o surto da Covid-19; 3 Inseguranças e desafios jurídicos deste período emergencial; 4 Importância de caracterizar a Covid-19 como doença ocupacional; 5 Emissão regular da Comunicação do Acidente do Trabalho-CAT; 6 Enquadramento da natureza da Covid-19 pelo INSS; 6.1 Considerações iniciais; 6.2 A suspensão do art. 29 da MP n. 927/2020 pelo STF; 6.3 Como doença ocupacional; 6.4 Exceção da doença endêmica (pandêmica); 6.5 Como contaminação acidental; 6.6 Pelo Nexo Técnico Epidemiológico; 6.7 Pelo nexo concausal; 6.8 Como doença não relacionada ao trabalho; 7 Recurso administrativo contra o enquadramento do INSS; 8 Ação judicial contra o enquadramento do INSS; 9 Enquadramento ocupacional da Covid-19 mesmo sem a emissão da CAT; 10 Conclusão; Referências.

1 O ADVENTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

No final de 2019 surgiu primeiramente na cidade de Wuhan, na China, uma doença infecciosa causada por um novo coronavírus, com surpreendente grau de contágio e letalidade, avançando em seguida para a Europa e posteriormente para o restante do planeta.

A Organização Mundial de Saúde passou a denominar oficialmente a doença causada pelo novo coronavírus pela sigla *Covid-19*, formada pela junção das letras iniciais dos vocábulos em inglês “CoronaVirus Disease”, sendo que o 19 representa o ano em que o surto foi detectado. Diante da rápida expansão da doença por todos os continentes, a Organização Mundial de Saúde-OMS declarou oficialmente, no dia 11 de março de 2020, o surto da Covid-19 como uma pandemia.¹

No Brasil, o primeiro caso da Covid-19 foi confirmado pelo Ministério da Saúde no dia 26 de fevereiro de 2020 e a primeira morte ocorreu no dia 17 de março de 2020. Em pouco tempo a quantidade de infectados e de óbitos decorrentes da Covid-19 cresceu rapidamente. Em meados de outubro de 2020 as estatísticas já apontavam número superior a 5 milhões de infectados com mais de 150 mil óbitos oficialmente confirmados.

Como consequência, é muito provável que haverá um elevado número de ações judiciais reivindicando direitos trabalhistas ou indenizações por responsabilidade civil do empregador propostas pelas vítimas da Covid-19 ou por seus dependentes ou sucessores.

Neste estudo nosso propósito é analisar as hipóteses cabíveis de enquadramento do adoecimento ou morte pela Covid-19 como de natureza ocupacional, bem como indicar as repercussões jurídicas deste enquadramento. Para obter os benefícios da Previdência Social na categoria de acidentários, bem como para fundamentar o pedido de reparação de danos o primeiro passo é conferir se o adoecimento ou a morte pode ser classificado como de natureza ocupacional.

2 ALTERAÇÕES NORMATIVAS APÓS O SURTO DA COVID-19

No Brasil, inicialmente o Ministério da Saúde criou, pela Portaria n. 74 de 27 de janeiro de 2020, um “Grupo de Emergência em Saúde Pública para condução das ações referentes ao novo coronavírus” e pouco tempo depois declarou “Emergência em Saúde Pública de importância nacional em decorrência da infecção Humana pelo novo coronavírus”, com a publicação da Portaria do Ministério da Saúde n. 188, de 3 de fevereiro de 2020.

Logo em seguida, a Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 estabeleceu “as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Essa lei emergencial, entre as suas diversas previsões, disciplinou as figuras do isolamento, da quarentena, da realização compulsória de exames, testes e coletas de amostras. Assegurou também que todas as pessoas afetadas terão direito à informação e a receberem tratamento gratuito, bem como estabeleceu medidas para o funcionamento do serviço público e das atividades essenciais.² Estabeleceu ainda que será considerada falta justificada ao serviço

1 Segundo a OMS “os coronavírus são uma extensa família de vírus que podem causar doenças em animais e humanos. Em humanos, sabe-se que vários coronavírus causam infecções respiratórias que podem variar do resfriado comum a doenças mais graves, como a síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS) e a síndrome respiratória aguda grave (SARS). O coronavírus descoberto mais recentemente causa a doença de coronavírus COVID-19”. Disponível em: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> Acesso em: 26 maio 2020.

2 O Decreto Presidencial n. 10.282, de 20 março de 2020 regulamentou a Lei n. 13.979/2020 para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Esse Decreto foi posteriormente alterado pelos Decretos n.10.292/2020 e 10.329/2020 com mais detalhamento do rol das atividades essenciais para os fins da Lei n.13.979/2020.

público ou privado o período de ausência decorrente das medidas previstas (Art.3º, §3º).

Diante do avanço da Covid-19, o Congresso Nacional aprovou no dia 20 de março de 2020 o Decreto Legislativo n. 6 reconhecendo oficialmente a ocorrência de “estado de calamidade pública”, com efeitos até o dia 31 de dezembro de 2020. Assim, o Governo Federal ficou liberado do cumprimento das metas fiscais previstas na Lei n. 13.898/2019 o que viabilizou diversas concessões extraordinárias no orçamento federal de 2020, por intermédio de Medidas Provisórias, Leis, Decretos e Portarias.

Destacam-se no aspecto trabalhista a Medida Provisória n. 927 que instituiu regras para preservação do emprego e renda, contudo teve curta vigência porquanto não foi convertida em Lei e perdeu vigência no dia 19.07.2020; a Medida Provisória n. 936 que criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda e foi convertida com adaptações na Lei n. 14.020 de 6 de julho de 2020. E a Medida Provisória n. 945, que tratou de medidas temporárias no âmbito do setor portuário, que foi convertida na Lei n. 14.047 de 24 de agosto de 2020.

No dia 7 de maio de 2020 foi aprovada a Emenda Constitucional n. 106 para instituição de regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

Em decorrência do estado de calamidade pública, ao longo deste ano de 2020 muitas outras alterações normativas e regulamentares deverão ocorrer.

3 INSEGURANÇAS E DESAFIOS JURÍDICOS DESTES PERÍODO EMERGENCIAL

Essas mudanças repentinas e reiteradas no ordenamento jurídico em decorrência da pandemia da Covid-19 suscitam muitas interrogações, interpretações variadas e oscilações de entendimentos dos aplicadores do direito. Vislumbra-se, portanto, um cenário próximo de intensas controvérsias e muitos desafios hermenêuticos até consolidar a jurisprudência dessas normas transitórias, instituídas para disciplinar relações jurídicas de um período excepcional.

No primeiro momento o esforço dos responsáveis foi direcionado para prevenir a expansão da doença, ao mesmo tempo que muitos profissionais diligentes estavam empenhados no tratamento dos que foram contaminados. Em seguida, começaram as aflições do recomeço das atividades, com pessoas inseguras, dificuldades financeiras das empresas, desemprego e o ambiente tenso de reconstrução econômica. Mais adiante surgirão as demandas judiciais propostas pelas vítimas em busca de indenizações, com muitas dúvidas sobre a existência dos danos, sua extensão, nexos de causalidade e o cabimento ou não das reparações.

A pandemia do novo coronavírus chegou abruptamente em 2019/2020 e vai marcar uma época, provocando mudanças acentuadas e adaptações inevitáveis do modo de viver, de produzir, de consumir, com muitas repercussões no mundo do trabalho e na regulação dos direitos trabalhistas.

Já se vislumbra nas cogitações do momento que não haverá o desejado retorno ao antigo normal, uma vez que estamos ingressando, inevitavelmente, no desconhecido território de um novo normal. Em vez de continuar percorrendo os caminhos habituais que proporcionavam relativa segurança, teremos que avançar enquanto desbravamos trilhas ignoradas, superando obstáculos, construindo pontes improvisadas com o desconhecido e encontrando soluções adequadas para uma nova etapa civilizatória.

Só mesmo o transcurso do tempo vai permitir organizar as ideias e avaliar com segurança esse marco histórico, representado pelo novo coronavírus que surgiu no início da década de 20, do Século XXI.

4 IMPORTÂNCIA DE CARACTERIZAR A COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL

A Constituição da República confere aos trabalhadores, no art. 7º, XXVIII, o direito aos benefícios do seguro contra acidentes do trabalho, sem excluir a indenização a que o empregador está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Assim, para auferir os benefícios de natureza acidentária junto ao INSS, bem como para veicular a postulação judicial das indenizações por responsabilidade civil em face do empregador deverá o trabalhador que foi vítima do novo Covid-19, primeiramente, demonstrar que aquela ocorrência está prevista em uma das hipóteses que a Lei Previdenciária n.8.213/1991 considera como doença relacionada ao trabalho.

Pela alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 103/2019, o segurado somente terá direito ao valor correspondente a 100% do salário benefício, quando se aposentar por incapacidade permanente em decorrência de acidente do trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho. Nas aposentadorias comuns por incapacidade sem relação com o trabalho, o valor partirá de um piso de 60% do salário de benefício, com o acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos, no caso dos homens, e de 15 anos quando for mulher.³

Também haverá repercussão no valor da fração inicial da pensão por morte, ocorrida a partir de 14 de novembro de 2019, quando decorrente de causa acidentária, cuja renda mensal inicial será correspondente ao valor a que o segurado teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de dez pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100%. Desse modo, considerando que a aposentadoria por incapacidade decorrente de acidente do trabalho, de doença profissional ou doença do trabalho proporciona um benefício maior, também a pensão dos dependentes da vítima nessas circunstâncias terá um valor diferenciado.⁴

Além dessas principais repercussões, há outras consequências que ampliam a importância a respeito da caracterização da doença como de natureza ocupacional, como veremos a seguir.

Se for constatada a espécie ocupacional da Covid-19, a vítima terá direito a continuar recebendo os depósitos do FGTS na sua conta vinculada, durante todo o período de afastamento junto ao INSS, conforme previsto no art. 15, § 5º da Lei n. 8.036/1990.⁵ Além disso, quando ocorrer o afastamento de caráter ocupacional terá o benefício da garantia de emprego pelo prazo mínimo de doze meses, após a cessação do auxílio doença acidentário, de acordo com o que estabelece a Lei de Benefícios da Previdência Social.⁶

Mas não é só. O reconhecimento da natureza ocupacional da Covid-19 dispensa a carência para obtenção de benefícios da Previdência Social, repercute no aumento da

3 Emenda Constitucional n. 103, 12 nov. 2019. Art. 26, §§2º, 3º e 5º. Os critérios desses cálculos foram detalhados na Portaria do INSS n. 450, de 3 de abr. 2020.

4 Emenda Constitucional n. 103, 12 nov. 2019. Art. 23 *caput*, combinado com o art. 26, §§ 2º, 3º e 5º. A Portaria INSS n. 450, de 3 de abr. 2020 esclareceu no art. 47: “Na pensão por morte, o valor do benefício, com fato gerador a partir de 14 de novembro de 2019, será calculado na forma da aposentadoria por incapacidade permanente a que o segurado teria direito na data do óbito, aplicando sobre esse valor a regra de cotas para cada dependente, nos termos fixados pelo art. 23 da EC nº 103, de 2019.”

5 Este dispositivo foi regulamentado pelo art. 28 do Decreto n. 99.684/1990 que estabelece: “Art. 28. O depósito na conta vinculada do FGTS é obrigatório também nos casos de interrupção do contrato de trabalho prevista em lei, tais como: (...) II - licença para tratamento de saúde de até quinze dias; III - licença por acidente de trabalho (...). Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a base de cálculo será revista sempre que ocorrer aumento geral na empresa ou na categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

6 Lei n. 8.213, 24 jul. 1991. “Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

alíquota do seguro de acidente do trabalho pago pelo empregador, pode gerar repercussão criminal, possibilita a lavratura de auto de infração pela Inspeção do Trabalho e pode ensejar ainda o ajuizamento de ação regressiva pela Previdência Social em face do empregador para reembolsar os dispêndios com o pagamento dos benefícios acidentários.

Como se depreende do exposto, haverá sempre uma firme pretensão do empregado no sentido do reconhecimento da Covid-19 como relacionada ao exercício do contrato de trabalho e, por outro lado, uma forte resistência do empregador defendendo que o adoecimento não guarda nexos causal com o trabalho e, portanto, só autoriza a concessão de benefícios de natureza estritamente previdenciária pelo INSS.

Veja-se no quadro abaixo uma síntese das consequências jurídicas para o empregado e para o empregador, decorrentes da caracterização do afastamento como ocupacional (Benefícios acidentários), em comparação com o simples afastamento por doença não relacionada ao trabalho (Benefícios previdenciários):

Consequências jurídicas do enquadramento do evento como de natureza ocupacional	Acidentário	Previdenciário
1. Aposentadoria por incapacidade permanente no valor correspondente a 100% do salário de benefício.	Sim	Não
2. Pensão aos dependentes com valores diferenciados para os casos de mortes por causas ocupacionais	Sim	Não
3. Garantia provisória de emprego — Lei n. 8.213/1991, art. 118.	Sim	Não
4. Depósito do FGTS no período do afastamento — Lei n. 8.036/1990, art. 15, § 5º.	Sim	Não
5. Dispensa período carência para auferir determinados benefícios junto ao INSS — Lei n. 8.213/1991, art. 26.	Sim	Não
6. Majoração da alíquota do seguro de acidente do trabalho — Decreto n. 3.048/1999, art. 202-A.	Sim	Não
7. Possíveis efeitos criminais — Código Penal, arts. 121, 129 e 132; Lei n. 8.213/91, art. 19, § 2º.	Sim	Não
8. Possíveis multas aplicadas pela Inspeção do Trabalho – CLT.	Sim	Não
9. Possível ação regressiva do INSS em face do empregador — Lei n. 8.213/1991, art. 120.	Sim	Não
10. Possível indenização pelo empregador para reparar os danos sofridos pela vítima.	Sim	Não

Considerando a fluência regular das ocorrências, quando o empregador constata que o adoecimento tem relação com o exercício do trabalho, deve cumprir o dever legal de emitir a Comunicação de Acidente do Trabalho-CAT.

Contudo, a falta dessa comunicação por parte do empregador não impede o reconhecimento da natureza ocupacional da doença, tanto pelo mecanismo do nexos técnico epidemiológico quanto por outros meios de provas.

5 EMISSÃO REGULAR DA COMUNICAÇÃO DO ACIDENTE DO TRABALHO - CAT

O primeiro passo para o reconhecimento de qualquer direito trabalhista ao empregado que foi contaminado pela COVID-19, em razão do seu trabalho, é obter a comunicação da ocorrência à Previdência Social.⁷

Com o objetivo de facilitar a concessão rápida dos benefícios e, ainda, diante do caráter social do seguro acidentário, a norma legal atribui primeiramente ao empregador a obrigação de expedir a comunicação do adoecimento ocupacional, ficando dispensada, em princípio, a vítima ou seus dependentes da iniciativa do requerimento. Estabelece a Lei n. 8.213/1991:

Art. 22. A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.

Nesse sentido, a Comunicação do Acidente do Trabalho à Previdência Social deverá ser expedida pela empresa ou pelo empregador doméstico, de acordo com formulário próprio criado pelo INSS,⁸ cujo modelo pode ser obtido pela *Internet* no endereço <https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/comunicacao-de-acidente-de-trabalho-cat/>, sendo que atualmente a remessa deve ser feita preferencialmente no sítio eletrônico da Previdência Social.⁹

Caso a Covid-19 relacionada ao trabalho seja detectada após o desligamento, quando o trabalhador estiver desempregado ou nos exames médicos para admissão em novo emprego, a CAT deverá ser emitida pelo ex-empregador ou pelas pessoas designadas no art. 336, §3º, do Regulamento da Previdência Social, o Decreto n. 3.048/1999.¹⁰

Não cabe à empresa que está promovendo a admissão emitir a CAT porque ainda não é a empregadora do candidato; além disso, não detém informações dos fatos ocorridos no emprego anterior para afirmar que aquele adoecimento guarda nexos etiológicos com o trabalho.

Como já mencionamos, o adoecimento pela Covid-19, pode ser o fato gerador de diversas e sérias consequências jurídicas que se refletem no contrato de trabalho, nos benefícios acidentários, nas ações regressivas promovidas pela Previdência Social, nas diversas indenizações por responsabilidade civil, na Inspeção do Trabalho, no pagamento de indenização de seguros privados que cobrem a morte ou a invalidez permanente e na reação corporativa do sindicato da categoria profissional.

Com receio de tantas repercussões onerosas e diante dos inúmeros questionamentos que a Covid-19 suscita, provavelmente muitos empregadores não vão emitir a CAT, procurando impedir a publicidade do sinistro. Deve-se ponderar também que há situações efetivamente

7 Estabelece o art. 129, II, da Lei n. 8.213/1991 que os litígios e medidas cautelares relativos ao acidente do trabalho serão apreciados na via judicial mediante petição inicial instruída pela prova da efetiva notificação do evento à Previdência Social, por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT.

8 O formulário da CAT e as respectivas instruções de preenchimento estão regulados pela Portaria n. 5.817 de 6 outubro de 1999 e pela Ordem de Serviço INSS/DSS n. 621, de 5 de maio de 1999. Mais recentemente o tema foi tratado pela Instrução Normativa do INSS/PRES. n. 77, de 21 jan. 2015, a partir do art. 327.

9 A Instrução Normativa do INSS/PRES. n. 77, de 21 jan. 2015, prevê no art. 328: "A CAT será registrada preferencialmente no sítio eletrônico: www.previdencia.gov.br ou em uma das Unidades de Atendimento. § 1º A CAT registrada pela Internet é válida para todos os fins perante o INSS."

10 Instrução Normativa do INSS/PRES. n.77, de 21 jan. 2015, art. 330, IV. As pessoas designadas no art. 336, §3º, do RPS são: o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública.

duvidosas que nem mesmo os profissionais da Medicina têm respostas seguras e definitivas, considerando o aparecimento muito recente desta patologia e a inexistência de pesquisas consolidadas a seu respeito.

O legislador com o objetivo de combater a subnotificação, instituiu normas visando a facilitar a comunicação da doença ocupacional e ampliar a sua divulgação entre todos os interessados, para que possam tomar as medidas que entenderem cabíveis. Assim, no caso de omissão ou resistência do empregador, a CAT também pode ser emitida pelo próprio trabalhador, por seus dependentes, pela entidade sindical competente¹¹, pelo médico que o assistiu ou por qualquer autoridade pública, mesmo depois de vencido o prazo fixado para a comunicação pela empresa.¹²

Além disso, passou-se a exigir a emissão em quatro vias, com a seguinte destinação: 1ª via — INSS; 2ª via — segurado ou dependente; 3ª via — sindicato dos trabalhadores; 4ª via — empresa¹³. É dever da empresa remeter as cópias para os destinatários mencionados, bem como informar ao segurado ou aos seus dependentes em qual agência do INSS a CAT foi registrada.

Uma questão difícil, especialmente no caso das doenças ocupacionais, é estabelecer a partir de que momento ou circunstância a emissão da CAT torna-se obrigatória, passando a ser direito do trabalhador e dever do empregador.

Nos últimos anos, nota-se um inconformismo crescente de trabalhadores e sindicatos contra a conduta daquelas empresas que se negam a emitir a CAT, sob alegação de que não existe ainda o *diagnóstico firmado* da doença ocupacional. De fato, se verificarmos o “Manual de Instrução para Preenchimento da CAT” disponível no sítio eletrônico do INSS, publicado por intermédio da Ordem de Serviço INSS/DSS n. 621/1999, há previsão expressa de que “todos os casos com diagnóstico firmado de doença profissional ou do trabalho devem ser objeto de emissão de CAT pelo empregador” e, ainda, de que “no caso de doença profissional ou do trabalho, a CAT deverá ser emitida após a conclusão do diagnóstico.”

Essa norma administrativa está dificultando a emissão da CAT em muitas situações, já que, para diversas doenças relacionadas com o trabalho, é possível formular hipóteses diagnósticas de doenças degenerativas ou do grupo etário ou, ainda, demandar prolongados exames complementares para formular diagnóstico diferencial, retardando em demasia a “conclusão do diagnóstico”. Entendemos, todavia, que referida exigência, além de equivocada, é ilegal, pois contraria a lei. Diz o art. 169 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 6.514/1977:

11 Os sindicatos sempre reclamam de um certo preconceito ou desatenção por parte do INSS, em relação às Comunicações de Acidentes do Trabalho por eles emitidas. Para afastar essa suspeita, a Diretoria de Benefícios do INSS baixou o Memorando Circular n. 48, de 31 de outubro de 2005, esclarecendo aos setores internos que a CAT emitida pelo Sindicato profissional da categoria não pode ser recusada, pois tem o mesmo valor probatório daquela providenciada pela empresa.

12 Lei n. 8.213, de 24 jul. 1991, art. 22, § 2º ou Decreto n. 3.048, de 6 maio 1999, art. 336, § 3º. A Instrução Normativa do INSS/PRES n. 77, de 21 jan. 2015 relaciona no art. 331, § 2º, quais são as autoridades que podem emitir a CAT: “Para efeito do disposto no § 1º deste artigo, consideram-se autoridades públicas reconhecidas para tal finalidade os magistrados em geral, os membros do Ministério Público e dos Serviços Jurídicos da União e dos Estados, os comandantes de unidades militares do Exército, da Marinha, da Aeronáutica e das Forças Auxiliares (Corpo de Bombeiros e Polícia Militar), prefeitos, delegados de polícia, diretores de hospitais e de asilos oficiais e servidores da administração direta e indireta federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, quando investidos de função.”

13 A Ordem de Serviço INSS/DSS n. 621/1999, que aprovou o modelo do formulário da comunicação, estabelecia que a CAT deveria ser emitida com seis vias, sendo a 5ª via para o SUS e a 6ª via para a DRT. No entanto, a Instrução Normativa INSS/DC n. 118/2005 e mais recentemente o art. 329 da Instrução INSS/PRES n. 77/2015 limitaram a emissão às quatro vias indicadas no art. 22, § 1º, da Lei n. 8.213/1991 (INSS, Segurado, Sindicato e Empresa). No caso de óbito, cópia da CAT também deverá ser entregue aos dependentes e à autoridade competente.

Art. 169. Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Assim, a partir do momento em que surge a “suspeita diagnóstica” de doença relacionada ao trabalho, é dever do empregador e direito do empregado a emissão da CAT. De qualquer forma é necessário que haja alguma alteração, algum sintoma ou sinal clínico que possa levar à “suspeita”, para não cair no comportamento excessivo de emissão da CAT pela simples desconfiança ou por mero capricho por parte do empregado.

A redação da NR-7 atualizada pela Portaria do Secretário Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia-SEPRT n. 6.734, de 9 de março de 2020, estabeleceu no item 7.5.19.5:

Constatada ocorrência ou agravamento de doença relacionada ao trabalho ou alteração que revele disfunção orgânica por meio dos exames complementares do Quadro 2 do Anexo I, dos demais anexos desta NR ou dos exames complementares incluídos com base no subitem 7.5.18 da presente NR, caberá à organização, após informada pelo médico responsável pelo PCMSO: a) emitir a Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT; b) afastar o empregado da situação, ou do trabalho, quando necessário;

Aliás, estabelece o Código de Ética Médica, no Capítulo I, que trata dos princípios fundamentais, que “o médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.”¹⁴

Nesse diapasão, a Resolução n. 2.183/2018 do Conselho Federal de Medicina-CFM que trata “das normas específicas para médicos que atendem o trabalhador” estabelece:

Art. 3º Os médicos do trabalho e os demais médicos que atendem os trabalhadores de empresas e instituições, que admitem trabalhadores independentemente de sua especialidade, devem: (...) IV – Notificar, formalmente, o empregador quando da ocorrência ou de sua suspeita de acidente ou doença do trabalho para que a empresa proceda a emissão de Comunicação de Acidente do Trabalho, devendo deixar registrado no prontuário do trabalhador.

Também a Convenção n. 161 da OIT ratificada pelo Brasil estabelece que o pessoal prestador de serviços de saúde no trabalho deverá gozar de independência profissional completa com relação ao empregador, aos trabalhadores e aos seus representantes.¹⁵

A data em que ocorreu o sinistro é facilmente indicada na CAT quando se trata de acidente típico, mas é de difícil apuração nas doenças ocupacionais. Diante da impossibilidade prática de precisar o “momento do adoecimento”, o legislador estabeleceu, por presunção legal, como dia do acidente a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo o que ocorrer primeiro.¹⁶ Como é necessário emitir a CAT quando houver suspeita de doença ocupacional, a data a ser colocada na comunicação será aquela em que o médico formulou a suspeita diagnóstica.

14 Aprovado pela Resolução CFM n. 2.217, de 27 de set. de 2018.

15 Convenção n. 161 da OIT, art. 10. Esta Convenção, que trata dos “Serviços de Saúde no Trabalho”, foi promulgada pelo Decreto n. 127 de 1991 e está em vigor no Brasil desde 18 de maio de 1991.

16 Lei n. 8.213, de 24 jul. 1991, art. 23.

Vale enfatizar que a CAT deverá ser preenchida em todos os casos em que ocorrer doença ocupacional, mesmo que não haja afastamento do trabalho ou incapacidade. Sabe-se, porém, que a subnotificação nos acidentes ou doenças que não acarretam afastamento é grande, até porque é muito difícil o fato ser detectado pela fiscalização.

Além da emissão da CAT, o empregador deverá comunicar a ocorrência do acidente do trabalho ou a doença ocupacional ao Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas – eSocial, conforme disciplinado na Portaria n. 1.195, de 30 out. de 2019, nos mesmos prazos indicados pela lei, conforme acima anotado.

6 ENQUADRAMENTO DA COVID-19 PELO INSS

6.1 Considerações iniciais

Cabe registrar que a simples emissão da CAT não significa automaticamente que houve confissão do empregador quanto à ocorrência de doença ocupacional, porquanto a caracterização oficial do infortúnio é feita pela Previdência Social, depois de verificar o liame causal entre a doença e o trabalho exercido.

O setor de perícia médica do INSS, nos afastamentos superiores a quinze dias, faz análise técnica para conferência do nexos entre o trabalho e o agravo, considerando-se como agravo a lesão, a doença, o transtorno de saúde, distúrbio, disfunção ou síndrome de evolução aguda, subaguda ou crônica, de natureza clínica ou subclínica, inclusive morte, independentemente do tempo de latência.¹⁷ Desse modo, o INSS pode ou não caracterizar a doença que acometeu o trabalhador como de natureza ocupacional, após realizar avaliação do alegado nexos causal da patologia com o trabalho.

Importa esclarecer que para enquadramento da doença como ocupacional não se cogita do elemento subjetivo culpa do empregador ou da vítima. A culpa tem importância no aspecto da responsabilidade civil na Justiça do Trabalho, mas não é considerada para fins de enquadramento da natureza acidentária perante a Previdência Social.

É irrelevante para a caracterização do acidente do trabalho a existência de culpa do segurado ou de seu contratante. Trata-se da aplicação da teoria do risco social, segundo a qual a sociedade arca com o ônus do indivíduo incapacitado, independentemente de quem causou o infortúnio.¹⁸

Do mesmo modo, também não exclui o enquadramento do acidente ou adoecimento a alegação de caso fortuito, ato de terceiro ou motivo de força maior, tanto pela natureza social da cobertura do seguro acidentário quanto pela previsão expressa a respeito constante da Lei de Benefícios da Previdência Social.¹⁹

Para esclarecer os fatos que eventualmente estejam gerando dúvidas quanto ao nexos causal, a perícia médica do INSS poderá ouvir testemunhas, efetuar pesquisa ou realizar vistoria do local de trabalho, bem como solicitar o documento Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) diretamente ao empregador.²⁰

17 Decreto n. 3.048, de 6 maio 1999, art. 337. Conferir também o “Manual Técnico da Perícia Médica Previdenciária” aprovado pela Resolução do INSS n. 637, de 19 de março de 2018.

18 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.523.

19 Lei n. 8.213, de 24 jul. 1991. “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: (...) II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de: (...) c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; (...) e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;”

20 Cf. Instrução Normativa do INSS/PRES. n. 77, de 21 jan. 2015, art. 322.

6.2 A suspensão do art. 29 da MP n. 927/2020 pelo STF

Ao editar a Medida Provisória n. 927/2020²¹ instituindo medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente da Covid-19, o Presidente da República inseriu disposição normativa para estabelecer, como princípio, que essa doença não teria natureza ocupacional. Veja-se o teor do dispositivo: “Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”

Logo após a publicação da referida norma, diversos partidos políticos e confederações de trabalhadores ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), postulando a suspensão do dispositivo por contrariedade à Constituição da República de 1988, porquanto estaria violando direitos fundamentais dos trabalhadores. As ações foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal-STF pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), pela Rede Sustentabilidade (ADI 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354).

O STF, na sessão de julgamento telepresencial do dia 29 de abril de 2020, acolheu a pretensão neste ponto e suspendeu a eficácia do artigo 29 da MP n. 927/2020, pela considerável maioria de 7 votos a favor e apenas 3 votos contrários.

O Ministro do STF Edson Fachin, ao proferir seu voto para considerar inconstitucional o art. 29, sintetizou o entendimento que prevaleceu:

Nas ADIs 6.342, 6.344, 6.346, 6.352 e 6.354, aponta-se a inconstitucionalidade do disposto no artigo 29 da Medida Provisória n. 927/2020 fundada na dificuldade de os empregados comprovarem o nexo causal da doença causada pelo novo coronavírus, considerando o fato notório e consabido de que a transmissão da doença é comunitária e exponencial.

Afirma-se que o regime de responsabilidade estabelecido na norma impugnada exime o empregador de tomar todas as medidas de saúde, higiene e segurança necessárias à proteção dos trabalhadores, afrontando, assim, direito fundamental à redução de riscos inerentes ao trabalho, constantes do artigo 7º, XXII, da CRFB.

Assim está posta a norma impugnada: Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.

Exigir-se que o ônus probatório seja do empregado, diante da infecção e adoecimento pelo novo coronavírus, não se revela como medida adequada e necessária à redução dos riscos dos trabalhadores quanto à doença deflagrada pelo novo coronavírus. Se o constituinte de 1988 reconheceu a redução de riscos inerentes ao trabalho como um direito fundamental social do trabalhador brasileiro, obrigando que os empregadores cumpram normas de saúde, higiene e segurança no trabalho, certamente ele previu que o empregador deveria responsabilizar-se por doenças adquiridas no ambiente e/ou em virtude da atividade laboral.

A previsão de responsabilidade subjetiva parece uma via adequada a justificar a responsabilização no caso das enfermidades decorrentes de infecção pelo novo coronavírus, de forma que se o empregador não cumprir as orientações, recomendações e medidas obrigatórias das autoridades brasileiras para enfrentar a pandemia pelo novo coronavírus, deverá ser responsabilizado.

21 Publicada na edição extra do Diário Oficial da União do dia 22 de março de 2020.

Assim, o ônus de comprovar que a doença não foi adquirida no ambiente de trabalho e/ou por causa do trabalho deve ser do empregador, e, não, do empregado, como estabelece a norma impugnada.

O artigo 29 da Medida Provisória n. 927/2020 afronta o que dispõe o art. 7º, XXII, da CRFB: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, invertendo o ônus probatório no caso específico da infecção por coronavírus.

Diante do que exposto, dirijo do e. Ministro Relator e julgo procedente o pedido de suspensão, por inconstitucionalidade, do art. 29 da Medida Provisória n. 927/2020.²²

Entendemos acertada e oportuna a decisão do STF, uma vez que o temor dos autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade era justificável. O dispositivo como foi redigido criava uma presunção contrária ao enquadramento da Covid-19 como de natureza ocupacional, sobrecarregando a vítima com o difícil ônus de provar o nexo de causalidade. A norma estava indicando para a perícia médica do INSS que todo adoecimento da Covid-19, em princípio, não teria natureza ocupacional, salvo se houvesse prova em sentido contrário. Na falta ou na impossibilidade da prova deveria prevalecer a regra geral da natureza não ocupacional da Covid-19.

Desse modo, mesmo para a situação daquelas vítimas que contraíram a Covid-19 nas diversas atividades com risco acentuado de contágio ou transmissão do novo coronavírus, haveria a necessidade de provar que a doença teve etiologia ocupacional. Estava implícito, também, que um dos propósitos da previsão do art. 29 da MP n. 927/2020 era não sobrecarregar a Previdência Social com o pagamento dos benefícios de natureza acidentária, considerando que esse enquadramento, depois da promulgação da Emenda Constitucional n. 103/2020, gera rendimentos superiores aos benefícios previdenciários, conforme anotamos acima.

Uma vez suspensa a eficácia jurídica do art. 29 mencionado, foi afastada a presunção legal no sentido de que a doença não tem natureza ocupacional. E posteriormente a MP n. 927/2020 perdeu vigência porque não foi convertida em lei no Congresso Nacional. Então, o enquadramento como doença relacionada ou não ao trabalho será verificado considerando o caso concreto, as previsões contidas na Lei n. 8.213/1991 e os ajustes hermenêuticos decorrentes das singularidades dessa nova pandemia. Como indicado no julgamento da Corte Suprema, o grau de risco da exposição ao novo coronavírus, pela natureza da atividade do empregador, cria a presunção da etiologia ocupacional da Covid-19 em favor da vítima.

Vale enfatizar para fins de orientação interpretativa o destaque registrado no julgamento do STF ao direito do empregado à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” como previsto expressamente no art. 7º, XXII, da Constituição da República de 1988. E não se trata de julgamento isolado porque em diversos acórdãos proferidos nos últimos anos a proteção jurídica à saúde do trabalhador vem adquirindo maior acolhimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal.²³

6.3 Como doença ocupacional

Desde a primeira lei acidentária de 1919, as doenças provocadas pelo trabalho são consideradas equivalentes ao acidente do trabalho. O art. 1º do Decreto Legislativo n.

²² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-fachin-adis-referendo-mp-927.pdf> Acesso em: 31 maio 2020.

²³ A maior densidade normativa do art. 7º, XXII, da Constituição da República de 1988 pode ser observada nos julgamentos da ADIs 4.842, em 2016; ADIs 3.937, 3.406, 3.470, 4.066 julgadas em 2017; ADIs 5.938 e RE 828.040 julgados em 2019 e ADIs 6.342, 6.344, 6.346, 6.352, 6.354 e 3.931 julgadas em 2020.

3.724/1919 mencionava a “moléstia contraída exclusivamente pelo exercício do trabalho.” No correr do tempo, a legislação incorporou as doenças profissionais atípicas, que passaram a ser denominadas “doenças do trabalho”, desde a quarta lei acidentária publicada em 1967.

Como adverte Mozart Russomano, o acidente e a enfermidade têm conceitos próprios. A equiparação entre eles se faz apenas no plano jurídico, com efeitos nas reparações e nos direitos que resultam para o trabalhador nos dois casos. Enquanto o acidente é um fato que provoca lesão, a enfermidade profissional é um estado patológico ou mórbido, ou seja, perturbação da saúde do trabalhador.²⁴

A Lei n. 8.213/1991 disciplina atualmente as doenças ocupacionais, com a seguinte redação:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I — doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II — doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Cabe, neste passo, precisar o conceito das três denominações: doença profissional, doença do trabalho e doença ocupacional, já que a lei, como princípio hermenêutico, não contém palavras inúteis.

A doença profissional é aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatia ou ergopatia. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai a silicose. Afirma Tupinambá do Nascimento que, nas tecnopatias, a relação com o trabalho é presumida *juris et de jure*, inadmitindo prova em sentido contrário. Basta comprovar a prestação do serviço na atividade e o acometimento da doença profissional.²⁵ Sinteticamente, pode-se afirmar que doença profissional é aquela típica de determinada profissão.

Por outro lado, a doença do trabalho, também chamada mesopatia ou doença profissional atípica, apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. Nas doenças do trabalho, “as condições excepcionais ou especiais do trabalho determinam a quebra da resistência orgânica com a conseqüente eclosão ou a exacerbação do quadro mórbido, e até mesmo o seu agravamento.”²⁶

Diferentemente das doenças profissionais, as doenças do trabalho não têm nexo causal presumido, exigindo demonstração de que a patologia apareceu em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado.

Como se verifica dessa exposição genérica, a Covid-19 quando relacionada ao trabalho

24 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.350-351. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.350-351.

25 CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá M. *Comentários à nova lei de acidentes do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1977, p.50.

26 OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.2.

tanto poder ser classificada como uma doença profissional, ou seja, aquela que foi “*produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade*”, quanto pode ser enquadrada como doença do trabalho quando se verificar que a enfermidade foi “*adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho foi realizado*”.

Em qualquer dessas duas modalidades a Covid-19 estará caracterizada como doença de natureza “ocupacional” que é o gênero mais próximo que abrange as duas espécies (Doença profissional e do trabalho). Pode-se utilizar também a expressão genérica de “doença relacionada ao trabalho”, como mencionada na redação da NR-7, atualizada pela Portaria SEPRT n. 6.734, de 9 de março de 2020.

Naturalmente que o adoecimento pelo exercício de atividades que expõem ao maior risco de contágio, especialmente daqueles trabalhadores que atuam de alguma forma no diagnóstico, socorro, transporte, tratamento, atividades diversas de apoio e funeral das vítimas da Covid-19, pode ser enquadrado como doença ocupacional pela presunção do nexo causal.

Nesse sentido, a Lista “A” das doenças relacionadas ao trabalho, publicada como Anexo II do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/1999) indica no Campo XXV como agente etiológico ou fatores de risco a exposição ocupacional aos “micro-organismos e parasitas infecciosos vivos e seus produtos tóxicos (exposição ocupacional ao agente e/ou transmissor da doença, em profissões e/ou condições de trabalho especificadas). E relaciona de forma exemplificativa várias doenças: Tuberculose, dengue, febre amarela, hepatites virais, doença pelo vírus da Imunodeficiência Adquirida – HIV, malária etc.).

Com efeito, o adoecimento pelo novo coronavírus quando houver evidência da exposição ao maior risco de contágio, pode ser enquadrado neste campo como doença ocupacional típica, também chamada de doença profissional. Cumpre enfatizar que o próprio Regulamento da Previdência Social (Decreto n.3.048/99) registra no início da Lista das doenças que: “Nota: 1. As doenças e respectivos agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional listados são exemplificativos e complementares”. Isso indica que a lista não é exaustiva, mas apenas exemplificativa.

Também poderá ser caracterizado como ocupacional o adoecimento do empregado que executa outras atividades com menor risco visível de contágio pela Covid-19, mas as condições singulares em que o trabalho foi realizado — sem os cuidados, orientações e treinamentos necessários, bem como pela insuficiência do fornecimento e da reposição dos equipamentos de proteção individual adequados —, propiciaram o contágio da patologia. São as hipóteses da antiga denominação das doenças profissionais atípicas, também chamadas de doenças do trabalho. Reforça este enquadramento a previsão legal no sentido de que “em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho” (Art. 20, § 2º da Lei n. 8.213/1991). E este é mais um fundamento para justificar o caráter apenas exemplificativo da lista das doenças ocupacionais.

6.4 Exceção da doença de natureza endêmica (pandêmica)

Cabe apreciar neste passo a exceção prevista no art. 20, § 1º, alínea “d” da Lei n.8.213/1991 que exclui do enquadramento como ocupacional “*a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.*”

A doença endêmica é aquela que existe em determinada região ou população e que incide de forma constante ou variando a regularidade ao longo do tempo.²⁷ Em princípio, não tem natureza ocupacional porque todos os habitantes daquela região estão suscetíveis ao adoecimento. O sentido lógico é que não é o trabalho a causa do adoecimento, visto que a endemia pode afetar qualquer pessoa habitante daquela localidade. Contudo, é necessário enfatizar que o próprio dispositivo legal contempla uma ressalva importante: “*salvo comprovação de que [a doença] é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.*”

Essa previsão normativa direcionada para a doença endêmica pode ser aplicada também na hipótese da pandemia da Covid-19, cuja base lógica é muito semelhante. A indagação básica é: *a doença é resultante da exposição ao risco determinada pela natureza do trabalho?*

Quando o exercício do trabalho expõe o empregado a um fator de risco de contágio acima do nível da exposição média da população daquela região da endemia ou da pandemia, surge a hipótese do risco criado, em razão da natureza da atividade desenvolvida, gerando o enquadramento da doença como de natureza ocupacional. Observam-se alguns exemplos de hipóteses similares que a própria regulamentação da Previdência Social disciplina.

A infecção pela doença endêmica da febre amarela não tem natureza ocupacional, mas o INSS a enquadra como tal quando ocorre a “exposição ocupacional ao mosquito (*Aedes aegypti*), transmissor do arbovírus da Febre Amarela, principalmente em atividades em zonas endêmicas, em trabalhos de saúde pública, e em trabalhos de laboratórios de pesquisa, entre outros. (Z57.8) (Quadro XXV)”

O adoecimento por dengue em zonas endêmicas não tem natureza ocupacional, contudo deve ser enquadrado como relacionado ao trabalho se ocorrer a “exposição ocupacional ao mosquito (*Aedes aegypti*), transmissor do arbovírus da Dengue, principalmente em atividades em zonas endêmicas, em trabalhos de saúde pública, e em trabalhos de laboratórios de pesquisa, entre outros. (Z57.8) (Quadro XXV)”

A infecção pela malária nas zonas endêmicas, em princípio, não tem relação com o trabalho, mas pode ser caracterizada como ocupacional se ocorrer a “exposição ocupacional ao *Plasmodium malariae*; *Plasmodium vivax*; *Plasmodium falciparum* ou outros protozoários, principalmente em atividades de mineração, construção de barragens ou rodovias, em extração de petróleo e outras atividades que obrigam a entrada dos trabalhadores em zonas endêmicas (Z57.8) (Quadro XXV).”²⁸

6.5 Como contaminação acidental

Outra hipótese de possível enquadramento da Covid-19 como doença ocupacional surgirá quando ocorrer a “contaminação acidental do empregado no exercício da sua atividade”, como previsto no Art. 21, III, da Lei n. 8.213/1991. Essa hipótese ocorre com frequência para o pessoal que atua na área de saúde ou que tenha contato com pacientes, materiais ou objetos utilizados por pacientes infectados. Aliás, é por essa maior probabilidade de contágio que a NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do antigo Ministério do Trabalho indica, no

27 Cf. REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos em saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. Verbetes endemia

28 Exemplos colhidos na Lista B do Grupo I que trata das “Doenças infecciosas e parasitárias relacionadas com o trabalho”, aprovada pelo Decreto nº 6.957/2009 e incluída no Anexo II do Decreto n. 3.048/199, o Regulamento da Previdência Social. A relação das doenças tem suporte legal no art. 20, I, da Lei n. 8.213/1991.

Anexo XIV, a relação das atividades que envolvem agentes biológicos para fins de pagamento do adicional de insalubridade, no grau máximo ou médio.

A Previdência Social já tem rotina bem assentada para enquadramento de diversas doenças como de natureza ocupacional, nas hipóteses de contaminação, valendo também citar alguns exemplos.

A tuberculose pode ser considerada como doença relacionada ao trabalho se houver “exposição ocupacional ao *Mycobacterium tuberculosis* (Bacilo de Koch) ou *Mycobacterium bovis*, em atividades em laboratórios de biologia, e atividades realizadas por pessoal de saúde, que propiciam contato direto com produtos contaminados ou com doentes cujos exames bacteriológicos são positivos (Z57.8) (Quadro XXV)”.

O contágio das hepatites virais pode ser enquadrado como equiparado a acidente do trabalho quando ocorre a “exposição ocupacional ao Vírus da Hepatite A (HAV); Vírus da Hepatite B (HBV); Vírus da Hepatite C (HCV); Vírus da Hepatite D (HDV); Vírus da Hepatite E (HEV), em trabalhos envolvendo manipulação, acondicionamento ou emprego de sangue humano ou de seus derivados; trabalho com ‘águas usadas’ e esgotos; trabalhos em contato com materiais provenientes de doentes ou objetos contaminados por eles. (Z57.8) (Quadro XXV)”

De forma semelhante, a infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Adquirida (HIV) pode ser enquadrada como de natureza acidentária quando houver “exposição ocupacional ao Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), principalmente em trabalhadores da saúde, em decorrência de acidentes pérfuro-cortantes com agulhas ou material cirúrgico contaminado, e na manipulação, acondicionamento ou emprego de sangue ou de seus derivados, e contato com materiais provenientes de pacientes infectados. (Z57.8) (Quadro XXV).”²⁹

6.6 Pelo Nexa Técnico Epidemiológico - NTEP

Os profissionais da área da saúde do trabalhador reclamavam da dificuldade de conseguir a emissão da CAT pelo empregador o que causava uma grande subnotificação, especialmente das doenças ocupacionais. Muitos benefícios eram concedidos pelo INSS como de natureza simplesmente previdenciária, deixando as vítimas sem as vantagens do enquadramento como acidentário.

Para combater os efeitos nocivos da subnotificação, foi instituído pela Lei n. 11.430/2006 o nexa técnico epidemiológico, que determina ao INSS o reconhecimento da doença como de natureza ocupacional, tão somente a partir da constatação da predominância de determinadas doenças em certas atividades econômicas, de acordo com os levantamentos estatísticos oficiais dos últimos anos. Com efeito, foi acrescentando um novo artigo à Lei n. 8.213/1991, cujo teor foi também alterado pela Lei Complementar n. 150/2015:

Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexa técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexa de que trata o caput deste artigo.

²⁹ Exemplos também colhidos da Lista B do Grupo I que trata das “Doenças infecciosas e parasitárias relacionadas com o trabalho”, aprovada pelo Decreto nº 6.957/2009 e incluída no Anexo II do Decreto n. 3.048/1999, o Regulamento da Previdência Social.

§ 2º A empresa ou o empregador doméstico poderão requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso, com efeito suspensivo, da empresa, do empregador doméstico ou do segurado ao Conselho de Recursos da Previdência Social. (NR)

Após a implantação do NTEP desde o ano-base de 2007, a Previdência Social passou a publicar também a estatística dos acidentes do trabalho reconhecidos sem a emissão da CAT pelo empregador. Para mensurar a importância desta mudança, basta mencionar que somente nos últimos 5 anos de estatísticas oficiais publicadas pela Previdência Social (2013 a 2018) foram reconhecidos 735.515 benefícios como de natureza ocupacional, sem a emissão da CAT pelo empregador, apenas considerando a presunção instituída pelo Nexo Técnico Epidemiológico.

O cálculo do Fator Acidentário de Prevenção-FAP é feito a partir da base de dados dos benefícios previdenciários, levando-se em conta os índices de frequência, gravidade e custo, conforme especificam os arts. 202-A e 202-B do Regulamento da Previdência Social, após as alterações promovidas pelos Decretos ns. 6.042/2007, 6.957/2009 e 7.126/2010. Vale registrar que foi arguida no STF a inconstitucionalidade da inovação do NTEP, no entanto, a ação foi recentemente julgada improcedente, confirmando o acerto do legislador. Vejam a ementa do julgado:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 21-A da Lei n. 8.213/1991 e §§ 3º e 5º a 13 do art. 337 do Regulamento da Previdência Social. Acidente de trabalho. Estabelecimento de nexo entre o trabalho e o agravo pela constatação de relevância estatística entre a atividade da empresa e a doença. Presunção da natureza acidentária da incapacidade. Ausência de ofensa ao inc. XIII do art. 5º, ao inc. XXVIII do art. 7º, ao inc. I e ao § 1º do art. 201 da Constituição da República. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. 1. É constitucional a previsão legal de presunção de vínculo entre a incapacidade do segurado e suas atividades profissionais quando constatada pela Previdência Social a presença do nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, podendo ser elidida pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social se demonstrada a inexistência. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF. Pleno. ADI n. 3.931, Rel. Ministra Cármen Lúcia, *DJe* 12 de maio 2020).

Além de poder apurar se a atividade que o acidentado exercia tem um grau de risco de acidente do trabalho considerado leve, médio ou grave, conforme previsto no art. 22, II, da Lei n. 8.212/1991 e Anexo V do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/1999), é possível verificar se o “Fator Acidentário de Prevenção” daquela empresa a coloca num grau de risco acima ou abaixo da média da respectiva atividade econômica. É possível, portanto, obter duas informações relevantes: a do risco inerente, com base no potencial de risco da atividade, e a do risco criado, apurado a partir da sinistralidade específica daquele empregador, ou seja, quando o FAP da empresa estiver acima da média da respectiva atividade econômica. A Súmula n. 351 do STJ reforça esse entendimento: “A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro.”

Diante do exposto, é também possível enquadrar o adoecimento pela Covid-19 como doença ocupacional pela utilização do Nexo Técnico Epidemiológico, mormente quando for ajustada a matriz da Classificação Nacional de Atividades Econômicas-CNAE para contemplar essa patologia.

6.7 Como concausa

A Covid-19 pode também ser enquadrada como ocupacional ainda que o trabalho tenha apenas contribuído para o adoecimento, pela conjugação de uma causa laboral com outra causa de natureza extralaboral.

A primeira lei acidentária de 1919 só admitia o acidente do trabalho ou doença profissional originados de causa única; todavia, desde o Decreto-Lei n. 7.036/1944, passou a ser admitida a teoria das concausas. A legislação atual (Lei n. 8.213/1991) tem previsão expressa admitindo a concausa:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para os efeitos desta Lei: I — o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

Importa mencionar que as doenças ocupacionais estão incluídas no conceito amplo de acidente do trabalho, conforme expressamente prevê o *caput* do art. 20 da Lei n. 8.213/1991. A Emenda Constitucional n. 103/2019, que promoveu a chamada reforma da previdência, preferiu indicar por extenso as espécies equivalentes quando mencionou no art. 26, § 3º, a aposentadoria por incapacidade permanente decorrente “de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho.)

Ensina Cavalieri Filho que a “concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre adequadamente para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal.”³⁰

As concausas podem ocorrer por fatores preexistentes, supervenientes ou concomitantes com aquela causa que desencadeou o acidente ou a doença ocupacional. Vale transcrever nesse sentido a lição de Antônio Lopes Monteiro:

Em outras palavras, nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou doença. Pode haver a conjugação de outros fatores — concausas. Uns podem preexistir ao acidente — concausas antecedentes; outros podem sucedê-lo — concausas supervenientes; por fim, há, também, os que se verificam concomitantemente — concausas simultâneas. Exemplo do primeiro caso é o diabético que venha a sofrer um pequeno ferimento que para outro trabalhador sadio não teria maiores consequências. Mas o diabético falece devido à intensa hemorragia causada. Temos assim uma morte para a qual concorre o acidente associado a um fator preexistente, a diabete. Já os fatores supervenientes verificam-se após o acidente do trabalho ou da eclosão da doença ocupacional. Se de um infortúnio do trabalho sobrevierem complicações como as provocadas por micróbios patogênicos (estafilococos, estreptococos etc.) determinando, por exemplo, a amputação de um dedo ou até a morte, estaremos diante de uma concausa superveniente. As causas concomitantes, por sua vez, coexistem ao sinistro. Concretizam-se ao mesmo tempo: o acidente e a concausa extralaborativa. O exemplo típico é a disacusia (PAIR), da qual é portador um tecelão de cinquenta anos. A perda auditiva é consequência da exposição a dois tipos de ruído concomitantes: o do ambiente do trabalho, muitas vezes elevado durante vinte ou trinta anos, e, durante o mesmo tempo, o do fator etário (extralaborativo): concausa simultânea.³¹

30 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.71.

31 MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.19-20.

O “Manual de Acidente do Trabalho” adotado pela Resolução INSS n. 535/2016 conceitua como concausa “o conjunto de fatores, preexistentes ou supervenientes, suscetíveis de modificar o curso natural do resultado de uma lesão. Trata-se da associação de alterações anatômicas, fisiológicas ou patológicas que existiam ou possam existir, agravando um determinado processo.” E na sequência do conceito esclarece: “O primeiro critério a ser considerado para definição da concausalidade é a modificação da história natural da doença, aquilo que o próprio conceito chama de curso natural do resultado de uma lesão ou doença. Assim, quando um determinado agente não levar à modificação da história natural da doença, ou quando forem verificados em seu quadro fatores exclusivamente ligados ao processo natural de envelhecimento, não será considerada a concausalidade.”

A doença oriunda de causas múltiplas não perde o enquadramento como patologia ocupacional, se houver pelo menos uma causa laboral que contribua diretamente para o seu aparecimento ou agravamento, conforme prevê o dispositivo legal retrocitado. Desse modo, a aceitação normativa da etiologia multicausal não dispensa a existência de uma causa eficiente, decorrente da atividade laboral, que “*haja contribuído diretamente*” para o adoecimento, ou seja, para que haja o reconhecimento da concausa é imprescindível constatar a contribuição de algum fator causal de natureza ocupacional.

No âmbito da lei previdenciária, na apreciação da concausa, aplica-se a teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, como ocorre no Direito Penal, pois tudo o que concorre para o adoecimento é considerado causa, sem distinção entre causa e condição.³² Para a Previdência Social não há necessidade de se precisar qual das causas foi aquela que efetivamente gerou a doença, como ocorre na aplicação da teoria da causalidade adequada no campo da responsabilidade civil, pois todas as condições ou causas têm valoração equivalente. Conforme previsto no art. 21, I, da Lei n. 8.213/1991, é necessário apenas que a causa laboral contribua diretamente para a doença, mas não que contribua decisivamente.

Além disso, o acolhimento já pacificado da concausa na lei acidentária está em sintonia com a finalidade do seguro social do ramo da infortunística, cujo propósito explícito é o de dar maior cobertura para o trabalhador.

Ao finalizar este tópico, cabe mencionar a questão controvertida a respeito do grau de contribuição do trabalho na formação do nexos concausal do adoecimento. Se o dano resultou da interação de fatores laborais e extralaborais (concausa), qual deve ser a consequência jurídica quando as provas demonstrarem as diferentes intensidades da contribuição do trabalho exercido pela vítima? O fator laboral pode ter contribuído de forma discreta, moderada ou intensa juntamente com os fatores extralaborais que provocaram o acidente ou a doença ocupacional.

Na Previdência Social, portanto, basta que o trabalho tenha contribuído diretamente para ensejar o enquadramento do evento como de natureza acidentária, independentemente do grau dessa contribuição. Se o trabalho atuou como concausa é o suficiente para o pagamento integral dos benefícios acidentários previstos na Lei n. 8.213/1991, em sintonia com os objetivos sociais do seguro. Não há na lei, doutrina ou jurisprudência previdenciária preocupação alguma em mensurar a intensidade da participação de cada fator concausal.

Por outro lado, na seara da responsabilidade civil, o grau da contribuição do trabalho como fator concausal nos acidentes ou nas doenças ocupacionais deve ser considerado, gerando repercussões no arbitramento dos valores indenizatórios.

32 OPTIZ, Oswaldo; OPTIZ, Sílvia. *Acidentes do trabalho e doenças profissionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.26.

6.8 Como doença não ocupacional

Não cabe enquadramento da Covid-19 como de natureza ocupacional quando o adoecimento não tiver ligação alguma com o exercício da atividade do trabalhador. Nessa hipótese, a doença apenas apareceu na vigência do contrato de trabalho, mas não foi por causa dele desencadeada ou produzida, nem mesmo na modalidade de concausa. Foi apenas diagnosticada no trabalho, mas não teve o exercício do trabalho como fator etiológico; em suma, apareceu “no” trabalho, mas não “pelo” trabalho.

Como o INSS garante aos seus segurados cobertura das prestações nos afastamentos por todos os tipos de acidentes ou adoecimentos, havendo ou não nexos causal com o trabalho, o regulamento da Previdência Social registra um conceito genérico de acidente de qualquer natureza, sem as amarras da definição de acidente do trabalho, para os afastamentos sem relação com a prestação dos serviços, qual seja: “*Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.*”³³ Nessa hipótese, porém, o trabalhador ou seus dependentes terão direito somente aos benefícios previdenciários, não havendo espaço para postular indenizações em face do empregador, uma vez que o evento não se enquadra na definição normativa de acidente do trabalho.

7 RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA O ENQUADRAMENTO

As diferenças dos direitos conferidos às vítimas, especialmente pelas modificações promovidas pela Emenda Constitucional n. 103/2019, mencionada no tópico 4 acima, deverão gerar muitos recursos administrativos junto ao INSS ou mesmo ações na Justiça Comum para tentar conseguir o enquadramento do adoecimento como de natureza ocupacional.

Assim, quando o segurado discordar do enquadramento da Covid-19 realizado pela Previdência Social, poderá interpor recurso administrativo, isto é, tentar modificar a decisão no âmbito do próprio INSS, antes de ingressar com ação perante o Poder Judiciário. Pode-se dizer, portanto, que o recurso administrativo é o remédio jurídico disponível ao segurado para provocar o reexame de uma decisão, na esfera administrativa, pela mesma autoridade ou por outra de hierarquia superior.

Essa prerrogativa do segurado tem respaldo na Constituição da República, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, a possibilidade de petição aos Poderes Públicos³⁴ em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou o abuso de poder e que assegura também aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.³⁵ Tem apoio, ainda, no art. 126 da Lei n. 8.213/1991³⁶ e na Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O detalhamento dos trâmites processuais do recurso administrativo pode ser verificado no Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).³⁷

33 Decreto n. 3.048, de 6 maio de 1999, art. 30, parágrafo único.

34 O INSS, que ainda detém o monopólio do seguro de acidente do trabalho, enquadra-se juridicamente como autarquia federal.

35 Constituição da República, de 5 out. 1988. Art. 5º, Incisos XXXIV e LV.

36 Lei n. 8.213, de 24 julho de 1991, art. 126: “Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento.”

37 O Regimento Interno do CRPS, que vigora atualmente, foi aprovado pela Portaria MDSA n. 116, de 20 de março de 2017.

Se o INSS, por exemplo, entender que a doença que acarretou o afastamento é de natureza degenerativa, sem nexos causal com o trabalho, e conceder ao segurado apenas o auxílio-doença previdenciário comum (código B.31), este poderá interpor recurso administrativo para tentar comprovar que a doença eclodiu em razão das tarefas exercidas, com agravamento em decorrência das condições inadequadas de trabalho, pelo que deveria receber o auxílio-doença por acidente do trabalho (código B.91).

A primeira decisão do INSS quanto ao enquadramento ou não do evento como acidente do trabalho é tomada na Agência da Previdência Social (APS), onde foram registrados a CAT e o requerimento do benefício por incapacidade. Se a perícia médica desta Agência entender que não há nexos causal do evento com o trabalho, o segurado poderá interpor recurso ordinário no prazo de 30 dias para a Junta de Recursos do CRPS, que é considerada a primeira instância administrativa.³⁸

Por outro lado, a empresa também poderá recorrer da decisão do INSS, com efeito suspensivo, conforme prevê o art. 337, §13, do Decreto n. 3.048/1999, com as modificações introduzidas pelo Decreto n. 6.042/2007. Conforme ocorre com os recursos em geral, o interessado deverá expor detalhadamente as razões do seu inconformismo, e o INSS, ao julgar o apelo, tem o dever de mencionar os fundamentos da decisão.

Uma vez apresentado o recurso, novo exame do nexos causal será feito. Se a conclusão for favorável ao segurado, comprovando o nexos, imediatamente será concedido o direito postulado, ficando dispensado o pronunciamento da Junta de Recursos; porém, se o parecer médico mantiver a decisão anterior, o processo seguirá para julgamento na JRPS.³⁹

Na etapa de instrução do processo administrativo, o recorrente poderá juntar documentos, atestados, exames complementares e pareceres médicos, requerer diligências ou perícias, aduzir alegações, sendo que os elementos probatórios deverão ser considerados nos fundamentos da decisão.⁴⁰ Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.⁴¹ Se os conselheiros da Junta de Recursos entenderem que a instrução processual está incompleta, poderão converter o julgamento em diligência para produção de novas provas, sendo que é vedado ao INSS escusar-se de cumprir as diligências solicitadas.⁴²

Não cabe apelo da decisão das Juntas de Recursos para as Câmaras de Julgamento (segunda instância) quando se tratar de matéria exclusivamente médica relativa aos benefícios de auxílio-doença e houver convergência entre os pareceres da Assessoria Técnico-Médica

38 Tem sido aceito em algumas APS o pedido de revisão do nexos causal por simples requerimento do segurado, antes mesmo da interposição de recurso para a JRPS, especialmente quando o segurado acrescenta documento ou exame convincente, oferecendo subsídios para o médico perito reanalisar a conclusão anterior. Essa postura tem suporte na garantia constitucional do direito de petição (art. 5º, XXXIV), tanto que a Portaria MDSA n. 116/2017, estabelece no art. 34 que: "O INSS pode, enquanto não tiver ocorrido a decadência, reconhecer expressamente o direito do interessado e reformar sua decisão, observado o seguinte procedimento: I — quando o reconhecimento ocorrer na fase de instrução do recurso ordinário o INSS deixará de encaminhar o recurso ao órgão julgador competente; II — quando o reconhecimento ocorrer após a chegada do recurso no CRSS, mas antes de qualquer decisão colegiada, o INSS deverá encaminhar os autos ao respectivo órgão julgador, devidamente instruído com a comprovação da reforma de sua decisão e do reconhecimento do direito do interessado, para julgamento do mérito. III — quando o reconhecimento ocorrer após o julgamento da Junta de Recursos ou da Câmara de Julgamento, o INSS deverá encaminhar os autos ao órgão julgador que proferiu a última decisão, devidamente instruído com a comprovação da reforma de sua decisão e do reconhecimento do direito do interessado, para que, se for o caso, seja proferida nova decisão. Parágrafo único. Na hipótese de reforma parcial de decisão do INSS, o processo terá seguimento em relação à questão objeto da controvérsia remanescente."

39 Cf. Decreto n. 3.048, de 6 maio de 1999, art. 305, § 3º.

40 Cf. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 38, bem como Portaria MDSA n. 116/2017, art. 37.

41 Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 38, § 2º.

42 Decreto n. 3.048, de 6 de maio 1999. Art. 308, § 2º e Instrução Normativa INSS/PRES. n. 77, de 21 de janeiro de 2015, art. 549.

e os laudos emitidos pelos Médicos Peritos do INSS. Essas questões são consideradas pelo INSS como matérias de alçada exclusiva da primeira instância administrativa, ou seja, das Juntas de Recursos.⁴³

É oportuno mencionar que a tramitação do recurso administrativo, por expressa determinação legal, deve obedecer aos princípios jurídicos fundamentais do processo em geral e do Direito Administrativo, sob pena de nulidade, tais como: princípio da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.⁴⁴ Em sintonia com tais princípios, é pacífico o entendimento de que o INSS, percebendo seu eventual equívoco, pode, a qualquer tempo, reformar sua própria decisão, especialmente diante da relevância e da natureza dos benefícios acidentários e/ou previdenciários.⁴⁵

Se a decisão do processo administrativo for desfavorável ao segurado, resta-lhe a possibilidade de ver atendida sua pretensão de enquadramento da natureza ocupacional da doença pela via judicial, conforme veremos no item seguinte.

8 AÇÃO JUDICIAL CONTRA O ENQUADRAMENTO

A interposição de recurso administrativo não impede o ajuizamento de ação judicial posteriormente, caso a decisão do INSS, rejeitando o enquadramento do evento como acidente do trabalho, não seja convincente para o segurado. Todavia, se, durante a tramitação do processo administrativo, houver ajuizamento de ação com o mesmo objeto, considera-se que houve renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.⁴⁶

Após a Lei n. 5.316/1967, firmou-se o entendimento no STF de que o ajuizamento da ação acidentária só seria possível depois de esgotadas as possibilidades de recurso na esfera administrativa perante a Previdência Social.⁴⁷ Em decorrência das diversas mudanças legislativas posteriores, instalou-se acesa controvérsia doutrinária e jurisprudencial se permanecia tal exigência. No entanto, desde a Constituição de 1988 a discussão perdeu intensidade, porquanto restou consagrado que lei alguma pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito.⁴⁸ Atualmente, a matéria está pacificada no STJ pelo entendimento adotado pela Súmula n. 89: *A ação acidentária prescinde do esgotamento da via administrativa*, sendo que o próprio STF já deixou de aplicar a Súmula n. 552.⁴⁹

A ação judicial contra o enquadramento será ajuizada em face do INSS, perante a Justiça Comum estadual, juntando-se com a inicial, sempre que possível, a prova da emissão da CAT e sua remessa à Previdência Social.⁵⁰ Naturalmente que todos os dados e exames realizados perante o INSS serão juntados no processo judicial, mas a perícia médica agora será realizada por profissional habilitado independente, de livre escolha do juiz, sem vinculação com as

43 Cf. Portaria MDSA n. 116/2017, art. 30, § 2º.

44 Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 2º.

45 Cf. Decreto n. 3.048, de 6 maio de 1999, art. 305, § 3º e Portaria MDSA n. 116/2017, art. 34.

46 Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, art. 126, §3º.

47 STF. Súmula n. 552: "Com a regulamentação do art. 15, da Lei n. 5.316/67, pelo Decreto n. 71.037/72, tornou-se exequível a exigência da exaustão da via administrativa antes do início da ação de acidente do trabalho."

48 Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, art. 5º, XXXV.

49 No julgamento do RE n. 91.742 (RTJ 93/911), a Primeira Turma do STF, conhecendo e dando provimento ao recurso, entendeu que a Súmula n. 552 está superada com o advento da Lei n. 6.367/1976. Nesse sentido, veja também RE n. 87.160 (RTJ 98/1107).

50 Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, art.129.

conclusões do processo administrativo. Se o Judiciário acolher o pedido do acidentado, o INSS, após o trânsito em julgado da sentença, deverá rever seu enquadramento, concedendo o benefício na categoria acidentária.

9 ENQUADRAMENTO OCUPACIONAL DA COVID-19 MESMO SEM A EMISSÃO DA CAT

A não emissão da CAT pelo empregador, apesar de dificultar, não impede o enquadramento do evento como relacionado ao trabalho perante o Judiciário.

Segundo o art. 129 do Código Civil de 2002, reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer. O enquadramento judicial perante a Justiça do Trabalho visa a obter os benefícios trabalhistas do enquadramento da doença como relacionada ao trabalho, tais como: garantia provisória de emprego, depósitos do FGTS do período de afastamento ou indenizações pelos danos decorrentes da Covid-19.

Verificando-se pelas provas dos autos que ocorreu a hipótese legalmente classificada como doença ocupacional, são reconhecidos pela sentença todos os efeitos jurídicos, como se a CAT tivesse sido regularmente emitida:

Súmula TST 378 - Estabilidade provisória. Acidente do trabalho. Art. 118 da Lei n. 8.213/1991. I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

Acidente de trabalho. Estabilidade. Dano moral. O empregado que sofre acidente de trabalho faz jus à estabilidade. Restou consignado na decisão matriz que a lesão sofrida pelo réu guarda relação de causalidade com a execução do contrato de trabalho, além de ter sido constatada a culpa da autora. In casu, a reintegração do reclamante ao emprego foi determinada em virtude do reconhecimento da existência de doença profissional equiparada a acidente de trabalho, muito embora não tenha ocorrido a emissão de CAT. Sendo assim, tem-se que o empregado detém estabilidade provisória independentemente do recebimento de auxílio-doença acidentário, nos termos da parte final do item II da Súmula 378 do TST. Por fim, presentes os requisitos da responsabilidade subjetiva da empregadora o reclamante faz jus a indenização por dano moral." TST. 2ª Turma. RR n. 80600-85.2006.5.02.0464, Rel.: Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 8 set. 2017.

Acidente do trabalho. Garantia provisória no emprego. Atraso na emissão da CAT. Omissão do empregador. O entendimento jurisprudencial atual e iterativo desta Corte superior é no sentido de que a ausência de percepção do auxílio-doença acidentário não se constitui em óbice à garantia provisória no emprego, quando evidenciado, na instância de prova, que o empregador deliberadamente deixou de, na época própria, emitir o Comunicado de Acidente do Trabalho — procedimento a que estava obrigado, na forma da lei. Reconhecido, em face dessa circunstância, o direito à indenização compensatória, porque exaurido o período da estabilidade assegurada no art. 118 da Lei n. 8.213/91, resultam incólumes os dispositivos de lei indicados pela recorrente. Recurso de revista não conhecido." TST. 1ª Turma. RR n. 155000-87.2011.5.17.0008, Rel.: Ministro Lélio Bentes Corrêa, DJ 29 ago. 2014.

É pertinente anotar que durante a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em Brasília em novembro de 2007⁵¹, foram aprovados dois importantes Enunciados a respeito das consequências jurídicas da não emissão da CAT:

Enunciado 42. Acidente do trabalho. Nexo técnico epidemiológico. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT — Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexos técnico epidemiológico, conforme art. 21-A da Lei n. 8.213/91.

Enunciado 43. Estabilidade acidentária. Ausência de emissão da CAT. A ausência de emissão da CAT — Comunicação de Acidente do Trabalho pelo empregador não impede o direito à estabilidade do art. 118 da Lei n. 8.213/91, desde que comprovado que o trabalhador deveria ter se afastado em razão do acidente por período superior a quinze dias.

10 CONCLUSÃO

A pandemia do novo coronavírus chegou abruptamente em 2019/2020 e vai marcar época, provocando mudanças acentuadas e adaptações inevitáveis no modo de viver, de produzir, de consumir, com muitos reflexos no mundo do trabalho e na regulação dos direitos trabalhistas.

Diante da quantidade acentuada de vítimas e das diversas repercussões que a Covid-19 pode causar (morte, incapacidade permanente, incapacidade parcial com sequelas definitivas, transtornos mentais diversos etc.), é provável que haverá também um elevado número de ações judiciais reivindicando indenizações por responsabilidade civil do empregador, propostas pelas vítimas ou por seus dependentes ou sucessores.

Tanto para auferir os benefícios de natureza acidentária junto ao INSS, quanto para veicular a postulação judicial das indenizações por responsabilidade civil em face do empregador, deverá o trabalhador que foi vítima da Covid-19, primeiramente, demonstrar que aquela ocorrência está prevista em uma das hipóteses que a Lei Previdenciária n. 8.213/1991 considera como doença relacionada ao trabalho. Então, será necessário verificar se o adoecimento pela Covid-19 pode ser ou não enquadrado como doença de natureza ocupacional, equiparada ao acidente do trabalho.

Este tema tende a ganhar muita visibilidade considerando que o enquadramento da patologia como ocupacional resultará em diversos direitos diferenciados para a vítima e em maior custo e responsabilidades para o empregador e para a Previdência Social. Assim, a natureza acidentária da Covid-19 gera benefícios concedidos pelo INSS com valores superiores, pode gerar garantia provisória do emprego, depósito do FGTS do período de afastamento e indenizações por responsabilidade civil do empregador, além de outras consequências.

Diante da controvérsia que o tema suscita, o Governo Federal editou a Medida Provisória 927/2020 cujo art. 29 estabelecia que a contaminação pela Covid-19 não seria considerada ocupacional, exceto mediante comprovação do nexos causal. O STF, contudo, acertadamente, reputou que este dispositivo era inconstitucional na sessão de julgamento telepresencial realizada no dia 29 de abril de 2020.

51 A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho foi realizada no mês de novembro de 2007, nas dependências do TST em Brasília, mediante promoção conjunta da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT). Mais detalhes dessa Jornada estão disponíveis em: www.anamatra.org.br/jornada/index.cfm.

Desse modo, a caracterização ou não do adoecimento pela Covid-19 como ocupacional vai depender do caso concreto, da natureza do trabalho prestado, da maior ou menor exposição ao risco de contágio, conforme restar comprovado na instrução processual. Como descrevemos nos tópicos acima, a Covid-19 tanto pode ser caracterizada como doença do trabalho típica, como contaminação acidental no trabalho ou pelo critério do nexu técnico epidemiológico.

Trata-se de situação nova, com implicações diversas e precária regulamentação. As principais controvérsias somente serão pacificadas após a construção paulatina da doutrina e a sedimentação da jurisprudência nos Tribunais Superiores.

REFERÊNCIAS

BRASIL Ministério da Previdência e Assistência Social. *Portaria nº 5.817, de 06 de outubro de 1999*. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [1999] Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.195-de-30-de-outubro-de-2019-224742577>. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL Ministério da Previdência e Assistência Social. *Portaria nº 74, de 27 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre a criação de Grupo de Emergência em Saúde Pública para condução das ações referentes ao Novo Coronavírus (NCoV). Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2020] Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-74-de-27-de-janeiro-de-2020-*240407595. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n 10.282, de 20 de março de 2020*. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília: DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm#:~:text=D10282&text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.979,p%C3%BAblicos%20e%20as%20atividades%20essenciais.&text=Art.%201%C2%BA%20Este%20Decreto%20regulamenta,p%C3%BAblicos%20e%20as%20atividades%20essenciais. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n 7.036, de 10 de novembro de 1944 (Revogado)*. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Rio de Janeiro: RJ: Presidência da República, [1944]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7036.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 10.292 de 25 de março de 2020*. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília: DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10292.htm#art1. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 127, de 22 de maio de 1991*. Promulga a Convenção nº 161, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativa aos Serviços de Saúde do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-127-22-maio-1991-342965-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Promulga%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20161,Servi%C3%A7os%20de%20Sa%C3%BAde%20do%20Trabalho>. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919*. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1919]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 6, de 20 de março 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 6.042, de 12 de fevereiro de 2020*. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 6.957, de 09 de setembro de 2009*. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, no tocante à aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6957.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 99.684, de 8 de novembro de 1990*. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d99684.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Emenda constitucional n. 106, de 7 de maio de 2020*. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20106%2C%20DE%207%20DE%20MAIO%20DE%202020&text=Institui%20regime%20extraordin%C3%A1rio%20fiscal%2C%20financeiro,do%20C%27%203%2C%20do%20art. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Entidades de Fiscalização do Exercício das Profissões Liberais/Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 2.217, de 27 de set. de 2018*. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2018] Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Entidades de Fiscalização do Exercício das Profissões Liberais/Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 2.183, de 21 de junho de 2018*. Dispõe de normas específicas para médicos que atendem o trabalhador. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2018] Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015*. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.329, de 28 de abril de 2020*. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10329.htm#art1. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.430, de 26 de dezembro de 2006*. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social; e revoga a Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006; dispositivos das Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.444, de 20 de julho de 1992, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e a Lei nº 10.699, de 9 de julho de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11430.htm Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.898, de 11 de novembro de 2019*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13898.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 14.020 de 6 de julho de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.020-de-6-de-julho-de-2020-265386938> Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 14.047 de 24 de agosto de 2020*. Dispõe sobre medidas temporárias para enfrentamento da pandemia da Covid-19 no âmbito do setor portuário, sobre a cessão de pátios da administração pública e sobre o custeio das despesas com serviços de estacionamento para a permanência de aeronaves de empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros em pátios da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); e altera as Leis nºs 9.719, de 27 de novembro de 1998, 7.783, de 28 de junho de 1989, 12.815, de 5 de junho de 2013, 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e 10.233, de 5 de junho de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14047.htm Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.367, de 19 de outubro de 1976*. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1976]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6367.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977*. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm#:~:text=Altera%20o%20Cap%C3%ADtulo%20V%20do,trabalho%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020 (vigência encerrada)*. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, convertida na Lei nº 14.020, de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais/Secretaria de Comércio Exterior. *Memorando circular nº 48, de 14 de agosto de 2019*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. *Portaria nº 1.195, de 30 de outubro de 2019*. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2019] Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.195-de-30-de-outubro-de-2019-224742577>. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Previdência Social/ Instituto Nacional do Seguro Social. *Instrução Normativa n. 77, de 21 jan. 2015*. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2015]. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro. *Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020*. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2020] Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. *Portaria nº 116, de 20 de março de 2017*. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2017] Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20120437/do1-2017-03-23-portaria-n-116-de-20-de-marco-de-2017--20120090. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Resolução do INSS n. 637, de 19 de março de 2018*. Aprova o Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária, Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2018] Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/7176076/do1-2018-03-20-resolucao-n-637-de-19-de-marco-de-2018-7176072. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Resolução INSS n. 535, de 5 de maio de 2016*. Aprova o Manual de Acidente do Trabalho, Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [2016] Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22795775/do1-2016-05-06-resolucao-n-535-de-5-de-maio-de-2016-227957316. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Gabinete do Ministro. *Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214 de 08 de junho de 1978*. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Diário Oficial Da União, Brasília: DF. [1978]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9CFA236F73433A3AA30822052EF011F8.proposicoesWebExterno1?codteor=309173&filename=LegislacaoCitada+-INC+5298/2005. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Previdência Social. *Ordem de Serviço INSS/DSS n. 621, de 5 de maio de 1999*. Aprova o manual de instruções para preenchimento do novo formulário de Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT). Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Súmula n. 552*. Com a regulamentação do art. 15 da Lei 5.316/1967, pelo Decreto 71.037/1972, tornou-se exequível a exigência da exaustão da via administrativa antes do início da ação de acidente do trabalho. Diário da Justiça: 5-1-1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342*. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 11-11-2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880968> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.344*. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 12-11-2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206344%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.346*. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 12-11-2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206346%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.352*. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 11-11-2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436233/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.354*. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 11-11-2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436241/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.842*. Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno, DJ 08-08-2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371358/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937*. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 01-02-2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397317/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406*. Relator: Rosa Weber. Tribunal Pleno, DJ 01-02-2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470*. Relator: Rosa Weber. Tribunal Pleno, DJ 01-02-2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066* Relator: Rosa Weber. Tribunal Pleno, DJ 07-03-2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381361/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938*. Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, DJ 23-09-2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411450/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.931*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, DJ 15-05-2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423452/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 828.040*. Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, DJ 12-03-2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427391/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 87.160*. Relator: Min. Cunha Peixoto. 1ª Turma, DJ 14-09-1979. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur52642/false>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 91.742*. Relator: Min. Rafael Mayer. 1ª Turma, DJ 21-12-1979. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199624/false>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342*. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 11-11-2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436234/false> Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 155000-87.2011.5.17.0008*. Relator: Ministro Lélío Bentes Corrêa. 1ª Turma, DJ 29 ago. 2014. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=155000&digitoTst=87&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0008&submit=Consultar>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 80600-85.2006.5.02.0464*. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. 2ª Turma. *DEJT* 8 set. 2017. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=80600&digitoTst=85&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0464&submit=Consultar> Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 378*. Na indenização por desapropriação incluem-se honorários do advogado do expropriado. *Diário da Justiça*: 08/05/1964.

CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá M. *Comentários à nova lei de acidentes do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1977.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos em saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

COMUNICAÇÃO de Acidente de Trabalho – CAT. Governo do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/saiba-mais/auxilios/comunicacao-de-acidente-de-trabalho-cat>. Acesso em: 02 dez. 2020.

MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

OPTIZ, Oswaldo; OPTIZ, Sílvia. *Acidentes do trabalho e doenças profissionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

O MOVIMENTO COLETIVO DOS ENTREGADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO CONTEXTO PANDÊMICO¹

Gabriela Neves Delgado

Pós-Doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social pela Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais (FLACSO/Brasil). Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora Associada de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB. Pesquisadora Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq). Advogada. 2 Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

Bruna V. de Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq) e do Projeto de Pesquisa *Trabalho Digital* do Grupo de Estudos e Pesquisas para o Trabalho (UnB/CNPq). Auditora-Fiscal do Trabalho.

Sumário: 1 Introdução; 2 Crise e luta por direitos na pandemia: o movimento de deflagrado pelos entregadores plataformas digitais, em 2020; 3 Direito do Trabalho para além da crise pandêmica: o Direito que se quer reconhecer; 4 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.396-410, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO ²

Os movimentos sociais e sindicais são historicamente alinhados, mas nem sempre atuam em conjunto. Muitas vezes, a dinâmica das relações laborais, a pluriversalidade das demandas e a heterogeneidade dos grupos envolvidos não se amoldam, no todo ou em parte, às formas institucionais usuais de formalização de pleitos coletivos. Não obstante, enquanto fontes materiais do direito, essas mobilizações demandam atenção institucional, porquanto trazem notoriedade a problemas sociais muitas vezes negligenciados pela agenda política.

Nesse contexto, as expressões orgânicas de base ganham maior destaque enquanto formas de vocalização dos anseios sociais. Exemplifica essa expressão o movimento social deflagrado pelos entregadores de plataformas digitais, em 2020, no auge da pandemia da COVID-19, para reivindicar melhorias nas condições de trabalho, o qual ficou conhecido como “Breque dos Apps” ou “Breque por direitos”.

O movimento surgiu como protesto contra a exploração a que são submetidos os trabalhadores que prestam serviços de entrega, via plataformas digitais, em meio à pandemia. De fato, as apurações realizadas no período evidenciam que os entregadores passaram a ser submetidos a jornadas de trabalho ainda mais exaustivas, à baixa remuneração e à ausência de condições socioambientais condizentes com os patamares civilizatórios de trabalho digno, circunstância agravada ante o risco de contaminação pelo novo coronavírus.

Para dar notoriedade à situação precarizante vivenciada e reverter o desequilíbrio contratual experimentado, os entregadores de aplicativos se organizaram coletivamente e deflagraram paralisações em todo país, apresentando uma pauta inicial de demandas a serem atendidas pelas plataformas digitais. Ocorre que, para além das demandas pontualmente apresentadas pelos trabalhadores, o movimento lançou luz sobre um problema mais amplo: como garantir que a incorporação de novas tecnologias na organização laboral não precarize as condições de trabalho?

Não há dúvidas que o uso de novas tecnologias tende a trazer maior comodidade para os consumidores e mais economia e praticidade para as empresas. Não obstante, tem fugido ao modelo de negócio implementado pelas plataformas a necessidade de que a organização laboral proposta também traga contribuições ao trabalhador engajado na prestação de serviços, de modo a manter, com isso, o paradigma constitucional que atrela o desenvolvimento da ordem econômica à valorização do trabalho humano.

Em meio a esse descompasso de interesses, o objetivo deste artigo é demonstrar a vocação expansionista do Direito do Trabalho, enquanto elemento de conjugação dos interesses de econômicos com a pauta social de valorização do trabalho humano. De fato, o movimento deflagrado, para além da importante pauta de proteção ao trabalho para a categoria, também evoca uma percepção crítica sobre o dever de afirmação constitucional de direitos trabalhistas em meio às novas configurações das relações de trabalho na era digital.

Noções como subordinação e liberdade, limitadas a uma compreensão fordista do contrato de trabalho, são esvaziadas de seu significado primário e confrontadas com o atual contexto de pervasiva interseção entre a vida real e o controle promovido pelas plataformas digitais. Nessa dinâmica, é preciso promover uma releitura da proteção jurídico-trabalhista, sobretudo a partir da revisitação conceitual da subordinação jurídica, que se expande na linha

² Este artigo revisa, em certa medida, alguns pressupostos teóricos desenvolvidos em DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em: 17 out. 2020.

de afirmação da subordinação algorítmica.

Assim, para que a promoção do direito fundamental ao trabalho digno não seja um privilégio restrito a uma pequena categoria de trabalhadores, mas condição jurídica fundante para que todo e qualquer trabalhador usufrua do direito ao trabalho protegido no país, impõe-se uma reavaliação das condições de trabalho oferecidas pelas plataformas digitais, a fim de sujeitá-las ao crivo constitucional.

Essas reflexões ultrapassam o contexto emergencial da pandemia, que inicialmente motivou a deflagração do movimento, revelando-se como um novo desafio político institucional para afirmação de direitos constitucionais trabalhistas na era digital. O avanço da pauta do coletivo dos entregadores de aplicativos, todavia, está atrelado ao amadurecimento do movimento quanto ao potencial das demandas a serem apresentadas.

Com o propósito de explorar essas questões, a primeira parte deste artigo discorre sobre a situação precária de trabalho dos entregadores de aplicativos em meio ao contexto pandêmico e às mobilizações sociais deflagradas. Este tópico foi subsidiado por pesquisa empírica desenvolvida pelo Projeto de Pesquisa Trabalho Digital UnB, bem como pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR). Já na segunda parte, é apresentada uma leitura jurídica crítica quanto à estruturação das novas relações de trabalho na era digital e seus significados. Também se reflete sobre o potencial do movimento dos entregadores de aplicativos, o “Breque dos Apps” ou “Breque por direitos”, na afirmação de direitos constitucionais trabalhistas. Ao final, na terceira e última parte, conclui-se que o potencial do movimento em exame está atrelado à sua capacidade de expandir o engajamento reivindicatório para além do cenário emergencial pandêmico.

2 CRISE E LUTA POR DIREITOS NA PANDEMIA: O MOVIMENTO DEFLAGRADO PELOS ENTREGADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS, EM 2020

O rápido espriamento do novo coronavírus (SARS-CoV-2) chocou o mundo não apenas pelo elevado número de casos fatais associados a complicações decorrentes da doença, mas também pela crise multidimensional deflagrada. A morte pela contaminação viral soma-se, assim, ao risco também de morte e de miséria decorrente da severa precarização das condições de vida e de trabalho em meio ao cenário adverso provocado pela pandemia.

As vulnerabilidades das relações sociais e econômicas, qualificadas pelas mudanças introduzidas pela era digital, tornaram-se ostensivas³. Particularmente na nova realidade da “internet das coisas”, despontaram vários paradoxos no mundo do trabalho, entre os quais se destaca a condição vantajosa das empresas virtuais, que se beneficiam da incorporação de tecnologia de ponta em seus empreendimentos, em contraposição à condição de superexploração a que são acometidos os novos proletários de serviços da era digital.⁴

Ao analisar o caso das plataformas de delivery, observa-se, por exemplo, que a pandemia favoreceu o uso dessas tecnologias, uma vez que a utilização de serviços de entrega é medida que contribui para o isolamento social em relação àqueles que podem permanecer em casa.

Em pesquisa realizada pela Empresa “RankMyAPP”, constatou-se que ao ser declarada a transmissão comunitária da doença, no Brasil, em 6 de março de 2020, houve um aumento de 126% no número de downloads de aplicativos de delivery quando comparados com o

3 Sobre as novas configurações das organizações interempresariais no contexto digital, consultar: DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.

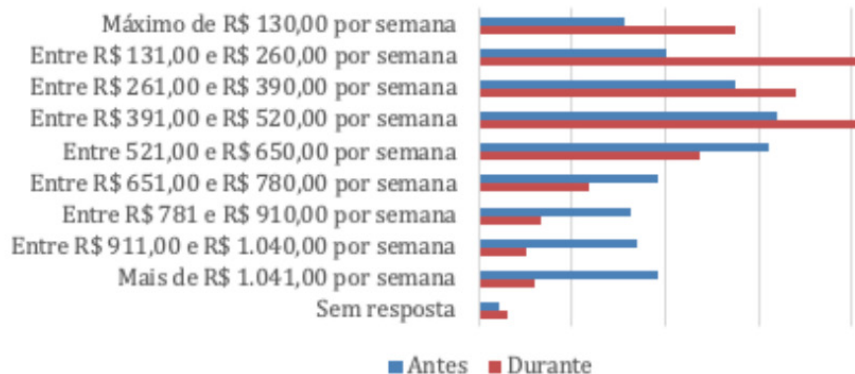
4 ANTUNES, R. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

mesmo período do ano anterior.⁵

A maior aderência social às plataformas digitais e o impulsionamento a esse modelo de negócio, todavia, não reverberaram em melhoria das condições de trabalho dos entregadores, ao contrário, constatou-se que esses trabalhadores sofreram uma queda em sua remuneração e um incremento exponencial em sua jornada de trabalho.

Em pesquisa realizada pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR), 58,9% dos entregadores entrevistados, no período de 13 a 27 de abril de 2020, relataram queda remuneratória durante a pandemia, conforme resultados expressos no gráfico abaixo.⁶

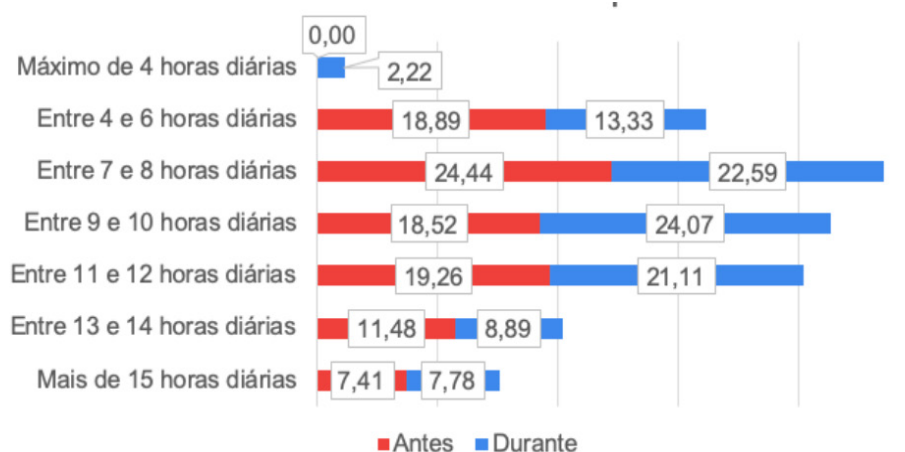
FIGURA 1 Faixa de renda antes e durante a pandemia dos entregadores via plataforma digital



Fonte: Abílio et al (2020).

A pesquisa também constatou que, apesar de os trabalhadores já estarem usualmente sujeitos a jornada de trabalho acima do limite constitucional (oito horas por dia), constatou-se que, durante a pandemia, 62% dos entrevistados passaram a trabalhar mais de 9 horas por dia, o que implicou num aumento de 5% em relação ao período anterior.

FIGURA 2 Faixas de jornada de trabalho dos entregadores via plataforma digital antes e durante a pandemia



Fonte: Abílio et al (2020).

5 MEIRELES, C. *Quarentena impacta downloads de aplicativos de entregas*. *Consumidor Moderno*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2020/03/24/quarentena-coronavirus-impacta-aplicativos-entregas/>. Acesso em: 1 set. 2020.

6 ABÍLIO, L. C. et al. *Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a COVID-19*. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, v. 3, 8 jun. 2020.

Essa “plataformização do trabalho”, modo de organização do trabalho realizado via aplicativos de plataformas digitais, ao mesmo tempo que inova, ao introduzir uma nova forma de conectar pessoas e realizar serviços, também tem se mostrado, regra geral, como mais um mecanismo de exploração da antiga fórmula de autovalorização do capital, em detrimento dos interesses sociais do trabalhador. São vários os efeitos deletérios decorrentes desse novo modo de gerir e de controlar o trabalho via plataformas digitais, mantendo-se os obreiros a ele submetidos às margens de um sistema jurídico de proteção ao trabalho com esteio no regramento constitucional.

A superexploração do trabalho dos entregadores de aplicativos resultou, em 2020, em um movimento incipiente de articulação e na formação de novas vias de associação coletiva. Assim, observou-se que a omissão institucional em relação aos trabalhadores de aplicativos, ao tempo que os coloca à margem das garantias jurídicas de trabalho digno, paradoxalmente também os aproxima, evidenciando a semelhança de condições de vida partilhadas por um trabalho intensamente precarizado.

Esse contexto tem propiciado a organização coletiva em torno de um interesse comum: a luta por direitos e por reconhecimento. Inseridos e ambientados ao mundo virtual, tais trabalhadores passaram a testar novos espaços e dinâmicas de agremiação coletiva, usando das plataformas digitais para se conectarem e assim exercerem o direito de resistência.⁷

O “Breque dos Apps”, como se popularizou chamar o movimento, marca um momento histórico na luta por melhores condições de trabalho da classe. A manifestação, que engajou trabalhadores de diversos países da América Latina⁸, deflagrou um movimento espontâneo que evidencia não só a força da articulação coletiva baseada na liberdade de associação e de cooperação entre pessoas que partilham de semelhantes condições de trabalho, como também desafia o poder político das organizações formais.

São muitos os desafios para se romper com a manutenção dos privilégios e do sistema de exploração no trabalho digital. Para além de um processo de conscientização coletiva de classe, é preciso atentar para a relevância do reconhecimento dos atores interessados enquanto sujeitos de direitos do trabalho. É por vivenciar o desamparo jurídico da falta desse reconhecimento que a coletividade dos entregadores via plataforma digital uniu-se em torno de demandas comuns para apresentar uma pauta inicial de reivindicações.

Conforme síntese apresentada por Delgado e Carvalho⁹, cujos excertos se transcrevem, a pauta dos entregadores contempla essencialmente quatro grandes núcleos de demandas. A primeira delas, espelhando a expectativa de contraprestação essencial da prestação de serviço, é o pleito pelo aumento do valor de “frete”, ou seja, o aumento do valor pago pelas plataformas pelo serviço de entrega realizado, o que se soma ao pedido de reajuste anual dessas parcelas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Em segundo lugar, a classe também demanda medidas assecuratórias ante os riscos que envolvem a atividade realizada, popularmente designada de “profissão perigo”.¹⁰ Nesse sentido, os reivindicantes reclamam que as empresas concedam seguro de vida, seguro contra

7 VIANA, M. T. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

8 REDAÇÃO OPERA MUNDI. *Entregadores latino-americanos se juntam à paralisação dos brasileiros nesta quarta*. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/permalink/65459>. Acesso em: 20 jul. 2020.

9 DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em: 04 ago. 2020.

10 Segundo dados do Ministério da Saúde, oito em cada dez atendimentos no Sistema Único de Saúde (SUS), por acidente de transporte, envolvem motociclistas. Nesse sentido, ver: CERILLO, J. *Motociclistas são os que mais se acidentam no trânsito*. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46168-motociclistas-sao-os-que-mais-se-acidentam-no-transito>. Acesso em: 2 jul. 2020.

roubo e acidente, bem como que forneçam equipamentos de proteção individual (EPI) e auxílio financeiro em caso de afastamento por doença, especialmente em atenção à maior exposição do trabalhadores de aplicativos ao risco de contágio por Covid-19 (“auxílio pandemia”).

A reivindicação contempla, em terceiro lugar, o pleito pelo fim dos bloqueios injustos e injustificados como forma de sancionamento e do sistema de pontuação e restrição dos locais de serviço. Tal medida é refutada ante a arbitrariedade de sua aplicação, o que afeta desproporcionalmente as condições contratuais dos trabalhadores, que, em muitos casos, se veem privados de sua principal fonte de renda.

Em quarto lugar, no rol de demandas emergenciais, consta o pleito pela criação de pontos de apoio para descanso, alimentação e realização de necessidades fisiológicas, pauta que se coaduna com a dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno.¹¹

As reivindicações que ganharam maior destaque no curso do movimento, longe de exaurirem as demandas de classe, marcam a luta pelo reconhecimento jurídico. Embora algumas das empresas de aplicativos já estejam concedendo alguns benefícios, é importante observar que *o pleito da classe é pelo reconhecimento de direitos, e não por discricionariedades patronais*.

A diferença entre o direito institucionalmente reconhecido e a discricionariedade, fruto de uma benesse empresarial, reverbera não apenas na segurança jurídica dos trabalhadores de aplicativos quanto à perspectiva contínua de fruição de direitos, sem o temor de mudanças ao alvedrio patronal, mas também no reconhecimento e na integração constitucional, na linha teórica de Delgado¹². Ademais, atribuir caráter voluntário àquilo que deve ser reconhecido como direito envolve ainda dois riscos adicionais: a concessão de benesses não satisfativas e a socialização de responsabilidades empresariais.

No caso em apreço, algumas plataformas digitais, após pressão de órgãos de controle, como o Ministério Público do Trabalho, começaram a conceder benefícios gerais voltados a preservar saúde dos trabalhadores em meio à pandemia, tais como álcool em gel, máscaras, seguro acidente de trabalho e criação de fundos de apoio aos trabalhadores acometidos pela Covid-19. Não obstante, o relato dos trabalhadores indica que os benefícios concedidos não satisfazem inteiramente às necessidades a que se prestam. No caso da criação de fundo de acidente, por exemplo, o valor somente é pago ao trabalhador a título de ressarcimento, ou seja, o trabalhador deve arcar inicialmente com todos os custos de tratamento de saúde, o que faz com que a medida de proteção perca eficiência.¹³

No campo institucional, alguns avanços foram conquistados. Os entregadores de aplicativos no Distrito Federal lograram obter a aprovação da Lei distrital n.6.677/2020, que estabelece o dever de as empresas de aplicativos de entregas e de transporte individual privado de passageiros criarem e manterem pontos de apoio para os trabalhadores a elas vinculados, devendo garantir o seguinte:

Art. 2º Os pontos de apoio devem contar com:
I - sanitários masculinos e femininos;
II - chuveiros individuais;

11 Na linha da dignidade no trabalho, consultar: DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015; DIAS, V. de O. A *Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise a partir do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal*. São Paulo: LTr, 2020.

12 DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015, p. 25.

13 PROJETO DE PESQUISA TRABALHO DIGITAL UNB. Lutas dos entregadores por APP: desafios, balanços e perspectivas, [s.d.]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2iFmtF-ivpw&t=5882s>. Acesso em: 1 set. 2020.

- III - vestiários;
- IV - uma sala para apoio e descanso dos trabalhadores, com acesso a internet sem fio e pontos de recarga de celular gratuitos;
- V - espaço para refeição;
- VI - espaço para estacionar bicicletas e motocicletas;
- VII - ponto de espera para veículos de transporte individual privado de passageiros.

Em matéria de remuneração, todavia, não houve uma significativa melhora. Ao contrário, observou-se uma tentativa das plataformas digitais de socializarem com o consumidor o dever de aumentar o valor da retribuição financeira auferida pelo trabalhador em razão do serviço prestado. No caso, a mobilização dos entregadores trouxe notoriedade para a baixa remuneração auferida pela classe, o que fez com que a sociedade civil aderisse ao movimento, deixando de utilizar os aplicativos nos dias de paralisação e realizando avaliações negativas das plataformas. Em resposta a esse contexto, as plataformas digitais passaram a reforçar o sistema de gorjeta, transferido para a própria sociedade civil a responsabilidade pelo aumento do valor recebido pelo trabalhador. Ou seja, a remuneração recebida pelo trabalho em si permaneceu desvinculada de qualquer patamar civilizatório mínimo, como o salário mínimo nacional ou qualquer valor coletivamente acordado, transferindo-se para o consumidor o interesse, ou não, em contribuir graciosamente em favor de cada trabalhador. O valor do trabalho prestado, como se observa, permaneceu sem reconhecimento institucional e sujeito às variações de mercado, como qualquer outro produto mercantil.

O posicionamento adotado pelas plataformas digitais segue essa linha de negação do trabalho regulado, baseando-se, entre outros aspectos, no discurso de que o empreendimento está voltado ao mero serviço de intermediação. Não obstante, o trabalho humano é fundamental e inerente ao negócio empreendido, de modo que não se pode negar aos trabalhadores envolvidos o respeito às condições essencialmente humanas para a execução do trabalho prestado. *As condições socioambientais de trabalho (meio ambiente ecologicamente equilibrado, saúde e segurança) devem ser, portanto, obrigatórias para a composição de qualquer modelo de negócio explorado por meio das plataformas digitais.*

Todo esse conjunto de demandas emergenciais e o prestígio que o movimento alcançou no cenário nacional e internacional já têm propiciado algumas respostas políticas. Em abril de 2020, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.665, da Câmara dos Deputados, para disciplinar os direitos dos entregadores que prestam serviços a aplicativos de entrega durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia. O requerimento de urgência na tramitação do projeto somente foi deferido em agosto deste ano.

Além disso, em 08 de julho de 2020, as lideranças nacionais do movimento reuniram-se com o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, para apresentar suas reivindicações. Já no dia 10 de julho de 2020, foi protocolado o Projeto de Lei nº 3.748, com vista à regulação do “regime de trabalho sob demanda”. Proposta idêntica foi apresentada no Senado Federal, nos termos do Projeto de Lei nº 3.754, de 13 de julho de 2020.

Note-se, todavia, que os Projetos de Lei em referência não estão no todo alinhados com a lógica constitucional de proteção ao trabalho humano, sobretudo se considerada uma perspectiva civilizatória e progressista. Apenas respondem pontualmente às demandas emergenciais apresentadas, instituindo alguns direitos em favor dos trabalhadores de aplicativos, atualmente colocados às margens de um sistema jurídico de proteção ao trabalho. Nesse sentido, acomodam-se a um Direito do Trabalho de emergência, “que é tão-só o que se tem feito até agora, sem qualquer resultado positivo para a questão do emprego; muito

menos para dar conta de uma norma que não tem valor em si; mas um tratamento de choque para manter vivo o homem”¹⁴.

Na linha de recrudescimento da precarização trabalhista, é possível destacar trechos da justificativa do PL 3.748/2020 que contradizem a Constituição, se considerada a dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno. A justificativa do projeto, por exemplo, diz da “preocupação de não estabelecer regras impositivas quanto a um período obrigatório de inatividade por parte do trabalhador”, brecha que pode causar a mercantilização do tempo de vida e de trabalho, negligenciando o fato de que não convém à sociedade de performance o efetivo descanso obreiro.

Nesse contexto, convém destacar que o fundamento constitucional sobre o qual deve se pautar a política de trabalho na ordem jurídica nacional, é sintetizado nos conceitos de *trabalho digno e de trabalho decente*, este último segundo a nomenclatura adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é membro signatário.

O trabalho decente representa a conjugação dos matizes sociais, econômicos e humanitários que consolidam o conjunto de orientações e diretrizes traçadas pela OIT, no âmbito da governança internacional, e que firmam, como marco programático, o compromisso com a dignidade humana e a promoção de justiça social. Os objetivos consagrados em torno desse conceito-ação passam “a constituir o arquétipo de avaliação da adequação de políticas públicas nacionais e internacionais, subjugando a esse preceito não só as políticas de trabalho, mas também as medidas de caráter econômico e financeiro”.¹⁵

Assim, pleitos que objetivam garantir a todos “o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades”, bem como “assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as suas ocupações”, conforme enuncia a Declaração de Filadélfia, retratam a invocação do compromisso político com a realização do trabalho digno ou decente, nos termos preconizados pela Constituição brasileira e pela OIT, desde os idos da sua constituição em 1919.

Em meio a todo esse contexto de demandas da era digital, os trabalhadores de aplicativos protagonizaram um marco histórico na luta por direitos da classe, com esteio não só na Constituição brasileira, mas também nas diretrizes internacionais de proteção ao trabalho.

Cansados, mas ainda assim mobilizados, os trabalhadores de aplicativos deflagraram um movimento nacional contra o novo modelo de exploração do trabalho do século XXI, denunciando o estado de vulnerabilidade e de precarização dos trabalhados em plataformas digitais. Potente, o Breque dos APPs se difundiu de ponta a ponta, fortalecendo os laços de solidariedade, as pautas coletivas e o direito coletivo de resistência.

Os desdobramentos dessa mobilização avançam agora para um contexto de definições: o que significa defender o trabalho digno para esses trabalhadores?

3 DIREITO DO TRABALHO PARA ALÉM DA CRISE PANDÊMICA: O DIREITO QUE SE QUER RECONHECER.

Žižek, em abordagem filosófica sobre o capitalismo global, registra que “Na economia de mercado, as relações entre as pessoas podem aparecer como relações de liberdade e igualdade mutuamente reconhecidas: a dominação não é mais diretamente representada e

14 COUTINHO, A. R. Direito do trabalho de emergência. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 30, n. 0, 1998, p. 103.

15 CARVALHO, B. V. DE. Cooperação Internacional e o mundo do trabalho: o papel globalizante da OIT no impulsionamento de políticas de proteção social. In: O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil: 1919-2019. Belo Horizonte: *Virtualis*, 2019, p. 138.

visível enquanto tal.”¹⁶

A reflexão de Žižek encontra boa representação no contexto das relações de trabalho na economia digital, porquanto o trabalhador é afastado de seu papel de sujeito de direitos e passa a ser tratado como empreendedor da coisa alheia. Esta configuração típica da realidade de trabalho da era digital é anunciada com ênfase em seus usos potenciais como “economia do compartilhamento” (*sharing economy*) ou “economia entre pares” (*peer-to-peer*), designações, todavia, que mascaram a realidade efetivamente imposta pela uberização do trabalho humano.

Evidencia-se aqui o resultado da estruturação de um modelo de exploração em que os trabalhadores de aplicativos, popularizados como “trabalhadores-parceiros” ou “trabalhadores-colaboradores”, deixam de ser considerados subordinados para se tornarem agentes de desempenho em prol dos interesses patronais. Esses trabalhadores, ditos “empresários-de-si-próprios”, são submetidos a uma ambiência competitiva, em que os pares se tornam seus potenciais concorrentes.

Nessa nova lógica de organização do trabalho, o controle da subjetividade laboral é empreendido pela perpetuação do discurso do “autogerente-subordinado”¹⁷, pelo qual se difunde a equivocada concepção de que os trabalhadores de aplicativos seriam responsáveis pela assunção dos riscos e custos do trabalho/empreendimento, nos moldes de uma relação de trabalho autônoma. Nessa dinâmica, procura-se desarticular os mecanismos de interação social e de resistência coletiva, por meio de uma ideologia que modula não só o imaginário, mas também a própria subjetividade obreira.

No entanto, na realidade, esses trabalhadores recebem da plataforma digital o direito de trabalhar em troca de uma remuneração sobre a qual não podem opinar, a serviço de clientes que não podem escolher, em condições de trabalho que não podem gerenciar. A cooperação perde o sentido solidário de empenho comum e ganha contornos de exploração, mediante o exercício do poder diretivo dos algoritmos, que se espelha na *subordinação algorítmica* desses trabalhadores.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a pequena margem de flexibilidade oferecida aos trabalhadores de aplicativos quanto à escolha dos dias e horários de trabalho, bem como quanto à possibilidade de recusarem algumas demandas, não se mostra suficiente para que eles sejam capazes de autodeterminar as condições e o modo de trabalho, tampouco reduzir o grau de controle exercido pela plataforma sobre o trabalho prestado. Isso fica claro ante a instabilidade das condições contratuais (valor de tarifa quilométrica, distribuição de demanda, restrição de área, risco de descadastramento), que mudam segundo a maior ou menor conformação dos trabalhadores aos interesses da plataforma digital.

A *subordinação algorítmica*, típica desse modelo de gestão, não se concretiza, portanto, pelas formas tradicionais do exercício do poder diretivo, dependentes de um espaço geograficamente delimitado e de um controle rígido do horário de trabalho. É que o algoritmo se vale de um *controle eficientemente difuso*, que se espalha através do campo virtual em várias direções¹⁸.

Nessa linha de raciocínio, é importante que se tenha uma preocupação real para se verificar que os estímulos comportamentais e os direcionamentos dados pelas plataformas

16 ŽIŽEK, Slavoj. *O ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012, n.p.

17 ABILIO, L. C. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, p. 41–51, nov. 2019.

18 DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatiq.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em: 17 out. 2020.

no ciberespaço, para além de se apresentarem como uma nova expressão de um modelo de governança à distância que controla multidões, podem também se apresentar como dinâmicas típicas do poder empregatício, sobretudo se consideradas as facetas do poder diretivo e fiscalizatório.

Essa compreensão sobre os delineamentos fático-jurídicos da relação de trabalho firmadas com plataformas digitais podem contrastar com os reclames dos trabalhadores por maior liberdade no exercício da profissão. Não obstante, os reclames oriundos de trabalhadores consumidos em seu tempo e em suas energias pelo trabalho em plataformas demandam uma compreensão mais acurada sobre o que é liberdade no trabalho na era digital e também sobre o que é ser assegurado por uma relação de trabalho protegida constitucionalmente.

Em uma interpretação apressada, a liberdade, sobretudo no aspecto condizente à autonomia de ajuste do horário de trabalho, poderia compor uma base argumentativa em desfavor do reconhecimento do vínculo de emprego nas relações de trabalho em plataformas e do direito constitucional à jornada de trabalho para todo e qualquer trabalhador.

Na mobilização coletiva, a liberdade é reivindicada em um contexto de reconhecimento e afirmação de direitos fundamentais trabalhistas para a classe. Com esse enfoque, entende-se que a tecnologia deve ser utilizada não para subjugar o obreiro aos interesses patronais, mas para ampliar sua capacidade de usufruir de melhores condições de trabalho. Especificamente quanto ao tempo de trabalho, essa liberdade pode se expressar no direito à autogestão do horário de trabalho, mas desde que em conformidade com os limites do direito constitucional à jornada de trabalho.

Conforme esclarece Sadi Dal Rosso¹⁹, a carga de trabalho assume três dimensões: duração, intensidade e distribuição. Com base nessas categorias, tem-se que a exploração do trabalho humano está associada ao tempo de serviço e de disponibilidade do empregado nas atividades laborais, ao vigor com que é imposto o cumprimento dessas atividades em determinado limite de tempo e ao modo como esse tempo de trabalho é conformado às necessidades patronais.

Em relação à distribuição da jornada de trabalho, ou seja, à conformação do tempo de trabalho, sobressaem algumas temáticas atentatórias aos direitos sociais, tais como: banco de horas, contrato temporário, fragmentação do serviço, sem remuneração do tempo à disposição, tal como ocorre nos contratos intermitentes.

Essa distribuição ilimitada do tempo de trabalho beneficia prioritariamente os empregadores, não obstante permita, como já mencionado, uma pequena margem de flexibilidade ao trabalhador plataformizado quanto à distribuição do tempo, à medida em que cabe ao obreiro escolher os dias da semana e os horários em que deseja trabalhar. É essa a expressão específica de liberdade (*liberdade de distribuição do tempo de trabalho*) que é reivindicada pelos trabalhadores que desejam se manter vinculados às plataformas digitais.

Com efeito, quando a liberdade reivindicada se volta contra a subordinação algorítmica, o pleito passa a ser pelo domínio completo da gestão do aplicativo. Nesses casos, a reivindicação ultrapassa a pauta de demandas oficialmente apresentada pelos entregadores de aplicativos e tem fomentado o surgimento de novos modelos de empreendimentos, baseados na autogestão ampla exercida pelos próprios trabalhadores.

Figuram como exemplos de organizações de entregadores autogeridas: “Despatronados”, organização voltada a se tornar uma cooperativa de plataforma,

19 ROSSO, S. D. *O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor*. São Paulo: Boitempo, 2017.

organizada pelos Entregadores Antifascistas do Rio de Janeiro; “Señoritas Courier”, coletivo de entregadoras ciclistas mulheres e LGBTQs em São Paulo; “Pedal Express”, coletivo de entregadores ciclistas de Porto Alegre; “Buscar Express Cooperativa de Motoqueiros Ltda”, em Porto Alegre; “Ciclo Courier”, empresa que promove a gestão horizontal do empreendimento, voltado aos serviços de entrega por meio de bicicleta no Rio de Janeiro; “Feme Express”, coletivo de *motogirls* entregadoras na Grande São Paulo e “Pedivento”, coletivo de entrega da Grande Florianópolis.²⁰

Obviamente, essas demandas por liberdade mais ampla e pelo domínio dos mecanismos de controle das plataformas digitais de delivery não conflitam com o reconhecimento de direitos fundamentais trabalhistas.

Ao analisar a demanda por liberdade, portanto, não se pode perder de vista que a plataformização do trabalho tem propiciado várias frentes de exploração, com destaque para as jornadas prolongadas e sem consideração do tempo à disposição do trabalhador em favor da plataforma, em franco desrespeito ao direito constitucional à jornada de trabalho. Além disso, esse controle pervasivo e ilimitado das plataformas em relação ao tempo de trabalho e de disponibilidade é um grande inibidor da liberdade desses trabalhadores, porque lhes usurpa o tempo de vida e, por consequência, limita e/ou impede a capacidade de se autodeterminarem quanto ao modo de vida para além do trabalho realizado.

Com efeito, nas entrevistas realizadas no dia 25 de julho de 2020, no Distrito Federal, no âmbito do Projeto de Pesquisa Mundo do Trabalho na Era Digital, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília²¹, constatou-se que 50% dos entrevistados trabalham mais de 60 horas por semana, sem usufruir de descansos semanais, e sem a observância do intervalo interjornada. Ou seja, sem qualquer respeito aos direitos fundamentais trabalhistas vinculados à dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno²². Esse contexto conflita, portanto, com o compromisso constitucional de proteção ao trabalho humano em condições de dignidade.

É oportuno lembrar que o direito à limitação da jornada de trabalho foi internacionalmente reconhecido na Convenção nº 01 da OIT, em 1919, tendo avançado para a proposta de limitação de trabalho a 40 horas semanais, na Convenção nº 47, de 1935. Nesse contexto, seria um contrassenso compreender, em 2020, a utilização de avanços tecnológicos para implementação de condições de trabalho piores do que as vivenciadas há um século em diversos países do mundo.

A liberdade, compreendida por Amartya Sen²³ como elemento constitutivo do desenvolvimento, está diretamente associada à expansão das capacidades humanas para que os sujeitos possam autodeterminar seus modos de viver, segundo seus próprios valores. *O exercício dessa liberdade, por sua vez, não conflita com os moldes contratuais da relação emprego*, que admite, em certas condições de trabalho, o exercício da liberdade de distribuição do tempo pró-trabalhador, mas desde que em respeito ao sistema jurídico de afirmação dos direitos fundamentais trabalhistas.

Retomando o texto de Žižek, mencionado no início desta sessão, cabe destacar

20 DIGILABOUR. *Coletivos e cooperativas de entregadores no Brasil*. *DigiLabour*, 26 jul. 2020. Disponível em: <https://digilabour.com.br/2020/07/26/coletivos-e-cooperativas-de-entregadores-no-brasil/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

21 GRUPO MUNDO DO TRABALHO NA ERA DIGITAL. *Trabalho em Plataforma*. Disponível em: <https://www.trabalhoemplataforma.org/>. Acesso em: 01 set. 2020.

22 Sore a dimensão socioambiental do direito fundamental ao trabalho digno, consultar: DIAS, V. de O. *A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise a partir do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal*. São Paulo: LTr, 2020.

23 SEN, A. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.

o trecho em que registra: “quem tem a resposta são as pessoas, elas só não sabem as perguntas para as quais têm (ou melhor, são) a resposta.”²⁴ Tal provocação, apropriada para o contexto do movimento do “Breque dos Apps”, faz refletir se a melhoria das condições de trabalho reivindicadas pelos entregadores deve ser tratada de forma pontual, enquanto resposta de emergência à crise pandêmica, ou se deve fazer parte de uma revisão jurídica ampla, em prol do alinhamento das condições de trabalho para plataformas digitais ao modelo constitucional vigente.

A notoriedade dada pela crise pandêmica ao descompasso entre as relações de trabalho dos entregadores de plataformas e o programa constitucional de valorização social do trabalho evidencia não um problema circunstancial à organização do trabalho digital, mas também fragilidades constitutivas e de longo prazo de um modelo de negócio que negligencia o dever de valorização da pessoa humana sob bases constitucionais.

Assim, é preciso consolidar uma agenda de demandas que ultrapasse o mero contexto emergencial, para se alcançar soluções que enfrentem o problema das más condições de trabalho não apenas em aspectos circunstanciais e pontuais, mas, sobretudo, na sua compreensão essencial, ou seja, no reconhecimento de direitos fundamentais trabalhistas para os trabalhadores de aplicativos.

Como esse viés, a luta pelo direito fundamental ao trabalho digno para os entregadores de aplicativos deve seguir em busca de conquistas civilizatórias que reverberem em condições de bem-viver no trabalho e para além do trabalho. Trata-se de uma leitura expansiva do Direito do Trabalho, enquanto meio de afirmação da dignidade da pessoa humana.

O movimento do “Breque por direitos”, no entanto, ainda está em processo de maturação. No dia 15 de setembro de 2020, o movimento realizou sua terceira mobilização, reunindo representantes de diversas unidades da federação pela aprovação do Projeto de Lei nº 1.665/2020, que trata dos direitos dos entregadores que prestam serviços a aplicativos, mas ainda restrito ao contexto da pandemia. Apresentando um *slogan* mais claro quanto ao objetivo da ação coletiva de classe, o “breque por direitos”²⁵ enfatiza, por um lado, o interesse comum da classe pela melhoria das condições de trabalho pela via do reconhecimento, declaração e efetivação de direitos, por outro, ainda se enfrenta, ante o contexto político da pandemia, a limitação de demandas associadas apenas a questões emergenciais.

O movimento coletivo dos entregadores de plataformas digitais demonstra a versatilidade de articulação da classe trabalhadora e a necessidade de união entre os trabalhadores para formalização e reconhecimento de pautas de proteção ao trabalho. A força desse movimento, todavia, dependerá não só do seu potencial de expressão dos interesses do heterogêneo grupo contemplado, mas também do engajamento para articular uma pauta de ação que se expanda para além do período pandêmico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise sanitária, social e econômica experimentada em todo mundo em razão da pandemia da Covid-19 descortinou a situação de extrema vulnerabilidade dos trabalhadores de plataformas digitais, notadamente aqueles que atuam como entregadores de aplicativos,

24 ŽIŽEK, Slavoj. *O ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012, n.p.

25 BREQUE POR DIREITOS. *Os entregadores querem ir até Brasília reivindicar seus direitos!* Disponível em: <https://www.brequepordireitos.org.br>. Acesso em: 7 set. 2020.

os quais foram marginalizados do sistema constitucional de proteção ao trabalho humano em sua base civilizatória.

Esse coletivo obreiro, no entanto, rompeu a atomização do modelo de prestação de serviços em plataformas digitais e uniu-se em mobilização nacional por reivindicação de direitos, marcando, assim, um momento histórico em que se trouxe à luz os novos mecanismos de exploração do trabalho humano na era digital e seu descompasso com o modelo constitucional de trabalho digno.

Inaugurando uma gestão que ultrapassa os controles tradicionais de tempo do trabalho, que conforma a subjetividade dos trabalhadores ao cumprimento dos interesses empresariais e que indevidamente procura transferir os riscos do empreendimento a esses trabalhadores, a plataformização do trabalho se vale dos vazios institucionais para estabelecer relações de trabalho destituídas de garantias jurídicas.

Com efeito, as relações contratuais firmadas nesse contexto têm sido marcadas pela vulnerabilidade e pela precariedade dos trabalhadores de aplicativos, que seguem às margens do sistema constitucional de proteção ao trabalho. Por isso a importância da mobilização coletiva e das greves, atributos do Direito Coletivo do Trabalho, para se alcançar melhoria de condições de trabalho e assim avançar no padrão de regulamentação just trabalhista.

Essa regulamentação deve ser iluminada pelos paradigmas constitucionais e internacionais do trabalho digno e/ou decente. Ou seja, a afirmação político-institucional dos direitos trabalhistas deve buscar elevar os patamares civilizatórios e de bem-viver dos trabalhadores em geral, sem estabelecer hierarquias precarizantes entre as categorias profissionais.

A mobilização orgânica dos entregadores de aplicativos é símbolo, portanto, de uma expressão democrática sobre a qual devem se erigir os novos arranjos de relações trabalhistas em um mundo digital, para o qual as construções jurídicas devem exercer papel fundamental, sejam como vocalizadoras de demandas, sejam como instrumentos de afirmação civilizatória de direitos.

Se a fragilização de direitos nas relações de trabalho alcançou pontos críticos em meio à pandemia da Covid-19, evidenciando o “metabolismo antissocial do capital”²⁶, tal ponto de inflexão permite instigar uma novel leitura jurídica das relações de trabalho na era digital, redirecionando a construção do projeto de sociedade para o cumprimento da valorização da pessoa humana.

Enfim, não se pode conceber autonomia (enquanto contraponto à subordinação) ou liberdade onde não há respeito aos patamares civilizatórios mínimos de direitos, pelo que cabe ao Direito do Trabalho se firmar nos espaços relegados à livre contratação para garantir condições dignas de trabalho a todos os trabalhadores.

O breque dos apps tem relevância histórica, enquanto expressão orgânica de uma ação coletiva de trabalhadores em prol de direitos trabalhistas nas novas formas de organização do trabalho. O potencial desse movimento, nascido no contexto da pandemia do coronavírus, por sua vez, está atrelado a sua capacidade de expandir o engajamento reivindicatório para além do cenário emergencial, situando a luta coletiva dos entregadores como questão a ser contemplada na agenda política de afirmação constitucional de direitos do país.

26 ANTUNES, Ricardo. *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo: Boitempo, 2020.

REFERÊNCIAS

- ABÍLIO, L. C. *et al.* Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a COVID-19. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, v. 3, 8 jun. 2020.
- ABILIO, L. C. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 3, p. 41-51, nov. 2019.
- ANTUNES, Ricardo. *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo: Boitempo, 2020.
- ANTUNES, R. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BREQUE POR DIREITOS. *Os entregadores querem ir até Brasília reivindicar seus direitos!* Disponível em: <https://www.brequepordireitos.org.br>. Acesso em: 7 set. 2020.
- BYUNG-CHUL, H. *Sociedade do cansaço*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.
- CARVALHO, B. V. DE. Cooperação Internacional e o mundo do trabalho: o papel globalizante da OIT no impulsionamento de políticas de proteção social. In: *O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil: 1919-2019*. Belo Horizonte: Virtualis, 2019.
- CERILLO, J. *Motociclistas são os que mais se acidentam no trânsito*. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46168-motociclistas-sao-os-que-mais-se-acidentam-no-transito>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- COUTINHO, A. R. Direito do trabalho de emergência. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 30, n.0, 1998.
- DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna V. de. *Breque dos Apps: direito de resistência na era digital*. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em: 04 ago. 2020.
- DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015.
- DIAS, V. de O. *A Dimensão Socioambiental do Direito Fundamental ao Trabalho Digno: uma análise a partir do assédio organizacional nos bancos do Distrito Federal*. São Paulo: LTr, 2020.
- DIGILABOUR. *Coletivos e cooperativas de entregadores no BrasilDigiLabour*, 26 jul. 2020. Disponível em: <https://digilabour.com.br/2020/07/26/coletivos-e-cooperativas-de-entregadores-no-brasil/>. Acesso em: 28 jul. 2020
- DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.
- PROJETO DE PESQUISA TRABALHO DIGITAL UNB. *Lutas dxs entregadorxs por APP: desafios, balanços e perspectivas*, [s.d.]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2iFmtF-ivpw&t=5882s>. Acesso em: 1 set. 2020
- GRUPO MUNDO DO TRABALHO NA ERA DIGITAL. *Trabalho em Plataforma*. Disponível em: <https://www.trabalhoemplataforma.org/>. Acesso em: 01 set. 2020.
- HARVEY, D. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- MEIRELES, L. *Quarentena impacta downloads de aplicativos de entregasConsumidor Moderno*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2020/03/24/quarentena-coronavirus-impacta-aplicativos-entregas/>. Acesso em: 6 set. 2020

REDAÇÃO OPERA MUNDI. *Entregadores latino-americanos se juntam à paralisação dos brasileiros nesta quarta*. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/permalink/65459>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ROSSO, S. D. *O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor*. São Paulo: Boitempo, 2017.

SEN, A. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000.

VIANA, M. T. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

WORDSENSE.EU DICTIONARY. *Campsare*. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.wordsense.eu/campsare/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. *O ano que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012.

ASPECTOS CONTROVERSOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DECORRENTE DO COVID-19

Samantha Caroline Ferreira Moreira

Mestra em direito. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Direito Empresarial com ênfase em relações de mercado, em Direito Civil e Processo Civil. Professora da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

Rodolfo Pamplona Filho

Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Máster em Estudios en Derechos Sociales pela Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador (UNIFACS). Professor da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Juiz do Trabalho.

Sumário: 1 Introdução; 2 Apontamentos acerca da responsabilidade civil; 2.1 Responsabilidade dos empregadores pelos atos dos empregados; 3 A teoria do risco nas relações trabalhistas; 4 A responsabilidade civil objetiva do empregador no recurso extraordinário 828040; 5 A pandemia do covid-19 e a responsabilidade do empregador; 5.1 A polêmica da MP 927 e as considerações sobre o entendimento da suprema corte quanto a responsabilidade objetiva do empregador; 6 O princípio da proteção do empregado: apontamentos de casos concretos; 7 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil é comumente debatido em diversos âmbitos da vida privada, e no contexto das relações laborais não poderia ser diferente. Com a pandemia causada pelo vírus Sars-Cov-2, o novo coronavírus, sobretudo, o tema emergiu quanto ao dever (ou não) de empregadores assumirem tal responsabilização em sentido objetivo quanto a contaminação de seus colaboradores.

O Direito do Trabalho no Brasil sistematizado em meados das décadas de 1930 e 1940, sobretudo com o Decreto-Lei nº 5.452, que sancionou em 01 de maio de 1943 a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pelo então presidente Getúlio Vargas, surge com a proposta de unificação das leis trabalhistas já existentes no país bem como a criação de novos direitos. A regulamentação de sindicatos, criação de regramento específico para férias, dentre outros avanços chama a atenção para a transição entre o Código Civil de 1916 essencialmente liberal, e a CLT, de 1943, marcadamente social.

Enquanto no Código de Beviláqua o instituto da responsabilidade subjetiva contemplava praticamente todo ato ilícito, a criação da CLT bem como da Justiça do Trabalho traz a baila a discussão sobre a aplicabilidade da responsabilização objetiva em situações específicas com o fulcro de equilibrar as relações entre patrão e empregado, sobretudo com o fundamento na dignidade da pessoa humana.

Mais tarde, na década de 1970 o Código de Reale (sancionado somente em 2002) em seu artigo 927, parágrafo único, positivava a responsabilização objetiva por ato ilícito, de modo que a lógica individualista observada no estado liberal é relativizada.

Embora haja uma controvérsia doutrinária acerca da dispensabilidade do elemento subjetivo culpa para caracterização da responsabilidade civil, torna-se mais criteriosa a filiação à corrente de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹ que descrevem os elementos ensejados da responsabilidade como sendo a conduta humana (positiva ou negativa) capaz de gerar prejuízo a outrem desde que se observe nexo de causalidade.

A gravidade da situação da pandemia conduziu à decretação de estado de calamidade pelas Assembleias Legislativas de inúmeros Estados e Municípios.

Interessa-nos, porém, de maneira mais próxima a Medida Provisória n.º 927/20 que trouxe uma série de medidas que, em regra, poderiam ser estabelecidas unilateralmente pelo empregador, reconhecendo em seu favor amplos contornos ao *jus variandi* durante o estado de calamidade.

A MP n.º 927/20 também suspendeu a exigência de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, exceto dos exames demissionais, bem como a obrigatoriedade de realização de treinamentos periódicos e eventuais dos atuais empregados, previstos em normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho.

Ademais, foi clara ao estabelecer que não pode ser presumida a natureza ocupacional da contração da COVID pelos empregados, salvo se comprovar o nexo de causalidade. Todavia, foi proferida decisão pelo STF que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 29 da MP 927.

Assim, pretende-se, por meio de técnica indutiva, bibliográfica, além da análise das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, pretende-se demonstrar a possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho por doença ocupacional proveniente da COVID-19.

1 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: vol.6: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.74.

2 APONTAMENTOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Sobre a responsabilidade civil vigora no nosso ordenamento jurídico que somente poderá ser responsabilizado civilmente aquele que comete ato ilícito, desde que sua conduta ativa ou omissiva seja a causa para a produção de prejuízo à vítima (art. 927 CC/02), podendo haver a incidência da culpa se o ato ilícito for fundamentado no artigo 186 CC/02, ou dispensada se fundamentada no artigo 187 do mesmo diploma.

Embora haja uma controvérsia doutrinária acerca da dispensabilidade do elemento subjetivo culpa para caracterização da responsabilidade civil, torna-se mais criteriosa a filiação à corrente de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho², que descrevem os elementos ensejados da responsabilidade como sendo a conduta humana (positiva ou negativa) capaz de gerar prejuízo a outrem desde que se observe nexo de causalidade.

Baseado na corrente contemporânea, a culpa seria a exteriorização do não cumprimento de um dever preexistente, que não terá a intenção de violar as normas, como no dolo, mas possui fundamento na dissonância do comportamento adotado pelo agente e o que seria esperado e exigido dele pela finalidade da boa-fé.

A teoria subjetiva da responsabilidade civil, consiste na reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever de cuidado.

Para Salim, no que tange às relações de emprego, não há que se falar em colisão normativa, afinal, cuida-se de hipótese extracontratual:

[...] tal hipótese tem respaldo na teoria do risco criado. A responsabilidade extracontratual tem uma dimensão de aplicação maior, porque será a aplicada às mais variadas situações, sem a necessidade de existência de uma relação contratual entre responsável e lesado. A questão da validade do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil brasileiro em confronto com o inciso XXVIII do art. 7º da CRFB encontra-se resolvida, porque a Constituição trata de hipótese de responsabilidade contratual, ao passo que o Código Civil trata da responsabilidade extracontratual.³

Conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald,⁴ o critério de imputação da obrigação de indenizar reside na ocorrência de um ilícito derivado de erro da conduta do agente. Os seus pressupostos foram precisamente delimitados ao ato ilícito, culpa ou abuso do direito, dano injusto, nexo causal e nexo de imputação.

Já a teoria objetiva aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade, deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa.

2.1 A Responsabilidade dos empregadores pelos atos dos empregados

De acordo com o artigo 932, III, do CC/02, os empregadores respondem civilmente pelos atos dos seus empregados. Os danos que os empregados causem “no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” empenham a responsabilidade do empregador.

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: vol. 6: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.80.

3 SALIM, Adib Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.41, n.71, p.97-110, jan./jun. 2005, p.106.

4 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil*: Volume 3: responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁵ asseveram que o Código Civil de 1916, artigo 1523, exigia que a vítima provasse a negligência do empregador, para que houvesse a responsabilidade para o ato de outrem, uma responsabilidade, claramente subjetiva, sendo o ônus da prova, legalmente posto a cargo da vítima.

É cediço que até chegarmos ao parágrafo único do artigo 927 do atual Código Civil, os tribunais brasileiros percorreram um longo caminho, segundo Sérgio Cavalieri Filho,

Não foi rápida, nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva, o causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não tem culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos. Provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma das causas de exclusão do nexo causal. Não cabe, aqui, qualquer discussão em torno da culpa.⁶

A jurisprudência, influenciada pela doutrina, não conformada com a solução legal, teve a sua posição expressa na Súmula 341 do STF “presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. O ônus da prova, segundo a jurisprudência, já não cabia à vítima, e sim ao empregador.

De acordo com o artigo 933, do CC/02, os empregadores, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos seus empregados, serviçais e prepostos, está-se referindo aos atos ilícitos, aos atos culposos, e, em sentido lato, compreendendo a culpa e o dolo do empregado. Cabe lembrar que provada a culpa do empregado, surge a responsabilidade objetiva (e solidária) do empregador.

3 A TEORIA DO RISCO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

O progresso da ciência e da técnica advindo da Revolução Industrial no século XVIII traz consigo uma nova visão de responsabilidade civil. Em razão da mecanização de da produção e crescimento da indústria combinado com movimentos sociais de diferentes espectros políticos como a Revolução Francesa em 1789, as Revoluções Liberais e os movimentos de trabalhadores ao longo do século XIX, marcam um importante período de lutas por direitos que gerou transformações no âmbito jurídico, sobretudo com leis de amparo aos trabalhadores.

Importante observar que as legislações do mundo percorreram um longo caminho até reconhecerem a possibilidade de responsabilização objetiva do empregador nas doenças ocupacionais e acidentes de trabalho. Concernente a matéria trabalhista, em que pese a responsabilização subjetiva do empregador ser considerada significativo avanço, ainda não

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: Volume 3: responsabilidade civil*. 6. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019.

6 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p.135-136.

dava conta da realidade, sendo que, segundo o professor Adib Pereira Netto Salim⁷, “Mesmo após o acidente, a situação do trabalhador era de desamparo, porque não havia meios para provar a culpa do empregador”.

A questão que se coloca, portanto, é que a teoria subjetiva era insuficiente para acompanhar as transformações sociais, sobretudo por ser pesado encargo aos trabalhadores arcarem com o ônus probatório. Por essa razão, “destacam-se os trabalhos dos juristas Raymond Saleilles e Louis Josserand⁸, que, buscando um fundamento para a responsabilidade objetiva, desenvolveram a teoria do risco”.

Mais especificamente a teoria do risco profissional ou risco de empresa determina que os riscos inerentes as atividades empresariais desenvolvidas devem ser considerados pelo empregador tendo este a obrigação de indenizar quem quer que seja prejudicado pelo desempenho da atividade empresarial⁹. Significa dizer que o criador do risco passa a ter responsabilidade por segurá-lo.

Para Maria Helena Diniz¹⁰, “A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*)”.

Caio Mário da Silva Pereira, por seu turno afirma:

Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo, [...] A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito. Aumenta os encargos do agente, é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.¹¹

Coadunado com mesmo entendimento, foi proferida decisão pelo TRT4, 4ª Turma, Acórdão - Processo 0020272-84.2014.5.04.0261 (RO) relatada pelo Desembargador George Achutti, com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL. No âmbito do Direito do Trabalho, a responsabilidade objetiva encontra esteio na corrente denominada teoria do risco profissional. Considerando que certas atividades empresariais, ou simplesmente os processos de trabalho (independente do ramo econômico empresarial), implicam em risco acentuado aos trabalhadores envolvidos, tem incidência o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. A única hipótese de exclusão da responsabilidade objetiva, em tais casos, é a culpa exclusiva da vítima, sendo do empregador o ônus cabal dessa prova.

Nesse contexto, imperioso observar que o risco inerente as atividades econômicas, quando, por sua natureza, geram maior probabilidade de dano aos empregados que as demais pessoas da sociedade, devem ser objeto de responsabilização objetiva já que o elemento culpa se transfere para o elemento risco.

7 SALIM, Adib Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.41, n.71, p.97-110, jan./jun. 2005.

8 SALIM, Adib Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.41, n.71, p.97-110, jan./jun. 2005.

9 CALIXTO, Eduardo da Silva. *Análise crítica das teorias sobre a responsabilidade civil: da reparação à punição e securitização*. Disponível em: encurtador.com.br/afoyN. Acesso em: 07 jul. 2020

10 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: vol. 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.98.

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 828040

Inicialmente, cumpre elucidar que dano é qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, que estabelece que é certa e pacífica a tese que, quando alguém viola interesse juridicamente protegido de outrem, aquele fica obrigado a reparar o dano daí decorrente.

O jurista Rui Stoco¹², em sua obra *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*, ensina que “a noção de responsabilidade é a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos”.

Conforme leciona Gualter de Souza Andrade Júnior, no seu texto “*A Responsabilidade pelo Fato Biomédico: uma visão ontológica*”:

(...) os antecedentes históricos do artigo 186 do Código Civil de 2002 foram os arts. 1382 e 1383 do Código Civil de Napoleão de 1804 e o art. 159 do Código Civil brasileiro de 1916. No Código Napoleônico, surgiu, pela primeira vez na história, uma cláusula geral por responsabilidade em função de atos ilícitos extracontratuais. A palavra *faute*, traduzida para o português como culpa, possibilitou, segundo as lições dos irmãos Mazeaud, ser compreendida também como “causa”, ou seja, por causa de..., possibilitando que o dispositivo legal do artigo 1382 do Código Civil de 1804 fosse utilizado para fundamentar a responsabilidade civil objetiva, aquela em que basta o nexos de causalidade entre a ação ou a omissão do agente ofensor e o resultado danoso, independente da análise se a situação jurídica envolveu culpa ou não.¹³

A responsabilidade objetiva é aquela que independe de comprovação do dolo ou culpa do agente causador do dano, bastando que fique configurado o nexos causal daquela atividade ilícita.

Já a responsabilidade subjetiva, ao contrário, somente se dará quando o causador de determinado ato ilícito atingir este resultado em razão do dolo ou da culpa em sua conduta, sendo obrigado a indenizar o dano causado apenas caso se consume sua responsabilidade.

Sobre a responsabilidade objetiva em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 828040, com repercussão geral reconhecida, no qual discutia-se a possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho.

O recurso foi interposto por uma empresa de transporte de valores que, inconformada com uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) devido a condenação ao pagamento de indenização por danos psicológicos a um vigilante que sofrera um assalto enquanto trabalhava, evocou o artigo 7º inciso XXVIII da Constituição Federal/88 a fim de combater a decisão da corte com o argumento de que a Carta Magna restringe ao empregador a responsabilidade subjetiva nas relações de trabalho. O TST, na ocasião, entendera que àquele caso aplicava-se a regra do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que admite responsabilização objetiva em atividades de risco.

Ocorre que o caso em questão suscitou grande debate quanto a compatibilidade da decisão ora proferida pelo TST e a Constituição Federal, assim, seguindo a mesma corrente adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a Suprema Corte brasileira decidiu que o artigo

12 STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.59.

13 ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O Fato e a Responsabilidade Biomédica: uma visão ontológica. In.: SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.223-280.

927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição.

Sobre a matéria, o relator, ministro Alexandre de Moraes¹⁴, entendeu que desde que a atividade exercida pelo trabalhador urbano ou rural seja considerada de risco, além da indenização acidentária (a cargo do empregador), é devida a reparação civil, afinal possuem natureza jurídica diversa, não devendo ser confundidas. Os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Carmén Lúcia e Ricardo Lewandowski seguiram o mesmo entendimento de Moraes.

A discordância quanto a este posicionamento surgiu dos Ministros Marco Aurélio Mello e Luiz Fux, que consideraram o seguro referente a acidente de trabalho como um recolhimento que garante de antemão indenização ao trabalhador acidentado, para esses ministros a obrigação do empregador de responder pela indenização civil sem que tenha havido culpa ou dolo é excessiva justamente em razão da existência de recolhimento assecuratório *a priori* responsável por indenização em caso de acidente.

Quanto aos ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, embora tenham seguido o entendimento do relator Alexandre de Moraes, entenderam acerca da necessidade de lei específica para detalhar o tipo de atividades de risco e em que situações seria aplicável a responsabilização objetiva.

Em 12 de março de 2020, o ministro Alexandre de Moraes¹⁵, deu a seguinte redação para a tese fixada em torno da questão:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva, e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade¹⁶.

A possibilidade jurídica dos empregados receberem compensação e reparação civil, respectivamente, pelos danos moral e material que sofreram por descumprimento, por parte dos empregadores se dá em função do imperativo legal obrigacional de reparação objetiva dos danos causados.

Assim, consoante entendimento alhures firmado pela Suprema Corte, para exposição habitual de atividades de riscos, é possível imputar a responsabilidade objetiva ao empregador.

5 A PANDEMIA DO COVID-19 E A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou a situação mundial, devido a rápida disseminação do novo coronavírus, como pandemia. Naquela ocasião o vírus já havia se espalhado por mais de cem países, em todos os continentes¹⁷.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 828040/DF* Relator: Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 mar. 2020. Disponível em: enurtador.com.br/hmvGU. Acesso em: 25 set. 2020.

15 MIGALHAS, Suspenso trecho da MP 927 que não considera coronavírus doença ocupacional. Brasília, 29 de abr. 2020. Plenária. Disponível em: enurtador.com.br/ejAI7. Acesso em: 04 ago. 2020.

16 Na ocasião, o relator utilizou a expressão “exposição permanente a risco especial”, que fora substituída por “habitualmente”, para que não fosse excluída a proteção a trabalhadores que sofressem exposição esporádica, sazonal ou constante ao mesmo tempo em que não tornasse a responsabilização objetiva regra.

17 Segundo artigo publicado no jornal Folha de São Paulo intitulado “OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2”, um dos requisitos para o reconhecimento de uma pandemia é a presença de determinada doença em franca ascensão em todos os continentes (WATANABE, P. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 de mar. 2020. Saúde).

Em 04 de fevereiro de 2020, foi decretado pelo Governo Federal o estado de emergência em saúde pública no Brasil em decorrência do avanço de casos do novo coronavírus pelo mundo.

Ato contínuo, a fim de buscar a viabilidade da manutenção do emprego e renda, foi editada pelo Governo Federal a Medida Provisória 927/2020, que, dentre outras providências, estabeleceu medidas flexibilizadoras das normas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente da pandemia, tais como antecipação de férias, feriados e responsabilidade objetiva do empregador pela contaminação de empregados pela Covid-19.

Sobre a doença ocupacional a MP/927 previa no seu art. 29 que “Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”

A MP/927 já perdeu sua eficácia em 19 de julho de 2020, sendo que uma das regras estabelecidas na referida medida culminou no debate acerca da possibilidade de se imputar a responsabilidade objetiva ao empregador, em relação ao empregado que contrair o Coronavírus (Covid-19) durante o contrato de trabalho. Assim, se faz necessário a análise detida sobre o tema, a fim de demonstrar que em determinadas hipóteses o encargo probatório não é mais do empregado.

5.1 A polêmica da MP 927 e as considerações sobre o entendimento da Suprema Corte quanto a responsabilidade objetiva do empregador

O artigo 29 da MP 927/2020 traz a seguinte redação: “Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal”. Na prática, o referido texto impossibilita a busca de responsabilização objetiva do empregador nas situações em que o trabalhador for exposto e prejudicado pela contaminação por Covid-19. Mais que isso, significa dizer que o ônus da prova da contaminação e culpa do empregador fica a cargo do trabalhador já prejudicado.

Na esteira do recente entendimento fixado pelo STF quanto ao RE 828040, o trabalho que expor a pessoa com habitualidade a risco especial, com potencialidade lesiva, implicando-lhe ônus maior do que aos demais membros da coletividade, deve ter tratamento especial quanto a responsabilização do empregador.

O STF entendeu, portanto, ser inconstitucional o artigo 29 da MP 927/2020 haja vista que, na prática, poderá impossibilitar a aplicação da responsabilidade civil objetiva quanto ao empregador. Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a doutrina vem travando debates quanto aos limites e possibilidades da responsabilização objetiva do empregador. Em artigo publicado na Revista do TST em 2004, o respeitado jurista brasileiro, Rodolfo Pamplona Filho afirmou:

[...] quem deve assumir os riscos da atividade econômica (ou mesmo os riscos econômicos da atividade) é o empregador, e não o empregado, que se subordina juridicamente, de forma absoluta, ao poder patronal de direção, sendo premissa básica para entendermos a responsabilidade civil nas relações de trabalho subordinado.¹⁸

Importante citar que o entendimento esposado pela Suprema Corte, não implica a presunção de que os casos de contágio pela Covid-19 são considerados, automaticamente,

18 PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil Brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v.70, n. 1, p. 101-118, jan./jun. 2004.

como doença decorrente do trabalho, ou seja, ocupacionais, de forma que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 29 da MP 927/2020 não torna Covid-19 doença ocupacional, afinal, o STF nada mencionou quanto a inconstitucionalidade do artigo 20, §1º, “d” da lei 8.213/91, que dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social.

Desde 2005, corroborando com o posicionamento de Pamplona Filho, o professor Adib Pereira Netto Salim, em artigo publicado na Revista do TRT da 3ª Região, afirmou:

[...] se a empresa responde objetivamente em relação a qualquer lesado, da mesma forma deverá responder em relação aos seus empregados, como ocorre com os particulares no exercício de função pública, desde que o evento danoso tenha ocorrido por ser a atividade, além de pública, com risco inerente.

Considerando a tese nº 932, que reconhece a possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, era esperado que a Suprema Corte reconhecesse a inconstitucionalidade do artigo 29 da MP 927/2020, ora, não seria razoável para a segurança jurídica a abertura da exceção da exceção quanto ao tema ou mesmo de uma repentina mudança de posicionamento.

É razoável que a conclusão seja pela última hipótese. Isso porque, o julgamento não alterou o art. 21, III, da lei 8.213/91, para o qual a contaminação do empregado no exercício de sua atividade equipara-se à doença de trabalho.

6 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO: APONTAMENTOS DE CASOS CONCRETOS

Devido ao estado de calamidade pública questiona-se a flexibilização da aplicabilidade do Princípio da Proteção ao empregado, que é um dos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Este princípio pressupõe que como o empregador é o detentor do poder econômico, de forma que, ao empregado será atribuída uma vantagem jurídica que buscará equiparar as partes e suprir esta diferença.

Assim, o Estado intercede em benefício do trabalhador para evitar abuso por parte do empregador, proporcionando um patamar mínimo de proteção a essas relações.

Acerca do Princípio da Proteção, Mauricio Godinho Delgado afirma que:

o princípio tutelar da proteção ao empregado influi em todos os seguimentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetiva-retificadora o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.¹⁹

Entende-se que o Governo Federal flexibilizou as normas trabalhistas, *não afrontou o objetivo do princípio da proteção ao empregado, e pretendeu com a edição da MP/927 a manutenção do emprego e renda.*

Assim, *é imprescindível aplicar a razoabilidade para não causar prejuízos tanto para o empregador como para os empregados já que, a produção de provas, a fim de demonstrar*

19 DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. LTr, São Paulo, 2010, p.24.

onde se contraiu o Covid-19 é a chamada prova diabólica, considerando que sua demonstração é praticamente impossível e tão somente presumida, motivo pelo qual não se deve afastar deve-se tratar os casos de contaminação de maneira individualizada, e não generalizadas.

Para fins de exemplo cumpre citar que, no caso da exposição de profissionais da área de saúde, a denominada “linha de frente”, não podem ser comparados com trabalhadores outras atividades tais como operário, administradores de empresas, e tampouco aqueles que estão em regime de home office.

Importante citar que o Ministério da Saúde, divulgou em 02 de setembro de 2020, no 29º (vigésimo nono) boletim²⁰ dados concernentes aos profissionais da saúde, e os números são alarmantes.

Até o dia 29 de agosto de 2020, foram notificados 1.250.282 casos de Síndrome Gripal suspeitos de COVID-19 em profissionais de saúde no e-SUS Notifica. Destes, 279.057 (22,3%) foram confirmados para COVID-19. As profissões de saúde com maiores registros dentre os casos confirmados de Síndrome Gripal por COVID-19 foram técnicos/auxiliares de enfermagem (95.695; 34,3%), seguido dos enfermeiros 40.699; 14,6%), médicos (29.571; 10,6%), agentes comunitários de saúde (13.714; 4,9%) e recepcionistas de unidades de saúde (12.059; 4,3%) conforme tabela 12 do referido boletim, senão veja-se:

TABELA 12 Casos de SG que foram notificados e confirmados para COVID-19 em profissionais da saúde, por categoria profissional. Brasil, 2020

Profissões de saúde segundo CBO*	CASOS DE SÍNDROME GRIPAL (SG) SUSPEITOS DE COVID-19	
	Notificados	Confirmados
TÉCNICO OU AUXILIAR EM ENFERMAGEM	380427	95695
ENFERMEIRO	178201	40699
MÉDICO	134991	29571
AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE	76885	13714
RECEPCIONISTA DE UNIDADE DE SAÚDE	60546	12059
OUTRO TIPO DE AGENTE DE SAÚDE	40188	8271
CIRURGIÃO DENTISTA	32396	5468
FISIOTERAPEUTA	31940	7343
FARMACÊUTICO	28045	5940
AGENTE DE COMBATE A ENDEMIAS	23010	3987
GESTORES EM SERVIÇOS DE SAÚDE	21631	4526
CONDUTOR DE AMBULÂNCIA	21170	4038
PSICÓLOGO	19047	3329
TÉCNICO OU AUXILIAR ODONTOLOGIA/SAÚDE BUCAL	18994	3474
CUIDADOR EM SAÚDE	18964	3813

Tabela 01 – Casos de profissionais da saúde suspeitos e contaminados com o COVID-19. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 06 nov. 2020.

20 Esta edição do boletim apresenta a análise referente à Semana Epidemiológica 35 (23 a 29 de agosto) de 2020. A divulgação dos dados epidemiológicos e da estrutura para enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 06 nov. 2020.

Cumpramos ressaltar, tal como descreve Monique Bertotti, que “na seara trabalhista, a responsabilidade em acidentes de trabalho é considerada objetiva apenas nos casos em que a atividade desenvolvida for de risco”.²¹

Portanto, para esses casos específicos, considera-se perfeitamente possível a aplicabilidade da responsabilidade objetiva ao empregador já que os profissionais da saúde estão expostos com habitualidade a risco especial, com alta potencialidade lesiva.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia da covid-19 provocou a inauguração de um cenário jurídico absolutamente excepcional no Direito do Trabalho brasileiro, franqueando o manejo de instrumentos e medidas pouco convencionais ou, mesmo, impensáveis em tempos de normalidade.

Nesse contexto, diplomas normativos editados durante o estado de calamidade pública a Medida Provisória n.º 927/20 assumiu especial relevância já que veiculou uma série de providências que, como regra, podem ser adotadas unilateralmente pelo empregador, nomeadamente o teletrabalho, a antecipação de férias, a concessão de férias coletivas, a antecipação de feriados e uma peculiar configuração do banco de horas.

Concluiu-se que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 29 da MP 927/2020 não torna Covid-19 doença ocupacional, afinal, o STF nada mencionou quanto a inconstitucionalidade do artigo 20, §1º, “d” da lei 8.213/91, que dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social, que diz não serem consideradas doenças do trabalho as doenças endêmicas, ressalvada a comprovação de que são resultantes de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Além disso, o artigo 21, III, da mesma lei preceitua que a contaminação do empregado no exercício de sua atividade equipara-se à doença de trabalho, mas para isso exige-se provas do nexo de causalidade entre a moléstia e as atividades profissionais, conforme jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST.

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversos dispositivos que corroboram com a regra de responsabilização subjetiva do empregador em razão de doença contraída pelo empregado, contudo, não há presunção de responsabilização objetiva.

O princípio da proteção ao empregado restou flexibilizado com a MP927, contudo não foi violado, ante a necessidade da manutenção do emprego e renda no período de emergência, de crise financeira e calamidade pública ocasionada pelo Coronavírus – Covid 19.

A responsabilidade civil objetiva do empregador é exceção e, por esse motivo, não há que se associar, automaticamente, a contaminação do empregado pela Covid-19 como responsabilidade *sine qua non* do empregador.

Nos contratos de trabalho, cujo o exercício se enquadra na atividade de risco, tais como os profissionais de saúde que, conforme pesquisa do Ministério da Saúde, a probabilidade de se contrair o coronavírus é alarmante, já que estão na denominada “linha de frente”, sendo nesse caso patente a aplicabilidade da responsabilidade objetiva ao empregador.

21 BERTOTTI, Monique. A responsabilidade civil objetiva no âmbito trabalhista. *Revista Fórum Trabalhista* – RFT. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 109-124, mar./abr. 2014.

Diante do exposto, considerando o atual entendimento do STF concernente a responsabilidade objetiva do empregador, restou acertado o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 29 da MP 927/2020.

Afinal, a prevalência de tal artigo no ordenamento jurídico seria incompatível com a garantia de segurança jurídica que se espera, sobretudo em um contexto de incertezas quanto à saúde pública e de extrema sensibilidade política e econômica atravessadas pelo país devido ao Covid-19.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, GUALTER DE SOUZA. O FATO E A RESPONSABILIDADE BIOMÉDICA: UMA VISÃO ONTOLÓGICA. IN. SÁ, MARIA DE FÁTIMA. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 223-280.

BERTOTTI, Monique. A responsabilidade civil objetiva no âmbito trabalhista. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p.109-124, mar./abr. 2014.

BRASIL. Decreto-Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, 20 mar. 2020. Disponível em: encurtador.com.br/cfilB. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. *Boletim referente à Semana Epidemiológica 35 (23 a 29/08) de 2020*. A divulgação dos dados epidemiológicos e da estrutura para enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 06 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 828040/DF*. Relator: Alexandre de Moraes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 mar. 2020. Disponível em: encurtador.com.br/hmvGU. Acesso em: 25 set. 2020.

CALIXTO, Eduardo da Silva. *Análise crítica das teorias sobre a responsabilidade civil: da reparação à punição e securitização*. Disponível em: encurtador.com.br/afoyn. Acesso em: 07 jul. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.7. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p.23.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: Volume 3: Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. atual. Salvador: Jus podivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: vol. 6: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGALHAS, *Suspensão trecho da MP 927 que não considera coronavírus doença ocupacional*. Brasília, 29 de abr. 2020. Plenária. Disponível em: encurtador.com.br/ejAl7. Acesso em: 04 ago. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil Brasileiro. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 70, n. 1, p. 101-118, jan./jun. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SALIM, Adib Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.41, n.71, p.97-110, jan./jun.2005.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

URIBE, G.; BRANT, D.; CANCIAN, N.; MOREIRA, M. *Governo federal decreta estado de emergência para conter coronavírus no Brasil*. Folha de São Paulo, São Paulo, 4 de fev. 2020. Saúde. Disponível em: encurtador.com.br/dtuNS. Acesso em: 04 set. 2020.

WATANABE, P. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 de mar. 2020. Saúde. Disponível em: <https://bityli.com/NjOmc>. Acesso em: 04 ago. 2020.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO, DOENÇA OCUPACIONAL E COVID-19

Valmir César Pozzetti

Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno, Itália. Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil. Doutor em Biodireito, Direito Ambiental pela Université de Limoges, França. Mestre em Direito do Urbanismo e Meio Ambiente pela Université de Limoges, França. Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas e da Universidade do Estado do Amazonas.

Sumário: 1 Introdução; 2 Meio Ambiente do Trabalho; 3 Doença Ocupacional; 4 COVID – 19 e suas origens; 5 Posicionamento do STF: doença ocupacional e COVID-19; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente de trabalho é um meio ambiente artificial, modificado pelo homem para atender às suas necessidades empresariais, cujo objetivo é o lucro. De outro lado, o trabalhador que está imerso nesse ambiente, o faz porque precisa se alimentar e, por isso, vende a sua força de trabalho.

Dessa forma, temos uma relação antagônica: de um lado alguém que realiza uma atividade buscando obter lucro e do outro, alguém que realiza uma atividade para manter a vida. Nesse sentido, a vida é o bem jurídico mais importante que o indivíduo possui. E, assim, ela deve ser preservada em todos os momentos, inclusive na oferta de trabalho e emprego, devendo ser ônus daquele que lucra com a atividade, oferecer as condições “ideais” de trabalho, inclusive com a oferta de EPI – Equipamento de Proteção Individual, quando a atividade realizada pelo empregado oferecer risco à sua saúde e bem estar.

Em 22 de março de 2020, foi publicada a MP – Medida Provisória – nº 927/2020 a qual, em seu artigo 29, excluía os casos de contaminação do rol de doenças que poderiam ser consideradas “doença ocupacional”. Mas o STF – Supremo Tribunal Federal, em decisão de 29.04.20, considerou que a COVID-19 pode sim, ser considerada uma doença ocupacional.

Dentro desse contexto, o objetivo dessa pesquisa é o de analisar as origens e o reflexo da pandemia gerada pelo Corona Vírus, no meio ambiente do trabalho, e verificar qual a extensão da decisão do STF que suspendeu o art. 29 da MP 927/2020, o qual excluía do rol de doenças ocupacionais, a COVID19, quando contraída pelo empregado.

Nesse sentido, a problemática que envolve a pesquisa é: do julgado do STF, é possível desprezar o nexos causal e cabe interpretação automática? Em que condições a COVID-19 poderá ser considerada doença ocupacional?

A pesquisa se justifica, tendo em vista que, apesar da obrigação do empregador de propiciar um meio ambiente de trabalho sadio, há situações em que o mesmo oferece todas as condições, com Equipamento de Proteção Individual; entretanto, por se tratar de uma virose incontrolável, não pode ele ser responsabilizado por atitudes negligentes do empregado ou trabalhador, ou mesmo não pode o empregador sofrer o ônus de o empregado ter contraído a COVID-19 fora do ambiente de trabalho, em uma festa, onde o empregado desrespeitou o isolamento social. Provada a diligência do empregador, seria excluída a sua responsabilidade de o evento ser considerado doença ocupacional? Ou a decisão do STF é automática: em todo e qualquer caso o contágio do empregado, pela COVID-19, será considerado doença ocupacional? A questão merece uma análise, vez que os reflexos na relação de emprego trazem consequências no âmbito da Previdência Social.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa será a do método dedutivo, onde se partirá do conteúdo geral (da definição de doença ocupacional e seu nexos causal) para se para explicitar as particularidades, no caso da COVID-19. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e a decisão do STF; e quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa; pois não se utilizará de dados estatísticos ou percentuais.

2 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente, dentre outras classificações doutrinárias, é classificado em meio ambiente “natural” e meio ambiente “artificial”. O meio ambiente natural é aquele em que o homem ainda não o alterou, ou houve alterações mínimas que não o descaracterizaram como natural; já o Meio Ambiente Artificial é aquele que foi alterado pela ação do homem

para atender às suas necessidades, seja as básicas, seja as para o seu deleite, ou seja para a busca do lucro.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente¹ – Lei nº 6.938/81 – PNMA - define “meio Ambiente”:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - *meio ambiente*, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; (gn)

Em análise ao artigo 3º supra, depreende-se que a divisão doutrinária em meio ambiente natural e artificial estão em consonância com a legislação pátria.

Assim, o “meio ambiente do trabalho” é um meio ambiente artificial, vez que o empreendedor constrói espaços específicos, prédios e estruturas para que o trabalhador nele se insira e, realizando atividades que gerarão lucro ou outros benefícios ao empreendedor, recebe salário para alimentar-se.

Mas é preciso que a empresa gerencie muito bem esse espaço, sob pena de sofrer prejuízos. E é dentro desse contexto que Lins destaca:

Nesse sentido, a gestão empresarial sob a ótica socioambiental pode ser entendida como um processo integrado e coordenado com o planejamento estratégico da empresa, de forma a tentar evitar e/ou mitigar os possíveis danos decorrentes de acidentes ambientais, bem como utilizar, de forma menos danosa ao meio ambiente, os recursos ambientais e os resíduos decorrentes da sua produção. Visa ainda proporcionar um melhor bem-estar dos seus funcionários e da sociedade em geral.²

Dessa forma, o empreendedor tem que propiciar àquele que ali trabalha, as condições necessárias para manter-lhes a saúde e dignidade. Segundo Pozzetti, “as regras que regem as atividades laborais, estão intimamente ligadas à saúde pública, devendo o Estado intervir nessa relação e assegurar que a saúde do trabalhador será preservada”³.

E é nesse sentido que a CF/88⁴ estabelece:

Art. 196. A saúde é direito de todos e *dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (gn)

Art. 197. São de *relevância pública as ações e serviços de saúde*, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (gn)

Do texto constitucional se extrai a necessidade da intervenção do Poder Público, no tocante à saúde. E a saúde está intimamente ligado ao meio ambiente, conforme destacaremos adiante, quando falarmos sobre o surgimento da COVID-19. Assim, Monteverde e Pozzetti

1 BRASIL. *Lei nº 6.938/81 – Política Nacional de Meio Ambiente*. Congresso Nacional: Brasília, 1981.

2 LINS, Luiz dos Santos. *Introdução à Gestão Ambiental Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2015, p.7

3 POZZETTI, Valmir César. *Direito Empresarial e a Natureza Jurídica do Meio Ambiente do Trabalho*. *Revista Jurídica Unicuritiba*, vol. 02, nº. 43, Curitiba, 2016, p.171, Disponível em: file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/1826-5732-1-PB.pdf. Consultada em: 09 out. 2020.

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional, Brasília, 1.988.

destacam que “os objetivos do Direito Ambiental é estabelecer regras cogentes, de maneira a prevenir danos futuros. Neste sentido, o direito ambiental atua no campo educativo, preventivo e não no âmbito reparador. As regras são postas no sentido de que as ações sejam tomadas antes que o dano se consolide”⁵.

E nesse sentido Jorge, Santos e Rocumback⁶ destacam que:

O ambiente de trabalho vive contínua adaptação a fim de acompanhar as novas tecnologias e mudanças ocorridas na forma como as sociedades se organizam. Com a inesperada pandemia de covid-19, o ritmo dessas adaptações foi bruscamente afetado. Em reflexo aos desafios sociais, diversos países passaram a implementar novas leis e diretrizes como esforço transitório ou definitivo para enfrentar o novo e desafiador cenário.

Dessa forma, o meio ambiente de trabalho é uma responsabilidade do empregador que deve realizar todos os atos necessários para seja limpo, sadio, de qualidade e que preserve a saúde e dignidade do trabalhador. Qualquer atitude contrária a esses preceitos, por parte do empregador, e que causar prejuízos material ou moral ao trabalhador, haverá responsabilidade do empregador, que arcará com indenizações pelos danos causados.

Apesar de o empregador contribuir mensalmente à Previdência social, com o pagamento de Seguro contra acidentes de trabalho, esse seguro tem uma característica diferente dos demais seguros, porque o pagamento do seguro, não exclui a responsabilidade do empregador, por negligência.

Assim, se o empregador não manter o ambiente de trabalho, nesse período de pandemia, devidamente sanitizado, com máscaras, álcool gel, água e sabão para higienizar as mãos dos empregados e não tomar todos os devidos cuidados que a OMS – Organização Mundial da Saúde - tem pedido que os países cumpram, têm-se que o empreendedor estará se omitindo ou sendo negligente; e ele será obrigado a indenizar. Mesmo que o trabalhador se afaste pela Previdência Social no período em que contrair o COVID-19, a Previdência Social ingressará com uma ação de regresso contra a empresa, por descumprimento da Norma, por omissão e negligência em relação à saúde do trabalhador e buscará reaver as verbas que foram pagas ao empregado.

3 DOENÇA OCUPACIONAL

Para que o trabalhador exerça suas atividades com segurança, o Estado deve protegê-lo. Dessa forma, a legislação não permite que um trabalhador ingresse em um posto de trabalho com saúde e saia dele com mazelas ou doenças, contraídas em virtude da atividade profissional que desenvolveu naquele local ou pelas condições sanitárias que o meio ambiente de lhe impôs. Nesse sentido, Pozzetti⁷ destaca que:

O trabalho é um dos principais Direitos Fundamentais do ser humano, pois é através dele que o trabalhador realizar-se-á como “humano”: obterá recursos para alimentar-se, terá condições de educar a si e a seus filhos, terá acesso

5 MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio; POZZETTI, Valmir César. Gerenciamento Ambiental e Descarte de Lixo Hospitalar. *Revista Veredas do Direito*, vol.14, n.18. Belo Horizonte: 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/949-Texto%20do%20Artigo-3783-2-10-20170802.htm. Consulta em: 09 out. 2020.

6 JORGE, Alexandre Outeda; SANTOS, Ariane Gomes dos; ROCUMBACK, Dérick Mensinger. *Ambiente de trabalho e doença ocupacional: covid-19 e seus reflexos em números*. 26 de agosto de 2.020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ambiente-de-trabalho-e-doenca-ocupacional-covid-19-e-seus-reflexos-em-numeros/>. Consulta em: 09 out. 2020.

7 POZZETTI, Valmir César. Direito Empresarial e a Natureza Jurídica do Meio Ambiente do Trabalho. *Revista Jurídica Unicritiba*, vol. 02, n°. 43, Curitiba, 2016, p.171, Disponível em: file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/1826-5732-1-PB.pdf. Consultada em: 09 out. 2020.

ao lazer e à cultura; terá condições psicológicas para desenvolver e criar, terá auto-estima para realizar-se. Sem condições psicológicas, financeiras, possibilidade de sonhar e crescer, saúde e bem-estar, o ser humano não consegue sobreviver. Estes elementos são necessários para que o “homem” atinja a felicidade.

Verifica-se que nas relações de trabalho o empregador deve primar pela dignidade do trabalhador. Por esse motivo, deve o empregador, quando do ingresso do trabalhador no posto de trabalho, realizar o exame médico admissional, para verificar as condições de saúde em que ele foi admitido; anualmente o empregador deverá realizar o exame médico periódico, para se verificar em que condições ele está e se contraiu alguma doença decorrente da atividade profissional e, ainda, quando da dispensa ou pedido de demissão, deve o empregador realizar o exame médico demissional, com a mesma finalidade. Todas essas investigações devem ser realizadas para assegurar ao trabalhador emprego, renda e vida digna. E é nesse sentido, a CF/88⁸ estabelece:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a *dignidade da pessoa humana*;

IV - os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*;

V - o pluralismo político. (gn)

Assim, a legislação pátria vai no sentido de que o Brasil, como República Federativa e Democrática, estimula a livre iniciativa empresarial, mas essa atividade empresarial deve ser e realizada sem perder de vista os valores sociais do trabalho e, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a pessoa humana precisa ter saúde para usufruir das prerrogativas da dignidade; pois uma pessoa doente não vive, sobrevive.

É importante, então definirmos o que seria uma doença ocupacional. A doença ocupacional é aquela em que o trabalhador desenvolve em virtude de sua atividade profissional, onde o empregador deve lhe oferecer EPI – Equipamento de Proteção Individual, para que esse trabalhador não adquira doenças em virtude da atividade realizada; como por exemplo, um empregado que carrega peso acima do permitido por mais horas diárias que a legislação permite e, ao final, desenvolve hérnia de disco em virtude do sobrepeso sobre o seu corpo físico; outro exemplo é o soldador que deve usar óculo para proteger sua visão enquanto solda e, não usando, passa a ter uma diminuição da visão ou desenvolve outras doenças oculares. O mesmo ocorre com o empregado rural que borrifa agrotóxico na lavoura e, em virtude da composição química do agrotóxico, adoece de câncer de garganta, de pele, pulmonar e outros. Contraindo a patologia, essa passa a ser chamada de “doença profissional, uma vez que a doença foi contraída em virtude da atividade profissional que o trabalhador realiza.

E, em sendo assim, o empregador passa a ter responsabilidades para com o empregado, em virtude de o mesmo ter ingressado no trabalho sem essa patologia e, agora,

8 BRASIL. Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1.988.

a atividade profissional por ele realizada, diminuiu-lhe a capacidade laborativa em um dos sentidos, gerando prejuízos na qualidade de vida desse trabalhador. Insta destacar que os EPIs protegem o trabalhador, prevenindo ou diminuindo os efeitos danosos da atividade.

Nesse sentido a Conexa Saúde⁹ esclarece:

Também chamada de doença profissional, a doença ocupacional está relacionada ao trabalho em si, ou seja: a doença foi provocada pelas características da atividade profissional exercida. É o caso, por exemplo, de um soldador que desenvolveu problemas de visão por conta da exposição à luz da solda.

Vale destacar que a utilização de equipamentos de proteção individual é a melhor maneira de prevenir tanto doenças ocupacionais como doenças do trabalho. Esses dispositivos devem ser fornecidos pela empresa, que também deve orientar seus funcionários sobre a correta utilização.

Já a doença do trabalho é aquela que resulta do ambiente laboral em que o trabalhador está imerso. Por exemplo: um meio ambiente de trabalho com muito barulho, que resulta na surdez do trabalhador ou um ambiente do trabalho com grande carga de irradiação, etc..., o trabalhador irá contrair doenças, mas por fatores externos e não em decorrência direta da atividade profissional. A CF/88, assim estabelece:

Art. 225. Todos têm direito a um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e essencial à *sadia qualidade de vida*, impondo-se ao poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (gn)

Assim, verifica-se que há uma imposição legal na CF/88, determinando que “todos”, inclusive o trabalhador, têm direito a um meio ambiente de trabalho adequado e com qualidade de vida. E nesse sentido, a empresa que obtém lucro com a atividade laboral do trabalhador, deve primar para que esse espaço seja adequado, saudável e que não gere doenças ao trabalhador. Nesse sentido a CLT¹⁰ – Consolidação das leis do Trabalho - estabelece:

Art. 155 - Incumbe ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho:

I - estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos deste Capítulo, especialmente os referidos no art. 200;

II - *coordenar, orientar, controlar e supervisionar a fiscalização e as demais atividades relacionadas com a segurança e a medicina do trabalho em todo o território nacional, inclusive a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho;*(gn)

(...) omissis

Podemos concluir que a CLT¹¹, então, estabelece parâmetros claros, sobre a obrigação do órgão estatal de coordenar, orientar e fiscalizar o meio ambiente do trabalho, primando para que esse espaço seja o “ideal” para o bem estar do trabalhador. Essa fiscalização é feita pelo Ministério do Trabalho, através dos auditores do trabalho.

As doenças profissionais são aquelas ligadas às atividades insalubres e perigosas,

9 CONEXA SAÚDE. p.p. Disponível em: <https://blog.conexasaude.com.br/doenca-do-trabalho-e-doenca-profissional/>. Consultada em: 09 out. 2020.

10 BRASIL. *CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas: Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1.943*. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1.942.

11 BRASIL. *CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas: Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1.943*. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1.942.

relacionadas ao meio ambiente que o trabalhador está. Exemplo: trabalhador que trabalha na lavanderia de hospital que mantém caldeira para higienizar as roupas, onde o calor é intenso; trabalhador que labora em uma fábrica de fogos de artifício, onde o perigo de cair uma faísca sobre e pólvora e haver uma grande explosão com prejuízo à saúde do trabalhador é grande.

Reforçando, a doença de trabalho é aquela que resulta das condições ambientais no local em que o trabalhador realiza suas atividades. Nesse caso, a doença, surge de acordo com um fator específico, que está associado ao meio ambiente em que a atividade é exercida, enquanto que a doença ocupacional está relacionada somente com o nexo da atividade realizada e não com o ambiente externo.

Nesse contexto, o funcionário precisa provar que ocorreu um agravante gerado no espaço em que executa a sua atividade enquanto que a doença ocupacional ele precisa provar que a doença ocorreu em razão da atividade específica que executa, provando a origem do problema.

Por exemplo, uma diminuição da audição gerada por EPIs de má qualidade, que não abafam os ruídos da forma adequada, é uma das possibilidades de doenças de trabalho. Ou seja, se o empreendedor tivesse oferecido o equipamento correto e um ambiente seguro, o problema não teria ocorrido durante as atividades internas.

É importante destacar que alguns doutrinadores estabelecem uma diferença entre “doenças ocupacionais” e “doenças profissionais”; para isso destacam que, enquanto as doenças ocupacionais são aquelas oriundas das atividades laborais, a doenças profissionais são aquelas oriundas do meio ambiente do trabalho. Nesse sentido a CF/88, assim estabelece:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à *redução do risco de doença* e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as *ações e serviços de saúde*, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Dessa forma, a saúde do trabalhador está garantida no texto constitucional brasileiro. A regulamentação da saúde foi feita através da Lei nº 8.213/91¹², Lei Geral da Previdência Social, que tornou obrigatória a contribuição para todo trabalhador brasileiro e garantiu-lhes a assistência, pelo Estado, em caso de doença.

Importante destacar que as duas espécies de doenças, no âmbito da Previdência Social, são tratadas de forma diversa: enquanto a primeira é reconhecida como decorrente da atividade laboral e na maior parte das vezes são incapacitantes (podendo gerar direito à aposentadora por invalidez e especial), as doenças do trabalho são decorrentes do meio ambiente e podem gerar afastamento temporário.

Apesar das diferenças, ambas as doenças ganham direito ao benefício do Seguro Contra Acidentes de Trabalho. O trabalhador, nesse caso, tem acesso aos direitos previdenciários. Ambas também interferem consideravelmente na produtividade do profissional¹³.

Estabelecida a distinção entre doença profissional e doença ocupacional, é necessário

12 BRASIL. LEI Nº 8.213/91, sobre o *Regime da Previdência Social*. Congresso Nacional, Brasília, 1991.

13 CONEXA SAÚDE. p.p. Disponível em: <https://blog.conexasaude.com.br/doenca-do-trabalho-e-doenca-profissional/>. Consultada em: 09 out. 2020.

verificar o que é a COVID-19, suas origens e suas consequências e na saúde do trabalhador.

4 COVID-19 E SUAS ORIGENS

A saúde é um dos bens jurídicos mais valiosos de todo ser humano, vez que sem ela, não existe vida, somente sobrevivência e a vida só vale a pena ser vivida se tivermos saúde. A preocupação com a saúde vem desde que o homem existe e ela se intensificou a partir do momento em que o homem começou a viver em comunidade.

Segundo Scliar:

Nas sociedades antigas, a saúde era ligada a uma ideia de cura divina. A uma desgraça dos deuses que somente poderia ser combatida por esse prisma: por exemplo, com o fim do Império Romano, a palavra 'mágica acadabra' deveria ser escrita por inteiro na primeira linha; a partir daí uma letra era retirada. A pessoa que usasse pendurado ao pescoço um pergaminho com a inscrição estaria preservada de doenças¹⁴.

E é nesse mesmo sentido que, segundo Schwartz¹⁵:

Nessa época a ideia de cura de doenças (e não de prevenção) se alastrou. Todavia, como resultou ineficaz a ideia de que cada um deveria cuidar de sua saúde, o Estado começou a avocar para si o tratamento das doenças, o indivíduo passou, por exemplo a ter Direito de frequentar um hospital, ao que se pode denominar de início de um Direito à Saúde ligado à presença do Estado – entendido como instituição demonstrativa da elevação de complexidade/contingência da sociedade.

A saúde pública, na Idade Média, ficou relegada à igreja católica, que dominou o planeta através das guerras santas (as Cruzadas) e manteve o seu poder de império, por mais de um século. Entretanto, os padres eram os únicos detentores do conhecimento e, para obter esse *status*, estudavam incansavelmente todas as áreas da ciência. Dessa forma se uma determinada aldeia sofria com alguma peste comunitária, logo mandavam “esgotar todas as cisternas” de onde se captava água dos lençóis freáticos para servir a população; pois a contaminação poderia ter ocorrido através da água, que porventura tivesse sofrido a contaminação por algum animal morto ou qualquer outra espécie de contaminação. Atitude sábia, pois sendo a água o elemento mais natural e necessário à vida no planeta, deve ser cuidada e tratada com muita atenção. E, dessa forma, a cura se fazia pela ação dos padres, mas eram atribuídas à Igreja, à divindade, a condição de milagres, vez que era esse o caráter que se lhe atribuía.

Assim sendo, o ser humano, ao começar a se desenvolver no campo das artes e das ciências, começa a compreender que é necessário se desenvolver, também, no campo da saúde, buscando captar água, tratá-la e canalizá-la para que fosse ofertada saúde à toda a população. De igual forma, compreendeu-se que os dejetos produzidos pelos seres humanos, também deviam sofrer captação e tratamento adequado. Sem esse cuidado as epidemias ocorrerão em larga escala. Os homens cultos, ao assumirem o poder e a direção das nações passaram a compreender essa dinâmica. E, se não o fizeram, foi em razão da própria cupidez, para atender aos seus egoísmos, vaidades e orgulho.

14 SCLIAR, Moacir. *Do Mágico ao Social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L & PM Editores, 1.987.

15 SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 2004, p. 47.

Um outro problema muito comum na contemporaneidade é a alimentação, que deve ser sadia e de qualidade. Entretanto, com a ausência de equilíbrio ambiental e a má distribuição de renda, muitos povos passam fome, sem condições ou recursos para comprar alimentos e possuir vida saudável.

Assim, há países em que pessoas humildes passaram a ter uma alimentação de péssima qualidade e, com a ausência de comida, passaram a entrar em espaços nunca habitados pelo ser humano e a utilizar-se de alimentos impróprios, como o de seres exóticos, tais como morcegos, cobra, cachorros e a transformá-los em alimentos para saciar a fome. A domesticação desses animais, que antes selvagens, trouxe um problema ambiental muito grande, uma vez que esses animais exóticos possuem hospedeiros/vírus, que viviam em seus espaços naturais em harmonia; mas desconhecidos e invisíveis para o homem.

Ao ingressar nesses espaços, o homem se contamina com os vírus ali existentes, mas que lhe é invisível; porque o hospedeiro desses vírus (morcego, cobra, ...) está sendo levado embora para servir de alimentação ou serem domesticados e, para sobreviver, esses vírus se impõem a si próprios uma mutação, se adequando ao ser humano, mas causando-lhe prejuízos muito grande, uma vez que o homem não é hospedeiro natural dos vírus (a isso se denomina “alterações no patógeno”, vez que houve mudança de hospedeiro original), os quais passam a atacar o ser humano nas áreas vitais do seu organismo, como pulmão ou coração, por exemplo, gerando dificuldade de respirar e trazendo enormes prejuízos à vida humana.

Nesse sentido, conforme OPAS/OMS¹⁶ (2019, pp.), 75% do planeta já foi alterado pelas mãos humanas, causando desequilíbrios e alterações no patógeno. São alguns exemplos de alterações no patógeno: a) Zika vírus: - um tipo de vírus transmitido por artrópodes, como insetos; foi isolado em macacos rhesus da floresta Zika, em Uganda. Por 50 anos causou surtos isolados e poucos casos em humanos eram conhecidos. b) Ebola: - A doença é causada pelo vírus ebola, uma zoonose, cujo hospedeiro mais provável são os morcegos. Acredita-se que o vírus foi transmitido para o homem através do contato com sangue, órgãos e fluidos corporais de animais infectados, como chimpanzés, gorilas, morcegos gigantes, antílopes e porcos espinho. c) Sars – Síndrome Respiratória Aguda – foi transmitida por gatos domésticos para os seres humanos; d) Síndrome respiratória do Oriente Médio – Passou de dromedários para os seres humanos; e) - *Aedes Aegypti* – é originário do Egito, na África, e se espalhou pelas regiões tropicais e subtropicais do planeta desde o século XVI, por meio de navios que traficavam escravos.

Segundo Kokke, “o surgimento do COVID-19, também chamado de corona vírus, se deu no mercado de Wuhan /China, num mercado livre onde se comercializa a preços baixos, pescado, frutos do mar, morcegos, cobras, cachorro, etc...¹⁷”.

Assim, o vírus foi ingerido pelo ser humano, sofreu uma mutação para sobreviver e esse passou a ser o novo hospedeiro do vírus. Ocorre que, o hospedeiro anterior, selvagem e exótico, vivia em harmonia com o vírus, mas o homem não tinha imunidade ao vírus e passou a adoecer e a pandemia se instalou no planeta.

Nesse sentido, podemos concluir que a pandemia se originou de uma crise ambiental e alimentar, com modificações do meio ambiente natural e o uso de alimentação de péssima qualidade sanitária, inadequada ao ser humano. O contexto é muito maior do que se pensa:

16 OPAS/OMS (ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE/ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE). *Folha informática Sarampo*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5633:folha-informativa-sarampo&Itemid=1060. Consulta em: 09 out. 2020.

17 KOKKE, Marcelo. *Desastres Biológicos*. Aula ministrada em 24.03.2020, na Escola de Direito Dom Helder Câmara. Disponível em <https://youtu.be/9IXleclC2P4>. Consulta em: 29 set. 2020.

para pararmos essa pandemia será necessário solucionarmos a questão ambiental, com a conservação de florestas, cavernas e grutas em meio ambiente natural, e, antes de explorá-la comercialmente também, realizar um minucioso estudo prévio de impacto ambiental, com o envolvimento de cientistas e estudiosos das áreas de virologia e biologia, para se detectar quais espécies de animais invisíveis habitam esses espaços exóticos e que são tóxicos para o homem e, a partir daí, verificar se é possível invadir ou adentrar esses espaços para explorá-los. Também é preciso realizar uma melhor distribuição de renda, para que toda a população planetária tenha acesso à alimentação de qualidade.

Somente dessa forma (buscando eliminar o egoísmo e atendendo aos princípios da solidariedade e fraternidade) é que poderemos frear a COVID-19 e outras pandemias que virão, caso não olhemos com “olhos e ver” a exacerbada destruição dos espaços naturais, com a extinção de *habitats* naturais e espaços que deveriam ser protegidos, à bem do ser humano.

No tocante à forma de propagação da COVID-19, existem muitas dúvidas por parte da ciência, uma vez que já se detectou a existência do COVID através da propagação aérea, pelas vias respiratórias, com gotículas de saliva que são despejadas pelo contaminado enquanto fala e são espalhadas pelo ar; mas também já se evidenciaram casos do surgimento do vírus em lugares ermos, onde os infectados não tiveram contato humano com qualquer outro ser humano contaminado. Então, como surgiram?

A contaminação pelo coronavírus ocorre quando o muco ou gotículas que contêm o vírus entram no organismo pelos olhos, nariz ou garganta. Na maioria das vezes, esse acesso acontece porque levamos as mãos aos olhos, nariz e boca. Além disso, as mãos também acabam sendo o meio pelo qual o vírus se propaga de uma pessoa para outra¹⁸.

Nesse mesmo sentido o site Biologia Resolvida¹⁹ (2.020) esclarece que:

de um modo geral, a transmissão do coronavírus ocorre pelo ar ou por meio de secreções eliminadas pelo doente (tosse, fala, espirro). O contato pessoal como aperto de mão e o contato com objetos ou superfícies contaminadas (dinheiro, maçanetas, alças de transportes públicos, balcões...), seguido de contato com boca, nariz ou olhos é outra forma de contaminação.

Dessa forma, a ciência ainda está confusa em relação à forma de propagação do vírus. Inúmeras podem ser as possibilidades de contágio. É necessário investigar e pesquisar mais. Logo, no meio ambiente de trabalho é possível essa proliferação por descuido do empregador, mas também por descuido do empregado que, a despeito de sua incúria e negligência pode contrair o vírus fora do meio ambiente do trabalho e inseri-lo e contaminar o ambiente laboral. Se assim for, não será justo responsabilizar o empregador, por ato que este não cometeu.

5 POSICIONAMENTO DO STF: DOENÇA OCUPACIONAL E COVID-19

O presidente da República, em 22.03.20 editou a Medida provisória – MP nº 927/2020²⁰, estabelecendo regras para enfrentar os grandes desafios da COVID-19. Coube ao artigo 29 dessa MP tratar das questões trabalhistas:

18 PORTAL DE INFORMAÇÕES. *Como ocorre a contaminação pelo coronavírus?* Página Principal. Disponível em: <https://www.solidariedadesp.org/portal-de-informacoes>. Consultada em: 10 out. 2020.

19 BIOLOGIA RESOLVIDA. *O que o coronavírus causa no ser humano?* página principal, disponível em: <http://biologiarresolvida.com.br/resumo/coronavirus/>. Consultado em: 10 out. 2020.

20 BRASIL. *Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública COVID-19.* Presidência da República, Casa Civil. Brasília: 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8076235&ts=1600404158330&disposition=inline>. Consultada em: 09 out. 2020.

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

Assim, verificamos que o artigo 29 da MP transferiu ao empregado o ônus de provar o nexo causal com o trabalho, ao contrair a doença desconhecida COVID-19. Entretanto o Supremo Tribunal Federal – STF, a mais alta Corte do país, em 29.4.2020, através do seu Plenário suspendeu, em decisão liminar, a eficácia desse artigo da Medida Provisória e, em 19.07.2020 venceu-se o prazo para ela se transformar em lei sem que o Congresso o fizesse. Assim, a MP perdeu a eficácia. Mas o STF, em decisão liminar entendeu que a COVID-19 é, sim, doença ocupacional.

Nesse sentido, Assis²¹ destaca que:

Para Maria Cibele Valença, a corte suprema entendeu que, pelo fato de ser extremamente difícil comprovar o momento da contaminação, esse ônus não poderia ser imposto ao empregado, por ser muito oneroso e, às vezes, impossível. Mas vale ressaltar que tal também é extremamente difícil tal prova para o empregador.

Apesar da decisão do STF, ainda há muitas dúvidas em relação à questão, vez que a doença é ainda desconhecida, bem como as efetivas formas de contágio, o que dificulta responsabilizar o empregador pela contração da doença de um de seus empregados.

Qual o parâmetro que se vai utilizar para responsabilizar o empregador? E se o trabalhador não fez a sua parte de bem cumprir com o isolamento social? Se contraiu a doença fora do ambiente do trabalho? Vivemos um momento social e sanitário difícil, pois não há testes para se detectar a COVID-19, disponíveis para toda a população e o sistema de saúde vive um caos. Dessa forma, se não temos sequer condições de verificar se o trabalhador contraiu a doença, como verificar de que forma ele a contraiu?

Assim sendo, Assis²² comentando o art. 29 da MP 927/20, destaca que “transferir esse ônus de provar ao empregado seria quase como uma prova diabólica, ou prova impossível, ainda mais em se tratando de uma transmissão comunitária. Além disso, a previsão legal poderia incentivar os empregadores a descumprir as normas de saúde e segurança do trabalho”.

Dessa forma, embora o STF tenha declarado inconstitucional o artigo 29 da MP 929/20, não foi estabelecida qualquer parâmetro para se verificar de que forma se apurará se a COVID-19 é uma doença ocupacional. Para Gomes e Lessa²³, “a legislação que trata do tema e estabelece uma série de requisitos para caracterização de doença como ocupacional continua vigente e será a norma balizadora para a análise desses casos”.

É de se destacar, então, que a doença ocupacional está definida no artigo 20, I, da lei nº 8.213/90²⁴:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

21 ASSIS, Adriesley Esteves. *A COVID-19 como doença ocupacional*. Publicado em 16.06.2020. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/a-covid-19-como-doenca-ocupacional--61.html>. Consulta em: 09 out. 2020.

22 ASSIS, Adriesley Esteves. *A COVID-19 como doença ocupacional*. Publicado em 16.06.2020. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/a-covid-19-como-doenca-ocupacional--61.html>. Consulta em: 09 out. 2020.

23 GOMES, Antônio Cleto. LESSA, Nicya Pita. *O STF estabeleceu que a covid19 é acidente de trabalho?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327024/o-stf-estabeleceu-que-a-covid-19-e-acidente-de-trabalho>. Acessado em: 10 out. 2020.

24 BRASIL. LEI nº 8.213/90 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Congresso Nacional, Brasília, 1990.

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo *exercício do trabalho* peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; (gn)

E, tentando explicar a relação da COVID-19 como doença ocupacional, Monteiro e Bergani²⁵ esclarecem que:

As doenças profissionais, conhecidas ainda com o nome de “idiopatias”, “ergopatias”, “tecnopatias” ou “doenças profissionais típicas”, são produzidas ou desencadeadas pelo exercício profissional peculiar de determinada atividade, ou seja, são doenças que decorrem necessariamente do exercício de uma profissão. Por isso, prescindem de comprovação de nexo de causalidade com o trabalho, porquanto há uma relação de sua tipicidade, presumindo-se, por lei, que decorrem de determinado trabalho. Tais doenças são ocasionadas por microtraumas que cotidianamente agredem e vulneram as defesas orgânicas e que, por efeito cumulativo, terminam por vencê-las, deflagrando o processo mórbido.

Diante de tais ponderações é necessário nos perguntarmos se a decisão do STF transformou, como num passe de mágica, todos os casos de trabalhadores que contraíram COVID-19, em doença ocupacional? Na decisão do STF não se vê esta consideração ou afirmação? O que podemos perceber, apenas, é que, se a própria lei nº 8.213/90 estabelece os critérios para configurar determinada atividade profissional, em doença ocupacional. Os critérios estão muito bem definidos no art. 20, I. Porque motivo esse exercício de adequação que é feito nos demais casos, não o seriam nos casos de COVID? Verifica-se que a COVID-19 não se transformou automaticamente, com a decisão do STF, em doença ocupacional; cada caso deverá ser analisado individualmente.

Nesse mesmo sentido é a posição da cartilha do Sindicato da Indústria de Construção Civil - SINDUSCON-DF, sobre a COVID-19:

Isto é, o que o Supremo Tribunal Federal decidiu, na verdade, é que a contaminação de um trabalhador por Covid-19, para ser declarada doença ocupacional, dependerá de uma análise caso a caso. Isto porque, há casos em que a contaminação pode sim ocorrer em razão das atividades laborais, sobretudo naqueles em que o *próprio trabalho expõe o trabalhador ao risco (área médica)* ou se verifica, com base nos fatos e provas, que o trabalhador estava *exposto ao risco de ser contaminado em razão de negligência de seu empregador* que, por exemplo, deixou de fornecer os equipamentos de proteção recomendados pelas autoridades de saúde ou tomar as medidas preventivas igualmente recomendadas. (gn)

Verificamos, então, que no exercício da atividade profissional, um médico, enfermeiro ou técnico de enfermagem devem atender pacientes no exercício da atividade profissional, com máscaras, luvas, e outros equipamentos de proteção individual. Entretanto, se o empregador não oferecer tais EPIs e esses profissionais forem contaminados com a COVID-19, certamente essa contaminação estará enquadrada nos casos de doença ocupacional.

Assim, pode-se concluir que o STF ao suspender a eficácia do inciso I do art. 29 da MP 927 somente determinou que o ônus da prova não deve ser do empregado, mas o empregado haverá de desenvolver uma atividade profissional que lhe permitisse contrair a COVID-19, no exercício

25 MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.15.

de suas atividades profissionais. A simples contaminação não lhe assegurará o enquadramento em doença ocupacional e a percepção do seguro e licenças médicas decorrentes da contração de doença ocupacional. *Data venia*, pensar de forma diversa, ou que o enquadramento seria automático, é um erro; pois o empregador e a Previdência Social não poderão arcar com um custo da contração da doença sem que esta tenha relação com o trabalho; pois incentivaria os empregados a descumprir normas de saúde e segurança do trabalho.

Entretanto, há posicionamentos diversos em relação ao assunto, vez que o STF somente suspendeu parte da MP, mas não determinou de que forma seria operacionalizada a constatação doença ocupacional ao contraente da COVID-19. Nesse sentido, Tupinambá²⁶ destaca “que em se tratando de atividades com alto risco de contágio, a responsabilidade do empregador será objetiva”.

Dentro desse contexto, o Ministério Público do Trabalho – MPT²⁷, ao editar a Nota Técnica Conjunta nº 04/2020, citou a Occupational Safety and Health Administration - OSHA, estabeleceu uma classificação de risco para os casos de contaminação:

- a) Risco muito alto de exposição: aqueles com alta possibilidade de contaminação, tais como: médicos, enfermeiras, dentistas, paramédicos, técnicos de enfermagem, profissionais que realizam exames ou coletam amostras e aqueles que realizam autopsias;
- b) Risco alto de exposição: profissionais que entram em contato com casos confirmados ou suspeitos de COVID19, tais como: fornecedores de insumos de saúde, e profissionais de apoio que entrem nos quartos ou ambientes onde estejam ou estiveram presentes pacientes confirmados ou suspeitos, profissionais que realizam o transporte de pacientes, como ambulâncias, que trabalham no preparo dos corpos para cremação ou enterro;
- c) Risco mediano de exposição: profissionais que demandam o contato próximo (menos de 2 metros) com pessoas que podem estar infectadas com o novo coronavírus (SARS-coV-2), mas que não são considerados casos suspeitos ou confirmados; que tem contato com viajantes que podem ter retornado de regiões de transmissão da doença; que tem contato com o público em geral (escolas, ambientes de grande concentração de pessoas, grandes lojas de comércio varejista); (iv)
- d) Risco baixo de exposição: aqueles que não requerem contato com casos suspeitos, reconhecidos ou que poderiam vir a contrair o vírus, que não tem contato (a menos de 2 metros) com o público; profissionais com contato mínimo com o público em geral e outros trabalhadores.

Importante destacar que o nexó técnico epidemiológico será verificado pelo médico perito no INSS (art. 21-A da Lei nº 8.213/91) e, caso o empregador discorde, pode recorrer ao órgão competente para afastar o liame causal.

Corroborando com esse entendimento, Assis²⁸, esclarece que no tocante à discordância do empregado:

26 TUPINAMBÁ, Carolina. É verdade que a Covid-19 é considerada doença ocupacional? Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/everdade-que-a-covid-19-e-considerada-doenca-ocupacional-22052020>. Consultada em: 09 out. 2020.

27 BRASIL, *MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO*: Nota Técnica Conjunta nº 04/2020, de 17/03/20 - pgt/coordigualdade/codemat/conaete/conafret/conap. Nota Técnica para a atuação do Ministério Público do Trabalho em face das medidas governamentais de contenção da pandemia da doença infecciosa (COVID 19) para trabalhadoras e trabalhadores domésticos, cuidadores ou vinculados a empresas ou plataformas digitais de serviços de limpeza ou de cuidado. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-4-coronavirus-vale-essa.pdf>. Consultado em: 09 out. 2020.

28 ASSIS, Adriesley Esteves. *A COVID-19 como doença ocupacional*. Publicado em 16.06.2020. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/a-covid-19-como-doenca-ocupacional-61.html>. Consulta em: 09 out. 2020.

Nada impede que, mesmo após o recurso, caso o INSS considere a contaminação como sendo doença ocupacional, o empregador discuta o nexos causal na Justiça do Trabalho e lá produza todas as provas da regularidade de sua conduta e da possibilidade de contaminação em outras ocasiões, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB).

No processo judicial, a parte interessada poderá rediscutir toda a matéria e, na fase instrutória da demanda, será designado perito médico de confiança do julgador que deverá atentar para o que dispõe a Resolução n. 1.488/98, do Conselho Federal de Medicina, em especial no art. 2º, além da Resolução INSS/DC/nº 010, de 23/12/99, bem como o Decreto nº 3.048/99, como bem ressaltou Rafael Ponciano Costa. Pode ocorrer, ao final, que o provimento jurisdicional seja diverso da decisão adotada pelo INSS.

Como o COVID é uma doença nova, sem que se tenha muitos conhecimentos sobre ela, é importante destacar o impacto dessa doença, nos cofres públicos. Segundo Assis²⁹ os impactos desse reconhecimento são os seguintes:

Sendo reconhecido o caráter ocupacional da Covid-19, diversas consequências podem ser listadas, muitas delas citadas pela professora Carolina Tupinambá, quais sejam:

1. A estabilidade provisória no emprego pelo prazo de 12 meses após a cessação do auxílio doença, comum ou acidentário, conforme art. 118 da Lei nº 8.213/91 e súmula 378 do TST;
2. A emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, nos termos do art. 22, sob pena de multa: Acredita-se que, para as empresas com atividades de risco muito alto de contaminação, a emissão de referido documento é essencial;
3. O pagamento de FGTS durante todo o período de afastamento, nos termos do art. 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90;
4. A possibilidade de ocorrência dos crimes de Lesão Corporal (art. 129 do Código Penal), Perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP), até mesmo, de Homicídio (art. 121 do CP);
5. O aumento da alíquota do Fator Acidentário de Prevenção – FAP: pela metodologia do FAP, as empresas que registrarem maior número de acidentes ou doenças ocupacionais pagam mais o Risco Ambiental do Trabalho - RAT. Por outro lado, existe uma bonificação das empresas que registram menos acidentes e doenças ocupacionais, sendo possível reduzir até pela metade a tributação.
6. Ação Regressiva do INSS em face do empregador causador do dano – art. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91;
7. Ressarcimento de despesas médicas: como, por exemplo, o próprio exame para verificação do contágio da Covid-19;
8. Pensão vitalícia aos familiares no caso de morte.

Diante dessas informações, pode-se constatar que, se as contaminações pela COVID-19 não forem alinhadas ao nexos causal, com a atividade profissional do trabalhador, a categorização dela como doença ocupacional, trará um alto custo aos cofres do Estado.

6 CONCLUSÃO

A problemática que envolveu essa pesquisa se centrou em responder ao seguinte questionamento: do julgado do STF, que suspendeu os efeitos do artigo 29 da MP 927/20,

29 ASSIS, Adriesley Esteves. *A COVID-19 como doença ocupacional*. Publicado em 16.06.2020. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/a-covid-19-como-doenca-ocupacional-61.html>. Consulta em: 09 out. 2020.

é possível desprezar o nexo causal e cabe interpretação automática ou em que condições a COVID-19 poderá ser considerada doença ocupacional? Os objetivos da pesquisa foram cumpridos à medida em que se analisou a origem do COVID-19, suas formas de propagação e seus reflexos no meio ambiente do trabalho; bem como analisou-se a legislação, doutrina e jurisprudência aplicada ao caso em análise.

O resultado da pesquisa foi o de que a decisão do STF que passou a considerar a COVID-19 como doença ocupacional, suspendeu o art. 29 da MP nº 927/20, mas deixou uma lacuna; entretanto essa decisão não pode ser interpretada de forma automática, como uma autorização para se enquadrar todo e qualquer caso de contração de COVID-19 por trabalhador, como doença ocupacional; devendo ser analisado o nexo causal; ou seja, deve-se analisar se a doença foi adquirida pelo trabalhador no exercício de sua função. Sem esse nexo causal, relacionando a contração da doença com o exercício da atividade profissional, não é possível considerar como doença profissional, o adoecimento do trabalhador pela COVID-19.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Adriesley Esteves. *A COVID-19 como doença ocupacional*. Publicado em 16.06.2020. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/a-covid-19-como-doenca-ocupacional--61.html>. Consulta em: 09 out. 2020.

BIOLOGIA RESOLVIDA. *O que o coronavírus causa no ser humano?* página principal, disponível em: <http://biologioresolvida.com.br/resumo/coronavirus/>. Consultado em: 10 out. 2020.

BRASIL. *CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas: Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1.943*. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1.942.

BRASIL. *Lei nº 6.938/81 – Política Nacional de Meio Ambiente*. Congresso Nacional: Brasília, 1981.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Congresso Nacional, Brasília, 1.988.

BRASIL. *LEI Nº 8.213/91, sobre o Regime da Previdência Social*. Congresso Nacional, Brasília, 1991.

BRASIL, MPT - *MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: NOTA TÉCNICA CONJUNTA 04/2020*, de 17/03/20 - PGT/COORDIGUALDADE/CODEMAT/CONAETE/CONAFRET/CONAP. Nota Técnica para a atuação do Ministério Público do Trabalho em face das medidas governamentais de contenção da pandemia da doença infecciosa (COVID 19) para trabalhadoras e trabalhadores domésticos, cuidadores ou vinculados a empresas ou plataformas digitais de serviços de limpeza ou de cuidado. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-4-coronavirus-vale-essa.pdf>. Consultado em: 09 out. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública COVID-19*. Presidência da República, Casa Civil. Brasília: 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8076235&ts=1600404158330&disposition=inline>. Consultada em: 09 out. 2020.

CONEXA SAÚDE. Página Principal. Disponível em: <https://blog.conexasaude.com.br/doenca-do-trabalho-e-doenca-profissional/>. Consultada em: 09 out. 2020.

GOMES, Antônio Cleto; LESSA, Nicya Pita. *OSTF estabeleceu que a covid-19 é acidente de trabalho?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327024/o-stf-estabeleceu-que-a-covid-19-e-acidente-de-trabalho>. Acessado em: 10 out. 2020.

JORGE, Alexandre Outeda; SANTOS, Ariane Gomes dos; ROCUMBACK, Dérick Mensinger. *Ambiente de trabalho e doença ocupacional: covid-19 e seus reflexos em números*. 26 de agosto de 2020. p.p. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ambiente-de-trabalho-e-doenca-ocupacional-covid-19-e-seus-reflexos-em-numeros/>. Consulta em: 09 out. 2020.

KOKKE, Marcelo. *Desastres Biológicos*. Aula ministrada em 24.03.2020, na Escola de Direito Dom Helder Câmara. Disponível em <https://youtu.be/9IXleclC2P4>. Consulta em: 29 set. 2020.

LINS, Luiz dos Santos. *Introdução à Gestão Ambiental Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio e POZZETTI, Valmir César. *Gerenciamento Ambiental e Descarte de Lixo Hospitalar*. Revista Veredas do Direito, vol.14, ed. 18. Belo Horizonte: 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/949-Texto%20do%20Artigo-3783-2-10-20170802.htm>. Consulta em: 09 out. 2020.

OPAS/OMS (ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE/ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE). *Folha informativa Sarampo*. Página Principal. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5633:folha-informativa-sarampo&Itemid=1060. Consulta em: 09 out. 2020.

PORTAL DE INFORMAÇÕES. *Como ocorre a contaminação pelo coronavírus?* Página Principal. Disponível em: <https://www.solidariedadesp.org/portal-de-informacoes>. Consultada em: 10 out. 2020.

POZZETTI, Valmir César. *Direito Empresarial e a Natureza Jurídica do Meio Ambiente do Trabalho*. Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 02, n°. 43, Curitiba, 2016, p.171. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/1826-5732-1-PB.pdf>. Consulta em: 09 out. 2020.

SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 2004.

SCLIAR, Moacir. *Do Mágico ao Social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L & PM Editores, 1.987.

TUPINAMBÁ, Carolina. *É verdade que a Covid-19 é considerada doença ocupacional?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/everdade-que-a-covid-19-e-considerada-doenca-ocupacional-22052020>. Consultada em: 09 out. 2020.

DA RELEITURA DO REGIME JURÍDICO TRABALHISTA À PROPOSTA DE UM NOVO MARCO REGULATÓRIO: REFLEXÕES A PARTIR DOS DESAFIOS AGRAVADOS PELA PANDEMIA DE COVID-19¹

Amauri César Alves

Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento.

Roberto Henrique Pôrto Nogueira

Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento (NDP) e do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID-UFOP).

Sumário: 1 Introdução; 2 O Direito do Trabalho em Crise Estrutural; 3 Um Novo Direito do Trabalho Para Além Do Emprego: Atuação Pela Via da Reinterpretação da Regra Posta; 3.1 Possibilidades de ampliação da proteção celetista: análise da “dependência” celetista e da “subordinação jurídica”; 3.2 O conceito de “trabalhador” no “caput” do artigo 7º da Constituição da República; 3.3. A vulnerabilidade do trabalhador na definição do sujeito da proteção; 4 Novo Marco Regulatório das Relações Capital-Trabalho; 4.1. Premissas e Princípios; 4.2 A relação de trabalho na proteção ampliada e a relação de emprego no Código do Trabalho; 4.3 A vulnerabilidade do trabalhador no novo marco regulatório das relações capital-trabalho; 5 Conclusão; Referências;

¹ Trabalho desenvolvido no contexto do Grupo de Apoio Jurídico à Gestão de Crise Pandêmica da COVID-19 (PPGD-UFOP). Parte desse trabalho conta com o apoio do Auxílio Pesquisador UFOP 2020.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se delinear uma perspectiva interpretativa “de lege lata” e propositiva “de lege ferenda” no sentido de contribuir para a discussão acerca da adequada proteção do trabalhador pelo Estado. Assim, busca-se enxergar um Direito do Trabalho ampliativo de sua circunscrição à relação de emprego, bem como sugestivo de regime jurídico constitucionalmente coerente para a tutela das relações capital-trabalho no Brasil.

Trata-se, a rigor, de esforço urgente, especialmente diante da crise estrutural do Direito do Trabalho no Brasil e em boa parte do mundo, agravada pelo panorama pandêmico da COVID-19.

O estudo jurídico-prospectivo, edificado a partir de uma vertente teórico-dogmática que discute as possibilidades de revisitação da base do Direito do Trabalho decorrentes dos parâmetros constitucionalmente fundados para a regência do trabalhador no âmbito das relações capital-trabalho, tem sua importância revelada na medida em que a pandemia de COVID-19 favorece a aceleração do processo de sofisticação de estratégias de dominação e de exploração do trabalho humano, em uma fase de maior dificuldade para a percepção desses novos modelos e para a resistência a seu *modus operandi*.

Cabe, para tanto, elucidar o Direito do Trabalho em relação à fragilidade atual de sua estrutura, quando considerada a sua finalidade constitucional. Assim, parece ser viável cogitar de um Direito do Trabalho para além do emprego, em uma releitura pela via da interpretação da regra posta, que tende a conduzir ao redesenho das noções de “dependência” celetista e de “subordinação jurídica”, bem como do conceito de “trabalhador” havido no “caput” do artigo 7º da Constituição da República. Tem lugar, ainda, a exploração da ideia de vulnerabilidade do trabalhador e de seu papel no dimensionamento da definição do sujeito da proteção.

E se os fundamentos constitucionais relacionados a direitos e garantias fundamentais se horizontalizam para as relações entre particulares, é possível cogitar, também a partir dos parâmetros nucleares do ordenamento jurídico, de ajustes propositivos ao regime jurídico adequado às relações capital-trabalho, que contemplem a proteção ampliada ao trabalho humano em todo o fausto da vulnerabilidade do trabalhador.

2 O DIREITO DO TRABALHO EM CRISE ESTRUTURAL

O Direito do Trabalho no Brasil e em boa parte do mundo vem experimentando, em maior ou menor grau, uma crise estrutural que não decorre somente ou necessariamente da pandemia de COVID-19. É anterior e tem sua origem no neoliberalismo estadunidense e inglês da década de 1970, que impôs ao mundo reestruturações produtiva e estatal. A crise de saúde mundial dos tempos atuais apenas recrudescer o ataque que os direitos dos trabalhadores experimentam desde o final do século passado. Importante então, brevemente, revisitar a crise estrutural do Direito do Trabalho para que seja possível em seguida propor resistências nos termos da lei atual e também por meio de um novo marco regulatório da relação capital-trabalho.

Embora a crise estrutural que se abateu sobre o Direito do Trabalho no final do século passado tenha causas múltiplas e teorizações em ciências diversas,² a opção aqui é por concentrar a análise no neoliberalismo, pois tal doutrina mais claramente impôs mudanças no sistema justralhista brasileiro desde então.

2 Crise do petróleo, processos inflacionários, recessões econômicas, desenvolvimento tecnológico, informacional e de comunicações, reestruturação produtiva pós-fordista. Administração de Empresas, Economia, Tecnologia da Informação, Sociologia do Trabalho e Engenharia.

Etimologicamente percebe-se de início o uso do prefixo “neo”, o que indica que antes do atual modelo houve um outro, também liberal, e que o que há agora é um novo liberalismo em curso no mundo. Sobre o liberalismo inicial e o neoliberalismo posterior leciona Leda Maria Paulani:

O liberalismo, como todos sabem, é uma doutrina social que nasce com Locke, no século XVII, atravessa todo o século XVIII, passa pela filosofia radical inglesa, pelo iluminismo escocês e pela mão invisível de A. Smith até sofrer um duro questionamento no século XIX, pelas mãos de Auguste Comte e Karl Marx, entre outros, mesmo século este, aliás, em que o capitalismo experimenta suas primeiras grandes crises.³

[...]

Cabe aqui adiantar que já estava em germe, nas considerações de Smith, uma idéia que seria cara aos pais do neoliberalismo, dentre eles, e de modo particular, Hayek: a economia de mercado, ou em outros termos, a sociedade organizada materialmente pelo mercado, constituiria a única possibilidade de compatibilizar, de um lado, a liberdade individual, e de outro, um resultado social aceitável que, no entanto, seria não-intencional. Não se tratava, portanto, de postular de antemão, como resultado necessário, qualquer tipo de equilíbrio ou de otimalidade que o sistema inexoravelmente atingiria.⁴

Na perspectiva do Estado, sua atuação econômica deveria ser mínima, pois o mercado cuidaria de organizar as relações sociais, dentre elas a empregatícia. A liberdade é levada ao extremo na perspectiva de mínima intervenção do Estado principalmente nas relações intersubjetivas, como a de emprego.

O neoliberalismo tem origens econômicas e posteriormente se espalha para outros campos, como o Direito do Trabalho. Pode ser visto como resposta econômica ao Estado de Bem-Estar Social do final do século passado. Os detentores do poder econômico não queriam mais sustentar políticas estatais de inserção social dos trabalhadores, tendo então optado por um novo modelo, menos oneroso e que recuperava as ideias de liberdade contratual ampla e de não intervenção do Estado nas relações entre particulares.

Embora de origem inglesa e estadunidense o neoliberalismo foi implementado em quase todo o mundo, com forte propaganda voltada para a América Latina, como leciona David Ibarra, o que se percebeu e se percebe até hoje no Brasil:

Em termos propagandísticos, o neoliberalismo difundiu, no Terceiro Mundo, a tese esperançosa de que o jogo livre dos mercados fecharia a brecha do atraso, ao passar não somente pela abertura de fronteiras, como também pela estabilização de preços e contas públicas. Com algum simplismo, postulou-se que o desenvolvimento exportador e de investimento estrangeiro erradicariam a pobreza crônica do subdesenvolvimento, enquanto a difusão automática das melhoras tecnológicas elevaria os padrões de vida e se inverteriam em favor da orientação mercantil das políticas públicas. De modo análogo, sublinhou-se que os mercados abertos e a transparência das transações do governo ou dos particulares colocariam um fim na procura de gastos ou privilégios desmerecidos, isto é, serviriam de antídoto eficaz contra a corrupção.⁵

3 PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e Individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, v.13, p.115-127, dez. 1999, p. 115.

4 PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e Individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, v.13, p.115-127, dez. 1999, p. 117.

5 IBARRA, David. O neoliberalismo na América Latina. *Revista de Economia Política*, v.31, n.2 (122), p.238-248, abr./jun. 2011, p.239.

Desde o final do século passado até os dias atuais o Brasil está sob forte influência neoliberal, que se aplica também, e em alguns momentos principalmente, ao Direito do Trabalho. Uma das características marcantes do neoliberalismo no Direito do Trabalho é o incentivo, como agora na pandemia de COVID-19, à negociação direta, “individual”, entre patrões e empregados.

A ideologia neoliberal influenciou também o trabalhador, que passa a se perceber não mais como um sujeito coletivo, inserido em uma grande classe explorada, mas individualizado e por isso quase naturalmente busca proteger seu empregador para proteger o emprego. Dardot e Laval falam de um novo sujeito decorrente do neoliberalismo:

Se existe um novo sujeito, ele deve ser distinguido nas práticas discursivas e institucionais que, no fim do século XX, engendraram a figura do homem-empresa ou do “sujeito empresarial”, favorecendo a instauração de uma rede de sanções, estímulos e comprometimentos que tem o efeito de produzir funcionamentos psíquicos de um novo tipo. Alcançar o objetivo de reorganizar completamente a sociedade, as empresas e as instituições pela multiplicação e pela intensificação dos mecanismos, das relações e dos comportamentos de mercado implica necessariamente um devir-outro dos sujeitos. O homem benthamiano era o homem *calculador* do mercado e o homem *produtivo* das organizações industriais. O homem neoliberal é o homem *competitivo*, inteiramente imerso na competição mundial.⁶

Obviamente o patrão também soube se valer do discurso neoliberal para melhor exercer o poder empregatício e influenciar a percepção que o empregado tem de si na relação capital-trabalho no Brasil. Assim, o espírito neoliberal atinge amplamente trabalhadores e patrões no Brasil, tendência que pode ser exacerbada pela pandemia de COVID-19.

Possível identificar dez características básicas do neoliberalismo que mais impactam o Direito do Trabalho brasileiro: Estado mínimo, economia de mercado (sociedade organizada materialmente pelo mercado), desregulamentação, privatizações, desestatização da economia, crescimento da especulação em detrimento da produção, flexibilização, globalização da economia e da produção, contenção de gastos públicos e individualismo em detrimento da coletividade.

À ideia de Estado mínimo correspondeu a busca do capital pela fábrica mínima e pelo Direito do Trabalho mínimo. A sociedade organizada materialmente pelo mercado afasta a centralidade do Estado na regulamentação da relação capital-trabalho, do que decorre a desregulamentação dessa avença especial. As privatizações e a desestatização da economia tiram boa parte da proteção trabalhista dos até então empregados públicos. O crescimento da especulação em detrimento da produção causa desemprego, subemprego e, conseqüentemente, redução da massa salarial formal no país. A flexibilização torna-se marca da nova legislação neoliberal, pois a regra estatal, a fábrica, o mercado e o consumo devem se mostrar flexíveis para atender às demandas do capitalismo globalizado. A globalização da economia e da produção traz novos modelos produtivos, com impactos diretos na forma de contratar, remunerar e subordinar os trabalhadores. A contenção de gastos públicos concentra-se em benefícios sociais e previdenciários dos trabalhadores, mas não se verifica no pagamento de juros de dívidas e em favores para os bancos. O individualismo enfraqueceu as lutas sindicais e incentivou a negociação direta empregado-empregador.

6 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 322.

Especificamente no que se refere ao Direito do Trabalho brasileiro muitas foram as alterações e as propostas de mudanças⁷ normativas de influência neoliberal, conforme se depreende do seguinte quadro exemplificativo:

Quadro 1 – Direito do Trabalho e normatização neoliberal. Exemplos.

Norma/Ano	Conteúdo essencial	Característica Neoliberal
L.8.949/1994	Presunção de inexistência de vínculo empregatício em cooperativas de trabalho	desregulamentação, individualismo
MP1053/1995	Vedação de reajuste salarial com base na inflação	contenção de gastos públicos, economia de mercado
L.9.300/1996	Exclusão da natureza remuneratória da moradia do trabalhador rural	flexibilização
L.9.472/1997	Possibilidade de terceirização em atividades essenciais de telecomunicações	globalização, privatizações
L.9.504/1997	Impossibilidade de vínculo empregatício com candidatos e partidos políticos em campanha	desregulamentação
L.9.601/1998	Banco de horas e compensação de jornadas	flexibilização
L.9.608/1998	Trabalho voluntário em instituições públicas e privadas	contenção de gastos públicos, desregulamentação
EC.28/2000	Prescrição trabalhista do empregado rural	flexibilização
L.9.958/2000	Comissões de Conciliação Prévia e limitações ao acesso à justiça	contenção de gastos públicos
MP2164/2001	Trabalho em tempo parcial, suspensão do contrato para qualificação profissional	flexibilização
L.10.101/2000	PLR desvinculada da remuneração	flexibilização, desregulamentação
L.10.208/2001	“Opção” de extensão do FGTS do empregado doméstico	flexibilização
L.10.243/2001	Limitação dos minutos residuais e exclusão de natureza remuneratória de utilidades	flexibilização, desregulamentação
L.11.101/2005	Limitação da preferência do crédito trabalhista na falência	contenção de gastos públicos
L.11.718/2008	Contrato de trabalho rural de pequeno prazo sem CTPS	desregulamentação
L.13.429/2017	Terceirização em qualquer atividade do tomador dos serviços	flexibilização, contenção de gastos públicos
L.13.467/2017	“Reforma Trabalhista”	Estado mínimo, desregulamentação, flexibilização e individualismo
L.13.874/2019	“Liberdade Econômica”. CTPS eletrônica, ponto manual, registro de ponto por exceção	flexibilização
MPV 905/2019	“Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”	flexibilização, desregulamentação

7 No caso das Medidas Provisórias apresentadas em 2019 e 2020 pouco relevante para o presente estudo é a sua aprovação ou não pelo Congresso Nacional. O que se pretende demonstrar é o espírito neoliberal da proposta de alteração normativa, e não necessariamente seus efeitos nos contratos.

MPV 927/2020	Flexibilização dos direitos referentes às férias Ampliação dos prazos máximos do Banco de Horas Afastamento do empregado para qualificação, sem pagamentos ⁸ Flexibilização de jornada e períodos de descanso dos trabalhadores da área da saúde	flexibilização, individualismo
MPV 936/2020	Redução de jornada e de salário sem negociação coletiva Suspensão do contrato de trabalho sem salário integral, mas com benefícios governamentais, ainda que parciais	flexibilização, desregulamentação

Fonte: organizado pelos autores.

A pandemia de COVID-19 pode exacerbar a crise do Direito do Trabalho por gerar desemprego e emprego desprotegido, pois as propostas estatais de socorro à economia são feitas às custas do salário do empregado, conforme se depreende do quadro acima. Em outra perspectiva, o fato de a maioria da classe trabalhadora se encontrar excluída da relação de emprego protegida poderá significar a necessidade de mudança estrutural no Direito do Trabalho, que poderá alcançar relações para além do emprego, o que poderá acarretar o fim crise ou pelo menos seu arrefecimento. O que se espera é o retorno à ampla proteção do trabalhador pelo Estado, o que será aqui ensaiado em duas perspectivas, não necessariamente excludentes, “de lege lata” e “de lege ferenda”. A primeira pretende revelar um novo Direito do Trabalho para além do emprego, valendo-se tão somente da reinterpretação da regra posta. A segunda propõe um novo marco regulatório das relações capital-trabalho no Brasil, em legislação a ser feita.

3 UM NOVO DIREITO DO TRABALHO PARA ALÉM DO EMPREGO: ATUAÇÃO PELA VIA DA REINTERPRETAÇÃO DA REGRA POSTA

Um novo Direito do Trabalho no Brasil é possível mesmo sem alterações substanciais na legislação ordinária ou da Constituição da República. Nesse momento do estudo serão apresentadas possibilidades de um novo Direito do Trabalho com a preservação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ou seja, bastando a reinterpretação da regra posta. Três serão as abordagens: possibilidade de ampliação da proteção celetista, reinterpretação do conceito de “trabalhador” do artigo 7º da Constituição da República e a utilização do conceito de vulnerabilidade trabalhista para a definição do sujeito da proteção estatal.

3.1 Possibilidades de ampliação da proteção celetista: análise da “dependência” celetista e da “subordinação jurídica”

Durante o século XX, no período de afirmação, sistematização e posterior constitucionalização do Direito do Trabalho no mundo, a escolha dos Estados nacionais foi majoritariamente pela proteção ao emprego, e não necessariamente uma proteção ampla ao trabalho. A justificativa era, e ainda é, a hegemonia da relação empregatícia no contexto econômico que envolve capital e trabalho no sistema capitalista também hegemônico no mundo. Sendo assim, a avença empregatícia era majoritária no contexto produtivo e, conseqüentemente, era suficiente para garantir proteção àqueles que necessitavam da tutela estatal para corrigir desigualdades naturais da relação capital-trabalho. Dentre outros fatores,^{9a}

⁸ O artigo 18 da MPV 927/2020 foi revogado pela MPV 928/2020 após duríssimas críticas da sociedade brasileira, pois em momento de grave crise sanitária o Estado brasileiro abandonava o trabalhador com contrato suspenso e sem qualquer pagamento de salário. A MPV 927/2020 previa que qualquer pagamento decorreria de ato voluntário do empregador, sem qualquer obrigação legal.

⁹ Neoliberalismo, globalização, reestruturação produtiva, avanços nas telecomunicações, desemprego estrutural, ideário empreendedor, individualização do trabalhador, enfraquecimento da representação sindical, etc.

pandemia de COVID-19 parece sinalizar para uma mudança na centralidade do emprego no âmbito das relações capital-trabalho, o que poderá exigir uma nova conformação da proteção estatal trabalhista.

É possível identificar movimentos de ampliação, reestruturação, redução e flexibilização do Direito do Trabalho brasileiro¹⁰ ao longo do tempo. Ao presente artigo interessa propor sua reestruturação e, no presente subitem, isso acontecerá pela via da ampliação em comparação com o cerne do Direito do Trabalho consolidado em 1943, o que se fará pela reinterpretação da regra posta.

Um novo Direito do Trabalho pela reinterpretação da norma atual certamente passa por releitura do artigo 3º da CLT. Muito embora o reconhecimento da figura jurídica do empregado e sua caracterização fática dependam da confluência de cinco requisitos (trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação), historicamente o debate sobre a ampliação da proteção trabalhista se concentra na subordinação jurídica.

A ideia é relativamente simples, no que concerne à ampliação do conceito e do alcance da regra do artigo 3º da CLT, que expressamente não trata de “subordinação”, mas de “dependência”. Da mesma forma que o conceito de dependência evoluiu para a ideia de subordinação é também possível, e com respaldo histórico e jurídico, uma nova caracterização do requisito para que a CLT passe a alcançar novos sujeitos da proteção trabalhista. Não faltam teorias que buscam ampliar a ideia de dependência fixada no artigo 3º da CLT. Inicialmente, alude-se à tese que parece ter recebido maior respaldo no Brasil nos últimos anos, qual seja, a subordinação estrutural do Prof. Maurício Godinho Delgado:

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.¹¹

Assim, não há necessidade de ordens diretas quanto ao modo da prestação laborativa, próprias da subordinação clássica, para que se afirme o requisito da subordinação, bastando que o trabalhador se mostre inserido estruturalmente na dinâmica do empreendimento em que entrega sua força de trabalho ou saber-fazer.

Importante também a ideia de subordinação potencial, sugerida por Danilo Gonçalves Gaspar:

Nesse sentido, pode-se afirmar que há subordinação potencial quando o trabalhador, sem possuir o controle dos fatores de produção e, portanto, o domínio da atividade econômica, presta serviços por conta alheia, ficando sujeito, potencialmente, à direção do tomador dos serviços, recebendo ou não ordens diretas desse, em razão de sua inserção na dinâmica organizacional do tomador.¹²

10 ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes de. Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do Direito do Trabalho no Brasil. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018.

11 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019, p. 352-353.

12 GASPAR, Danilo Gonçalves. *Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica*. São Paulo: LTr., 2016, p. 199.

Interessante notar, aqui, que também é desnecessária a subordinação clássica para que se reconheça a subordinação, bastando que possa o contratante exercer direção das atividades do trabalhador hipossuficiente.

A tese de subordinação objetiva, concentrada na atividade do prestador dos serviços, é defendida por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, que apresenta indicações para a compreensão fática e jurídica do requisito do emprego:

[...] a intervenção patronal verifica-se na e sobre a *atividade* do trabalhador e não na e sobre a sua *pessoa*. Se o trabalho ao ser prestado, como energia, não se separa da pessoa do trabalhador, surgem as interposições da intervenção na pessoa deste. Contudo essas interposições não têm sua razão de ser senão e enquanto digam respeito à correção e à normalidade daquela prestação.

A substância da relação de trabalho, como o objeto a que visa o empregador, é a *atividade*, e esta deve ser pessoal.

O elemento vinculativo que liga o empregado ao empregador é a *atividade*, que se torna o dado fundamental para a caracterização objetiva da relação de emprego, assim como o elemento definidor do contrato de trabalho. E somente a *atividade*, o modo de conduzir-se a sua aplicação, a *execução* do trabalho (ou sua potenciação) é que autorizarão a intervenção do empregador, com as medidas corretivas de ordem *técnica* e *funcional*.¹³

Sendo assim, é possível a caracterização do emprego a partir da análise objetiva da atividade laborativa e não necessariamente pela identificação de ordens diretas, comando, chefias e outros modos de exteriorização da direção.

Inovações tecnológicas relacionadas à mediação do trabalho por aplicativos vêm experimentando crescimento importante em todo o mundo nesse início de século. Agora, a imposição do distanciamento social pela pandemia de COVID-19 influenciou diretamente o aumento do número de trabalhadores nessas atividades. Além disso, o aumento do desemprego e as possibilidades de emprego desprotegido (redução de jornada com redução de salário, por exemplo) forçaram trabalhadores a buscar alternativas no trabalho para aplicativos. As relações trabalhistas daí decorrentes são marcadas por uma subordinação por algoritmos, que basicamente consiste em forma de organização, gestão e direção da atividade laborativa de modo automático, lógico, flexível e constante, sem a figura física de alguém no controle mas sem perda de produtividade e de fiscalização, que são potencializadas em razão da intensiva utilização da tecnologia.

Na mesma linha Rodrigo de Lacerda Carelli compreende o controle por programação como uma nova forma de organização empresarial, caracterizada pela governança pelos números:

Enquanto o *taylorismo/fordismo* centrava-se na subordinação do trabalhador a uma racionalidade que lhe restava exterior, agora o foco está na sua programação, pela apresentação de metas, regras e medida dos resultados do trabalho por meio de indicadores estatísticos. É importante, no entanto, que o sujeito se aproprie dessa avaliação para reagir positivamente à lacuna que ela revela entre sua performance e seus objetivos.

[...]

No novo regime, a organização do trabalhador – e conseqüentemente o seu controle – apresenta-se de forma diferente: é a programação por comandos. Restitui-se ao trabalhador certa esfera de autonomia na realização da prestação.

13 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999, p. 476.

Esta é a direção por objetivos. A partir da programação, da estipulação de regras e comandos preordenados e mutáveis pelo seu programador, ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para realizar os objetivos assinalados pelo programa. Os trabalhadores, nesse novo modelo, devem estar mobilizados e disponíveis à realização dos objetivos que lhe são consignados.¹⁴

Nesse novo contexto produtivo marcado pela mediação tecnológica do trabalho, que o distanciamento social imposto pela pandemia de COVID-19 potencializa, o contratante tenta se ocultar por meio do algoritmo, ou pelo menos obnubilar a subordinação por meio da tecnologia digital.

Uma ideia interessante, de subordinação ao sistema capitalista, pode ser relevante nesse momento em que trabalhadores desempregados e em empregos desprotegidos causados pela aludida pandemia são forçados a assumir um falso empreendedorismo, “que se apresenta como igualdade entre... capitalistas, sendo um deles mero ‘proprietário’ de sua própria força de trabalho.”¹⁵ A historiadora Virgínia Fontes denuncia que “está em curso um processo de subordinação direta – sem a mediação de emprego ou contrato – dos trabalhadores às mais variadas formas de capital” e explica que

[...] a superposição de modalidades díspares de subordinação do trabalho ao capital exacerba a fragmentação efetiva da massa de trabalhadores seccionados entre os com-direitos, os com algum-direito, os com poucos-direitos, os quase-sem-direitos e os sem-direitos que, precisando defender seu lugar específico na hierarquia de direitos, dessolidariza o conjunto de maneira profunda. Outra tendência forte é a dessolidarização intergeracional: conservam-se os direitos dos mais velhos, enquanto são praticamente suprimidos os direitos dos novos ingressantes no mercado de trabalho.¹⁶

Essa situação de fragmentação da classe trabalhadora deve ser enfrentada pelo Direito do Trabalho, sob pena de perder seu caráter teleológico. O Estado deverá ampliar a proteção para incluir não só os empregados (“com-direitos”), mas também aqueles que hoje não se enquadram no conceito de emprego, mas que compõem a classe trabalhadora e que hoje se vêem “com algum-direito”, “com poucos-direitos”, “quase-sem-direitos” e mesmo “sem-direitos”. Uma das possibilidades, dentre outras que serão aqui abordadas, é a releitura da norma contida no artigo 7º, “caput” da Constituição da República.

3.2 O conceito de “trabalhador” no “caput” do artigo 7º da Constituição da República

É possível estruturar um novo Direito do Trabalho pela reinterpretação da regra constitucional do “caput” do artigo 7º. A ideia é relativamente simples e segue a lógica desenvolvida no subitem anterior. O legislador constituinte de 1987-1988 não quis utilizar no rol de direitos sociais do artigo 7º da Constituição da República a expressão “empregados”. Preferiu elencar quais seriam os “direitos dos trabalhadores”. Foram doutrina e jurisprudência que fixaram no início dos anos 1990 a interpretação de que os direitos constitucionais do artigo

14 CARNEIRO, Jacksely Aparecida; BERNARDES, Thaís Silva. Direito dos Trabalhadores na Constituição da República: análise dos destinatários da proteção fixada no *caput* do artigo 7º. In: ALVES, Amauri Cesar; LINHARES, Roberta Castro Lana; CASTRO, Thiago Henrique Lopes de. *Direito dos trabalhadores na assembleia nacional constituinte*: análise crítica da tramitação de regras dos artigos 7º, 8º e 9º da Constituição da República. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019, p.139-140.

15 FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. *Marx e o Marxismo*, v.5, p.45-67, 2017, p.52.

16 FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. *Marx e o Marxismo*, v.5, p.45-67, 2017, p.63-64.

7º estariam garantidos apenas aos empregados, nos moldes do artigo 3º da CLT. Essa opção do legislador pode ser identificada nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, conforme pesquisa documental realizada por Jacksely Aparecida Carneiro e Thaís Silva Bernardes:

Os constituintes Israel Pinheiro Filho e José Geraldo também apresentaram uma emenda modificativa do art. 14, apresentando a seguinte redação: “São direitos sociais dos empregados urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social”. A justificação dos constituintes foi proposta para substituir o caput do dispositivo a expressão “trabalhadores” para “empregado”. Para os citados legisladores a expressão “trabalhadores” abrange vários tipos, desde os profissionais liberais, até os diretores de empresas, sendo que os direitos tratados pelos incisos deste dispositivo consideram a relação de emprego exclusivamente, tornando inadequado a expressão “trabalhadores.”¹⁷

A Assembleia Nacional Constituinte afastou a proposição de constar no rol dos direitos sociais trabalhistas a expressão “são direitos dos empregados”, tendo preferido conteúdo mais amplo, agora consagrado no artigo 7º, “são direitos dos trabalhadores”. Essa escolha constitucional não pode ser despercebida pelo intérprete, que tem a oportunidade, ainda que tardia, de recolocar o Direito do Trabalho em um patamar amplo, que lhe foi garantido constitucionalmente.

Possível, portanto, ampliar a esfera de proteção do Direito do Trabalho, pelo menos em matriz constitucional e no que se refere aos direitos previstos no artigo 7º da Constituição da República, ao se estabelecer literalmente que todos os trabalhadores têm direitos sociais ali fixados e não só os empregados.

Marcella Pagani defende que a “interpretação restritiva do caput do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, confronta com o princípio da igualdade.” Para a professora, “depreende-se de simples leitura de tal dispositivo constitucional que a intenção do legislador foi a de ampliar o campo de radiação dos direitos trabalhistas, garantindo-os a todo e qualquer trabalhador.”¹⁸ Na mesma linha aqui defendida, alerta que

[...] se a tutela do Direito do Trabalho não alcançar todo e qualquer trabalho exercido pelo homem, esse ramo jurídico estará contrariando a própria ordem constitucional, vez que não estará promovendo nem garantindo o trabalho enquanto direito social e os princípios fundamentais do primado do trabalho e do valor social do trabalho, bem como violando o direito fundamental ao trabalho digno. A expansão do ramo juslaboral é, por consequência, comando imperativo da ordem constitucional.¹⁹

A nova compreensão se afirma pela simples reinterpretação doutrinária e jurisprudencial do disposto no artigo 7º da Constituição da República, mas provavelmente melhor se concretizará, por diversos motivos, em um novo marco regulatório das relações capital-

17 CARNEIRO, Jacksely Aparecida; BERNARDES, Thaís Silva. Direito dos Trabalhadores na Constituição da República: análise dos destinatários da proteção fixada no *caput* do artigo 7º. In: ALVES, Amauri Cesar; LINHARES, Roberta Castro Lana; CASTRO, Thiago Henrique Lopes de. *Direito dos trabalhadores na assembleia nacional constituinte: análise crítica da tramitação de regras dos artigos 7º, 8º e 9º da Constituição da República*. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019, p. 25.

18 PAGANI, Marcella. *Uma alternativa para a expansão do Direito do Trabalho: a contribuição sociotrabalhista*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PaganiM_1.pdf, acesso em 06 jul. 2020, p. 38.

19 PAGANI, Marcella. *Uma alternativa para a expansão do Direito do Trabalho: a contribuição sociotrabalhista*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PaganiM_1.pdf, acesso em 06 jul. 2020, p. 66.

trabalho, conforme será desenvolvido adiante, sendo possível pensar, antes, em ampliação da proteção pela aplicação do conceito justrabalhista de vulnerabilidade.

3.3. A vulnerabilidade do trabalhador na definição do sujeito da proteção

Tendo em vista que o Direito do Trabalho emerge da necessidade de proteção específica de um dos sujeitos de uma relação contratual específica, a teoria das vulnerabilidades pode vir a influenciar na definição do sujeito da proteção trabalhista.

A vulnerabilidade desafia o Direito do Trabalho à sua compreensão, em uma perspectiva dinâmica, multifacetada, elástica e multidimensional. Logo, as vulnerabilidades são circunstanciais, apresentam-se por feições mutáveis, podem ser configuradas casuisticamente para ampliar o espectro da proteção trabalhista e admitem múltiplas dimensões que, se sobrepostas, podem acarretar o fenômeno da hipervulnerabilidade ou da vulnerabilidade agravada.

O tratamento jurídico amplo da categoria jurídica em apreço parte de seu fundamento intrassistêmico constitucional para operar no Direito do Trabalho pela via do reconhecimento das circunstâncias caracterizadoras das vulnerabilidades. A “compreensão de extensão de direitos trabalhistas aos trabalhadores não empregados, porém vulneráveis, tem respaldo na Constituição da República, artigo 7º, *caput*; artigo 1º, inciso IV; artigo 6º e artigo 193.”²⁰

Para o Direito do Trabalho, portanto, a sua revisitação a partir das concepções diversas de vulnerabilidades não parece ser apenas uma opção interpretativa. As metas constitucionais para a consagração do personalismo ético repercutem, imperativamente, no desenho do sistema jurídico trabalhista.

O extinto Ministério do Trabalho e Emprego subscreve documento que aborda aspectos conceituais da vulnerabilidade social, no que tocava aos propósitos da pasta. Para tanto, leva em consideração que a noção adequada de vulnerabilidade social no mundo do trabalho deve ser visualizada no panorama do “conjunto das profundas transformações que, nas últimas décadas, afetaram negativamente o mundo do trabalho.” Esse quadro envolve desde a crise do padrão de desenvolvimento do pós-segunda guerra até as novas estratégias de exploração do trabalho inauguradas pelas tecnologias emergentes.²¹

O regime das vulnerabilidades, da parte do Direito do Trabalho, parece depender, inexoravelmente, da visão segundo a qual deve haver proteção do trabalhador contra a elaboração crescente dos métodos de exploração do trabalho humano, bem como deve haver promoção, no que se refere à liberdade substancial para o aproveitamento das oportunidades de inserção ocupacional. Assim, para que o Direito do Trabalho lide com o escopo que lhe é genético, deve enxergar graus e dimensões dessas vulnerabilidades, sempre em um sentido dinâmico, para fazer frente ao risco de precarização do mercado de trabalho.²²

Na linha das vulnerabilidades que decorrem da deficiência da igualdade substancial, é recorrente a categorização que distingue vulnerabilidade nas perspectivas negocial, hierárquica, econômica, técnica, informacional, psíquica e ambiental.²³

20 ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.63907>, p.133-134.

21 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Aspectos conceituais da vulnerabilidade social*. Brasília: UNICAMP, 2007, p. 7.

22 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Aspectos conceituais da vulnerabilidade social*. Brasília: UNICAMP, 2007, p. 13.

23 ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.63907>, p. 123.

Adolfo Nishiyama considera que a vulnerabilidade é corolário positivo voltado à proibição constitucional da discriminação.²⁴ A suscetibilidade à discriminação em razão de perfis específicos é verdadeira vulnerabilidade identitária. Com efeito, a dignidade da pessoa humana não dispensa o dever, de fundo constitucional, de fazer emergir um Direito apto a promover a superação de desequilíbrios degradantes, o que a pandemia de COVID-19 e a atual resposta estatal aos seus efeitos parecem potencializar.

Se as vulnerabilidades são muitas, tanto em formas quanto em extensões, e tendo em vista que podem se sobrepor, ao Direito do Trabalho compete, no compromisso de implementação das metas constitucionais de valorização do trabalho e da proteção do trabalhador, a elaboração, a reinterpretação, o redimensionamento e a atualização de técnicas hábeis a revelar e a tutelar adequadamente tais vulnerabilidades.

Leandro do Amaral D. de Dorneles²⁵ chama a atenção para o fato de que a vulnerabilidade não se restringe às típicas relações de emprego, em suas feições atuais. Portanto, o aparato teórico exposto pode servir à proposta, de “*lege lata*”, para a regência adequada das vulnerabilidades, de modo a instrumentalizar a formatação de um Direito do Trabalho preparado para promover a inclusão casuística e circunstanciada do sujeito da proteção.

Assim, especialmente no panorama pandêmico de COVID-19 e dos novos modelos de exploração do trabalho, as vulnerabilidades podem servir de medida de alcance e de qualidade dos alegóricos firmados doutrinária e jurisprudencialmente para a caracterização da ideia de dependência e do conceito de trabalhador, para a edificação interpretativa de uma subordinação por vulnerabilidade substancial. Os influxos das vulnerabilidades podem ser decisivos na redefinição do sujeito da proteção trabalhista, ampliando o seu espectro para o contexto da pandemia e para além dela.

4 NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS RELAÇÕES CAPITAL-TRABALHO

Muito se discute sobre a eventual necessidade e sobre a oportunidade da substituição da Consolidação das Leis do Trabalho por um Código do Trabalho, ou Estatuto do Trabalho. Há estudos e projetos no Congresso Nacional nesse sentido.²⁶ O presente artigo pretende sinalizar para a possibilidade de construção de um novo marco regulatório das relações capital-trabalho no Brasil. Para tanto inicia por afirmar premissas e princípios que deverão nortear a construção normativa. Em seguida, com fundamento parcial no anteriormente exposto, trata da ampliação da proteção do Direito do Trabalho, que deixa de se concentrar no emprego e passa a proteger o trabalho. Por fim, apresenta a possibilidade de que as teorias de vulnerabilidade influenciem o novo marco regulatório das relações capital-trabalho no Brasil.

4.1. Premissas e Princípios

Duas são as premissas básicas para um novo Código do Trabalho no Brasil: proteção normativa heterônoma estatal para toda pessoa que entregue seu trabalho, de modo habitual, em proveito de outrem; e plena igualdade de direitos entre empregados domésticos,

24 NISHIYAMA, 2002, p. 229, *apud* MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 190.

25 DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 77, n. 3, p. 293-303, mar. 2013.

26 Destaque necessário para a Sugestão Legislativa (SUG) n. 12/2018, apresentada pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIF), pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e pelo Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho (ALIT) à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH). A sugestão legislativa está em tramitação, sob relatoria do Senador Paulo Paim, PT-RS.

urbanos e rurais. Na relação de trabalho em sentido amplo a habitualidade deve ser exigida e regulamentada para que aquele que se aproveita do trabalho seja obrigado à observância da íntegra dos direitos constitucionais sociais do artigo 7º, com caráter, então, de permanência. Embora a relação de trabalho eventual ou descontínua (não-habitual) possa ser objeto de proteção, a dificuldade consiste na atribuição, àquele que contrata trabalho, do dever de garantir direitos trabalhistas, dada a natural fluidez da relação passageira. A proteção desses trabalhadores eventuais deve se dar em sua relação com o Estado, com políticas de renda mínima, por exemplo. A ideia básica, portanto, é de proteção trabalhista, de matriz constitucional (artigo 7º) ao trabalhador habitual e de proteção estatal de cidadania aos demais trabalhadores. O Código do Trabalho poderá fixar as responsabilidades do Estado em relação a esses trabalhadores eventuais, com a construção de uma estrutura de proteção básica, com valores pagos mensalmente, pelo simples fato de ser cidadão trabalhador.

A relação de emprego passa a ser apenas uma das possibilidades da proteção estatal, devendo ser as normas fixadas no artigo 7º da Constituição da República aplicáveis a todos os trabalhadores em uma relação habitual com seu contratante, indistintamente. A relação de emprego, como uma das relações de trabalho constitucionalmente protegidas, poderá ser caracterizada pela atividade laborativa habitual, onerosa e subordinada direcionada a qualquer pessoa, física ou jurídica, ou ente despersonalizado. A norma trabalhista de proteção ao emprego, bem como o conceito técnico-jurídico de relação empregatícia, não deve fazer nenhuma distinção entre os âmbitos urbano, rural ou doméstico, garantindo plena igualdade entre empregados.

Os princípios de Direito do Trabalho, nas suas esferas individual e coletiva, devem ser expressamente consagrados no Código do Trabalho, conforme experiências anteriores do Código do Consumidor e do Código Civil, exemplificativamente, e conforme sinaliza a Sugestão Legislativa (SUG) n. 12/2018, em tramitação no Senado da República.

A construção principiológica deve ser exaustiva e elencada em rol próprio, deve estabelecer conceitos claros e, sobretudo, deve influenciar toda a elaboração das regras do Código do Trabalho.

A influência doutrinária no elenco dos princípios deve ser a clássica lição de Américo Plá Rodríguez, que influenciou a América do Sul no século passado, obviamente com a necessária atualização e conformidade com as premissas aqui elencadas. Sendo assim, devem se fazer presentes os princípios da proteção, da irrenunciabilidade, da continuidade, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé.²⁷

O princípio da proteção é suficiente para exemplificar o conteúdo normativo que deve ser estabelecido no Código do Trabalho, tendo em vista que encerra em si muito do que aqui é proposto. “El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador.”²⁸ Assim explicava o professor uruguaio sobre o fundamento do Princípio da Proteção, que deve, ainda nos dias de hoje, influenciar um novo Código do Trabalho a ser adotado pelo Brasil:

Historicamente el derecho de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas.

27 RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

28 RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 73.

El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable. El derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades.²⁹

Sendo assim, em linha com as clássicas lições de Américo Plá Rodríguez, o Código do Trabalho brasileiro não pode abandonar a ideia de correção das desigualdades naturalmente existentes entre capital e trabalho, que deve se dar por força da norma heterônoma estatal, devendo aprofundar a proteção atualmente existente para que alcance a todos os que laboram habitualmente para alguém, e não somente aqueles que o fazem na condição de empregados.

Importante também, na linha do Código de Defesa do Consumidor e em consonância com o aqui exposto, estabelecer a vulnerabilidade trabalhista como um princípio do qual decorrem consectários legais. O Código do Trabalho deverá fixar que a hipossuficiência do trabalhador é pressuposta para toda e qualquer pessoa que se relacione com o contratante enquanto tal, mas que a vulnerabilidade é inerente a situações específicas e que demandam tratamento especial. Vale aqui compreender a distinção:

A hipossuficiência, por sua fundamentação na posição contratual do empregado, tende a ser padronizada e inerente a toda e qualquer relação de emprego, independentemente da situação fática, estado ou condição pessoal do trabalhador. A vulnerabilidade não requer tal padronização, permitindo maior espaço de subjetividade, desde que sem perda de proteção, com vistas a um melhor equilíbrio da relação capital-trabalho. A essência da distinção pode ser vista na seguinte constatação: todo trabalhador é hipossuficiente na sua relação com o capital, embora nem todo trabalhador seja vulnerável. A ideia de hipossuficiência não conhece diferenças, enquanto a vulnerabilidade as reconhece e respeita. A hipossuficiência exige atuação estatal no mínimo no âmbito da relação de emprego, enquanto a vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a intervenção do Estado na criação da norma heterônoma de Direito do Trabalho. A hipossuficiência exige a construção da regra trabalhista, mas não necessariamente será considerada como relevante no momento de sua interpretação ou aplicação. A ideia de vulnerabilidade não necessariamente fundamenta a construção da norma trabalhista, mas deve ser considerada no momento da sua interpretação e aplicação.

[...]

A vulnerabilidade nas relações de trabalho pode ser vista como fundamento da proteção estatal, como justificativa de uma tutela específica e também como instrumento de alargamento da esfera de incidência do Direito do Trabalho. Embora não seja da essência da vulnerabilidade a exigência da intervenção estatal, como ocorre com a hipossuficiência, é possível que sua compreensão justifique a atuação em perspectiva existencial, como instrumento para efetivação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.³⁰

As premissas do Código do Trabalho devem ser a proteção ampla aos trabalhadores e a tutela específica dos empregados sem distinção entre eles. O Código do Trabalho deve também afirmar princípios clássicos ao lado da construção de um novo princípio da vulnerabilidade.

29 RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 75.

30 ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.63907>, p. 121-122.

4.2 A relação de trabalho na proteção ampliada e a relação de emprego no Código do Trabalho

O Código do Trabalho deverá ter por premissa a relação do trabalho como categoria básica da proteção estatal trabalhista. A relação de trabalho, em tal perspectiva, será reconhecida sempre que uma pessoa entregar seu trabalho, de modo habitual, em proveito de outrem. A habitualidade, como visto, direciona-se à concretização, no plano fático, dos direitos consagrados no artigo 7º da Constituição da República. Assim, os trabalhadores em uma relação habitual, independentemente da condição jurídica de empregados, poderão exigir de seus contratantes os direitos previstos no rol do artigo 7º da Constituição da República, nos exatos termos do seu “caput”.

Para que seja possível implementar os direitos sociais do artigo 7º constitucional para os trabalhadores é necessário que o requisito “habitualidade” na relação de trabalho seja bem delimitado. O legislador do Código do Trabalho poderá optar por duas delimitações já bastante conhecidas: uma definição objetiva ou uma caracterização subjetiva. Objetivamente pode ser fixada a habitualidade em número de dias (ou horas) em que o trabalhador presta seus serviços ao contratante durante uma semana. Subjetivamente a habitualidade poderá ser reconhecida se a contratação for algo comum, corriqueiro, ordinário em relação ao sujeito que trabalha, enquanto perdurar a relação.

A relação de trabalho objeto da proteção estatal constitucional mínima do artigo 7º poderá ser caracterizada como atividade laborativa livre exercida de modo habitual em favor de outrem, durante pelo menos dois dias por semana (perspectiva objetiva). Poderá também ser construída a definição legal em torno de uma perspectiva subjetiva, do que resultará em atividade laborativa livre exercida de modo habitual em favor de outrem, de modo comum, corriqueiro, ordinário e esperado em relação ao sujeito que trabalha, enquanto perdurar a relação.

Importante afirmar que não caberá às partes de uma relação capital-trabalho escolher qual será o tipo de avença mantida apenas dando a ela um tratamento formal específico. Embora todos os trabalhadores tenham iguais direitos constitucionais, o Código do Trabalho pode (deve) estabelecer patamar ampliado para empregados ou outras espécies do gênero trabalho ali identificadas. A identificação da exata relação de trabalho mantida decorrerá dos fatos da avença e não do direito, que é consequência destes, conforme já evidenciava Vilhena no século passado, ao afirmar que “como a subordinação resulta de uma sucessão de *atos-fatos-trabalho-por-conta-alheia*, ela somente pode ser deduzida da *posição* ou da *disposição* das partes entrelaçadas no negócio.”³¹

Caso opte o legislador por fixar proteção ampliada ao emprego, essa será superior ao disposto nos incisos do artigo 7º da Constituição da República, pois esse é o patamar mínimo a ser garantido a toda e qualquer relação de trabalho qualificada pela habitualidade, independentemente de ser o trabalhador empregado. Sendo assim, todo e qualquer trabalhador em uma relação de trabalho habitual será destinatário da proteção constitucional básica, podendo o legislador consagrar patamares mais elevados decorrentes de situações fáticas especiais.

A caracterização da relação de emprego poderá se estruturar em torno de três requisitos essenciais, apenas: habitualidade, onerosidade e subordinação jurídica. A habitualidade exigida para a relação de trabalho também pode ser fixada como critério de reconhecimento do emprego, tanto em perspectiva objetiva quanto subjetiva. A onerosidade deve ser ampliada

31 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999, p. 471.

em relação ao critério atual do artigo 3º da CLT, cuja expressão “mediante salário” não mais atende a uma série de relações. Em relação à subordinação jurídica, não deve o legislador qualificá-la de modo estanque, tendo em vista a realidade fática multifacetada e a constante evolução das relações capital-trabalho. A nova ideia de subordinação que exsurge após a pandemia de COVID-19 poderá ser, no Código do Trabalho, modulada pela vulnerabilidade.

O rol de direitos estabelecidos no artigo 7º constitucional será o patamar civilizatório mínimo para toda e qualquer relação de trabalho habitual, com a regulamentação infraconstitucional a respeito de como se dará a implementação prática da obrigação competindo ao Código do Trabalho. Em um segundo momento o Código do Trabalho poderá estabelecer patamares mais elevados, que partirão do piso mínimo constitucional, para consagrar direitos trabalhistas específicos, novos ou já estabelecidos anteriormente pela CLT, para relações de trabalho especiais, como o emprego, a critério do legislador ordinário.

Assim, haverá no Brasil um patamar civilizatório mínimo para trabalhadores, independentemente de qualificações criadas pela norma infraconstitucional. O novo Código do Trabalho terá o condão de corrigir os equívocos doutrinários e jurisprudenciais havidos desde 1988 e poderá fazer com que direitos constitucionais sociais possam ser de fato reconhecidos como fundamentais. Sua fundamentalidade, formal e material, trará para o trabalhador segurança jurídica e possibilidade efetiva de inserção na sociedade de consumo própria do sistema capitalista. A erradicação da pobreza poderá se dar pela via do trabalho digno, cujo alcance conceitual será alargado para além do emprego.

Além desse pressuposto e dessa operacionalidade prática da proteção ampliada ao trabalho no novo Código, poderá o legislador infraconstitucional atuar normativamente com um novo referencial, que vem despontando como relevante em outras áreas do direito e em diversos países, que é a vulnerabilidade.

4.3 A vulnerabilidade do trabalhador no novo marco regulatório das relações capital-trabalho

O novo marco regulatório das relações capital-trabalho deve observar a dimensão quantitativa de distintas formas de vulnerabilidade ocupacional: o desemprego de longa duração, as atividades laborais não remuneradas e os postos de trabalho com baixos rendimentos e sem a cobertura da previdência social.³²

O desafio ao Direito do Trabalho e aos seus respectivos operadores, é a preservação de sua coerência intrassistêmica que permita a revisitação de institutos e o engendramento de novos modelos, de forma a concretizar efetivos novos direitos consentâneos com as metas constitucionais de valorização da pessoa, considerada em seu amplo espectro de dignidade.

Cabe ao Direito promover a diversidade, que pode se revelar por meio de vulnerabilidades. Logo, é mister assegurar o reconhecimento da construção e do desenvolvimento indentitário da pessoa do trabalhador, ainda que por meio de características compreendidas como aspectos de vulnerabilidades, no âmbito social e cultural, especialmente por causa de perspectivas epistemológicas herméticas e pouco plurais.

As vulnerabilidades reclamam ao Direito do Trabalho a ampliação do critério de identificação do sujeito da proteção trabalhista, sobretudo porque os parâmetros anteriores, a despeito de terem sido relevantes no decorrer da história, urgem por revisitação, para que sejam atinentes às transformações e reelaborações das estratégias de dominação e

32 PRONI, Marcelo Weishaupt. Trabalho decente e vulnerabilidade ocupacional no Brasil. *Economia e Sociedade* (UNICAMP: Impresso), v. 22, p. 825-854, 2013, p. 827.

de exploração do trabalho, empreendidas no mercado. Vale dizer, essa categoria jurídica escancara o imperativo de fundo constitucional para a ampliação do espectro de admissão de sujeitos sob a égide da proteção trabalhista, conforme a apreciação de vulnerabilidades.

A inclusão explícita das vulnerabilidades, “de lege ferenda”, na previsão dos fatores caracterizadores de interpretação do vínculo que é objeto da proteção trabalhista pode cumprir o papel de transformar o Direito do Trabalho na mesma medida em que acontecem os refinamentos e mutações dos modelos de exploração do trabalho. E mesmo que se empregue a técnica da instituição legal de um conceito jurídico indeterminado, é inafastável a utilidade, ainda que linguística, das vulnerabilidades na admissão de sujeitos no âmbito da tutela trabalhista.

A ideia de vulnerabilidade, portanto, em seus múltiplos conceitos, deverá se fazer presente no novo Código do Trabalho, como princípio, como regra e como fonte do direito na fase de construção do novo marco regulatório. A pandemia de COVID-19 exacerbou vulnerabilidades e colocou trabalhadores antes protegidos à margem do atual sistema estatal trabalhista. É imperativo que o Estado brasileiro perceba as mudanças fáticas e atue para corrigir novas distorções e para incluir trabalhadores no âmbito do sistema de proteção, dentre eles os mais vulneráveis.

5 CONCLUSÃO

No esforço teórico-dogmático necessário ao enfrentamento da crise estrutural do Direito do Trabalho intensificada pelo cenário da pandemia de COVID-19, conclui-se por uma tessitura propositiva interpretativa do regime jurídico existente, comprometida com os vetores fundados pela Constituição da República para a tutela do trabalhador no âmbito das relações capital-trabalho.

A interpretação do Direito do Trabalho em consonância com a normativa nuclear do ordenamento jurídico supera a noção restritiva do emprego, para impor uma releitura das figuras da “dependência” celetista, da “subordinação jurídica”, do conceito de “trabalhador” e do papel das vulnerabilidades nesse processo.

Se o arquétipo legal da relação de emprego alude à “dependência”, ao invés de subordinação, abordagens mais ampliadas materializam a teleologia do Direito do Trabalho. Assim, subordinação pode ser lida em suas muitas feições, nos termos desenvolvidos pela literatura de enfoque específico. Além da comum subordinação clássica, merecem destaque a subordinação estrutural, potencial, objetiva e algorítmica. Na estrutural, importa se o trabalhador se encontra inserido estruturalmente na dinâmica do empreendimento para o qual entrega sua força de trabalho. Na potencial, basta que o trabalhador esteja potencialmente submetido à direção do tomador dos serviços, ainda que não receba ordens diretas. Na objetiva, fica evidente que o controle da exploração é focada na atividade, na medida em que se sujeita a medidas corretivas de ordem técnica e funcional. A subordinação algorítmica revela-se, por sua vez, por meio da organização, da gestão e da direção da atividade laboral a partir da tecnologia digital que emprega uma sequência definida de instruções e comandos que são eficientes no controle da produtividade e na fiscalização. Esse enfoque pode contribuir para a expansão do conceito revisitado de “trabalhador”, para alargar, do mesmo modo, o espectro da proteção trabalhista.

E se as vulnerabilidades não se circunscrevem às relações de emprego, o Direito do Trabalho é chamado a compreendê-las para que as promova ao patamar de substrato de interpretação para a modulação da inclusão casuística e circunstanciada do sujeito da proteção.

Em um segundo momento, e na linha das diretrizes constitucionais inafastáveis, a base constitucional permite conjecturar uma proposta de marco regulatório adequado aos desafios do refinamento das estratégias de exploração do trabalho humano na atualidade.

Destacam-se duas premissas fundamentais para um novo Código do Trabalho no Brasil, que são a proteção normativa heterônoma estatal para toda pessoa que entregue seu trabalho, de modo habitual, em proveito de outrem; e a igualdade de direitos entre empregados domésticos, urbanos e rurais.

Para que o sistema protetivo jurídico se volte ao gênero das relações de trabalho, sobressaem-se os princípios da proteção ao trabalho, da irrenunciabilidade, da continuidade, da primazia da realidade, da razoabilidade e da boa-fé. Além deles, vale fixar a vulnerabilidade trabalhista como um princípio que comanda a proteção ampliada ao trabalho humano. Para tanto, a relação de trabalho deve ser entendida como aquela por meio da qual uma pessoa entrega seu trabalho, de modo habitual (objetiva ou subjetivamente apurado), em proveito de outrem. A relação de emprego segue definida, como dito, pela habitualidade, onerosidade e subordinação jurídica, tocando, quanto à onerosidade, a atenção à remodelagem das estratégias de remuneração.

Em todo o caso, vale o reforço da relevância da inclusão da percepção das vulnerabilidades no processo de compreensão e de aplicação da normativa protetiva trabalhista, com natureza de conceito jurídico indeterminado, apto a atualizar os critérios de compreensão do vínculo, da atividade laboral e do sujeito da proteção.

O princípio da vulnerabilidade trabalhista, implícito e deduzido do fundo constitucional ou incluído de modo explícito no bojo de um novo marco regulatório das relações trabalhistas, é ferramenta de peso para viabilizar a concretização da finalidade do Direito do Trabalho e a sua constante atualização, como se torna premente no atual contexto das transformações dos modelos de exploração do trabalho alheio agravadas pela pandemia de COVID-19.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.63907>.

ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes de. Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do Direito do Trabalho no Brasil. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle Por Programação: de carona para o século XIX. In PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo, LTr., 2017.

CARNEIRO, Jacksely Aparecida; BERNARDES, Thaís Silva. Direito dos Trabalhadores na Constituição da República: análise dos destinatários da proteção fixada no *caput* do artigo 7º. In: ALVES, Amauri Cesar; LINHARES, Roberta Castro Lana; CASTRO, Thiago Henrique Lopes de. *Direito dos trabalhadores na assembleia nacional constituinte: análise crítica da tramitação de regras dos artigos 7º, 8º e 9º da Constituição da República*. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 77, n. 3, p. 293-303, mar. 2013.

FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. *Marx e o Marxismo*, v. 5, p. 45-67, 2017.

GASPAR, Danilo Gonçalves. *Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica*. São Paulo: LTr., 2016.

IBARRA, David. O neoliberalismo na América Latina. *Revista de Economia Política*, vol. 31, nº 2 (122), p.238-248, abr./jun. 2011.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Aspectos conceituais da vulnerabilidade social*. Brasília: UNICAMP, 2007.

PAGANI, Marcella. *Uma alternativa para a expansão do Direito do Trabalho: a contribuição sociotrabalhista*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PaganiM_1.pdf. Acesso em: 06 jul. 2020.

PAULANI, Leda Maria. Neoliberalismo e Individualismo. *Economia e Sociedade*, Campinas, v.13, p.115-127, dez. 1999.

PRONI, Marcelo Weishaupt. Trabalho decente e vulnerabilidade ocupacional no Brasil. *Economia e Sociedade* (UNICAMP: Impresso), v. 22, p. 825-854, 2013.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999.

O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NO DIREITO DO TRABALHO E O PANORAMA FUTURO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Davidson Malacco Ferreira

Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Especialista em Direito Desportivo. Professor da PUC Minas. Conselheiro Seccional da OAB/MG. Advogado.

Rafael Alves Nunes

Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor da PUC Minas e da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Diretor-secretário do Instituto Mineiro de Estudos Tributários e Previdenciários. Advogado.

Sumário: 1 Introdução; 2 Direito do Trabalho e as relações trabalhistas: breves apontamentos históricos; 2.1 Direito do Trabalho e relações trabalhistas: Plano internacional; 2.2 Direito do Trabalho e relações trabalhistas: Plano nacional; 2.3 Contexto atual do Direito do Trabalho e das relações trabalhistas; 3 Pandemia da COVID-19; 3.1 Cronologia: dos primeiros casos aos dias atuais; 4 Impactos iniciais da pandemia do COVID-19 e medidas de enfrentamento relacionadas ao direito do trabalho; 5 o panorama futuro do direito do trabalho e das relações trabalhistas; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Pandemia causada pelo novo coronavírus – COVID-19 – é uma das maiores da história moderna da humanidade. Em números, são quase 190 países com casos confirmados da doença, com 27.756.335 de pessoas infectadas e 902.141 mortes.¹

Dentre os mais variados desafios de ordem sanitária e de saúde que foram impostos à sociedade pela pandemia, cabe destacar que praticamente todas as áreas da vida humana foram afetadas. A forma como as pessoas se relacionam (fisicamente ou não), a maneira como o consumo de bens e serviços é realizada, Até mesmo um inocente aperto de mão se tornou algo absolutamente perigoso, com potencial de contaminar alguém ou ser contaminado.

A sociedade foi apresentada a novos termos como “novo normal”, “quarentena”, “isolamento social” e até mesmo estrangeirismos como “*lockdown*” e “*home office*”. Tais verbetes agora fazem parte do vocabulário cotidiano das pessoas. As mudanças causadas pela pandemia vieram em tamanhas velocidade e urgência que nenhum preparo foi possível de ser concebido.

Neste sentido, a sociedade global viu economias ruírem, metrópoles outrora pujantes transformarem-se em cidades com ruas desertas, grandes lojas com portas fechadas e indústrias com atividades suspensas por meses e meses. Esta nova realidade imposta pela pandemia causada pela COVID-19 de fato transformou as relações sociais e jurídicas. Em especial, as relações trabalhistas sofreram, estão sofrendo e continuarão a sofrer diversas transformações decorrentes dos impactos causados pela pandemia no mercado, nas casas e no dia a dia das empresas.

O Direito do Trabalho, como se verá ao longo do presente estudo, se viu obrigado a responder rapidamente à tais mudanças, alicerçadas nas novas demandas originadas nas supracitadas transformações das relações trabalhistas. Em verdade, pode-se dizer que o Direito do Trabalho, especialmente no Brasil, foi alçado a posição de ser a solução de diversos problemas decorrentes justamente da pandemia.

Tendo em vista os impactos causados pela pandemia da COVID-19 na vida em sociedade, em seus mais vários aspectos, o presente trabalho mostra-se oportuno e pertinente ao realizar um recorte conceitual nesta vasta gama de áreas da humanidade para poder analisar como a pandemia impactou especificamente o Direito do Trabalho e as relações trabalhistas, com o objetivo precípua de tecer reflexões sobre seu panorama futuro do direito laboral.

Para que se possa alcançar tais objetivos, se mostrou necessária a estruturação do presente artigo em: (i) realização de breve análise histórica do Direito do Trabalho, internacional e nacionalmente; (ii) análise da cronologia dos principais acontecimentos ligados à pandemia, desde os primeiros casos confirmados daquilo que até então acreditava-se tratar uma pneumonia de origem desconhecida até os mais recentes dados consolidados; (iii) investigação as medidas legais de enfrentamento adotadas pelo Estado brasileiro no combate à pandemia da COVID-19, bem como das providências tomadas pelo Poder Judiciário diante dos novos desafios impostos; e (iv) realização de reflexões sobre o atual momento no qual se insere o Direito do Trabalho, com relações trabalhistas clamando por novas regulamentações, necessária e urgente adaptação da legislação à nova realidade, bem como uma análise voltada ao futuro do panorama do direito laboral.

1 Johns Hopkins University & Medicine. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. Johns Hopkins University of Medicine. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 09 set. 2020.

Para atingir os objetivos ora elencados para o presente artigo, fez-se necessária a realização de uma pesquisa quantitativa, qualitativa e descritiva, fundada na análise de dados coletados junto à Organização Mundial de Saúde – OMS e à Universidade de Medicina Johns Hopkins – JHU, bem como estudo da legislação pertinente e da bibliografia trabalhista consolidada e atualizada.

2 DIREITO DO TRABALHO E AS RELAÇÕES TRABALHISTAS: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

Necessário se mostra analisar os principais elementos da construção história do Direito do Trabalho, bem como das relações trabalhistas, objeto central de estudo e regulamentação deste importante ramo do Direito. Para tanto, se mostra didático analisar tais apontamentos históricos tanto do ponto de vista do plano internacional quando na história nacional.

2.1 Direito do Trabalho e relações trabalhistas: Plano internacional

A construção histórica do Direito do Trabalho remonta, no plano internacional, à própria fase industrial do sistema capitalista, sendo que seu surgimento decorre de um movimento histórico de construção influenciado por fatores econômicos, políticos, sociais e jurídicos.

A origem do Direito do Trabalho está intimamente ligada evolução do próprio sistema capitalista, sobretudo em sua fase industrial no séc. XIX em razão das mudanças nas relações de empregos imposta às relações de trabalho, antes em sua maioria ligadas à atividades rurais (agricultura e manejo de rebanhos de animais) e, então ligadas à atividades que foram industrializadas. Bezerra Leite aponta três as causas principais que influenciaram o surgimento do Direito do Trabalho internacionalmente:

Três foram as principais causas: *econômica* (revolução industrial), *política* (transformação do *Estado Liberal* – Revolução Francesa – em Estado Social – intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de emprego) e *jurídica* (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado à proteção, como o direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva), somando-se a essas causas, contribuíram decisivamente para o surgimento do direito do trabalho a ideia da justiça social preconizada, principalmente, pela Igreja Católica, através da Encíclicas *Rerum Renovarum* e *Laborem Exercens*, e o marxismo, preconizando a união do proletariado e a ascensão dos trabalhadores, pela luta de classes, ao poder político.²

As reivindicações sociais por uma regulamentação das relações trabalhistas conforme citadas por Bezerra Leite surgem da necessidade de se buscar um certo equilíbrio entre os personagens destas relações por meio de um sistema de proteção, baseado em prerrogativas, direitos e garantias, sendo este o embrião do princípio da proteção que, como se observa, foi desde o início a mola propulsora do próprio Direito do Trabalho, revelando-se a sua essência.

Neste sentido, Keller afirma que, do ponto de vista histórico, o Direito do Trabalho surge da busca pelo alcance de um equilíbrio entre as partes em uma relação trabalhista, com o objetivo precípua de reduzir as desigualdades, abusos e explorações que até então eram evidenciadas e decorrentes diretamente da relação de hipossuficiência econômica entre pessoas e da total falta de regulamentação e excesso de liberdade de contratação até então existente. Surge, assim, uma necessidade de se buscar a tutela da parte mais vulnerável da relação trabalhista,

2 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.36

podendo esta vulnerabilidade ser analisada sob os prismas econômico, social e jurídico.³

Maurício Godinho Delgado divide a construção do Direito do Trabalho em quatro fases históricas, sendo elas: fase de *manifestações incipientes ou esparsas*; fase de *sistematização e consolidação*; fase de *institucionalização*; e fase de *crise e transição*.⁴

A *fase de manifestações incipientes ou esparsas* é caracterizada pela existência de diplomas legais voltados ao estabelecimento de limites à superexploração de mão de obra infantil e de mulheres. Dentre tais diplomas, destaca-se historicamente a fixação de limitação da utilização de mão de obra infantil prevista no chamado *Peel's Act* (Ato de Peel), de 1802, na Inglaterra.

A *fase de sistematização e consolidação*, por seu turno, tem como marcos iniciais o Manifesto Comunista de 1848 e os movimentos revolucionários antimonárquicos franceses do mesmo ano. Esta fase se estendeu até a Primeira Guerra Mundial e, conforme ensina Delgado:

[...] caracterizou-se por avanços e recuos entre a ação do movimento operário, do movimento sindical, do movimento socialista e, ao mesmo tempo, a estratégia de atuação do Estado. Processo em que a ação vinda de baixo e a atuação oriunda de cima se interagem reciprocamente, dinamicamente, dando origem a um ramo jurídico próprio que tanto incorpora a visão própria do Estado como assimila um amplo espaço de atuação para a pressão operária vinda de baixo.

[...]

Finalmente, é ainda marco destacado desse período o surgimento, em 1891, da Encíclica *Rerum Renovarum*, editada pelo Papa Leão XIII. O documento traduz manifestação oficial da igreja católica, de notável influência na época, com respeito à questão social, exigindo do Estado e das classes dirigentes postura mais compreensiva sobre a necessidade de regulação das relações trabalhistas.⁵

A terceira fase, denominada *fase de institucionalização do Direito do Trabalho*, tem início após a Primeira Guerra Mundial e possui como marcos históricos a Constituição de Weimar e a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ambos datados de 1919. É nesta fase que o Direito do Trabalho passa a ser reconhecido como possuidor de autonomia, com a criação de legislação própria, sua constitucionalização (notadamente após a Segunda Guerra Mundial) e, propriamente, sua institucionalização em ordenamentos jurídicos mundo afora. A intervenção estatal é um marco desta fase, com a consequente elaboração de normas regulamentadoras das relações trabalhistas, com vistas a estabelecer um equilíbrio para o embate *força de trabalho X capital*. Há um verdadeiro predomínio da chamada heterorregulação, conferindo certa rigidez ao conjunto de normas trabalhistas.

Diante dos movimentos sociais plurais que eclodiram (sobretudo no continente europeu), o Estado viu-se diante da necessidade de regular diversos aspectos inerentes às relações de trabalho, tais como a questão relativa ao trabalho da mulher e de menores de idade, necessidade de fixação de limites às exaustivas jornadas de trabalho, previsão de normas que objetivassem a preservação da saúde do obreiro, bem como melhores condições do ambiente de trabalho, parâmetros para fixação de salários, entre outros temas oriundos das reivindicações sociais.⁶

3 KELLER, Werner. *Direito do Trabalho e Novas Tecnologias*. São Paulo: Almedina, 2020, p.76.

4 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2017, p.98-99.

5 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2017, p.101-102.

6 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.27-28.

Delgado⁷ ensina que há, ainda, uma quarta fase, chamada de *fase de crise e transição do Direito do Trabalho*, com marco temporal inicial em 1979/1980. Segundo o autor, esta fase é marcada pelo avanço da renovação tecnológica (em essência: microeletrônica, robotização e microinformática) e da forma como tal avanço impactou nas relações trabalhistas ao, por exemplo, impor a substituição da força de trabalho humana por máquinas, sobretudo em seguimentos econômicos pautados por alto grau de industrialização de seus produtos.

A tal avanço tecnológico soma-se, nesta fase, o encurtamento (ou mesmo a extinção) das barreiras geográficas em razão da globalização, do avanço das telecomunicações e da otimização temporal. Nesta fase, em razão dos avanços anteriormente citados, o sistema capitalista, cuja construção histórica alinha-se às origens do próprio Direito do Trabalho, se vê em plena evolução, demandando novos parâmetros reguladores de relações trabalhistas modernizadas.

Em outras palavras, o sistema capitalista passou a exigir uma readequação das normas trabalhistas aos novos tempos, com diretrizes como flexibilização e modernização, além de um movimento dos Estados em prol de uma desregulação social. Neste contexto, verifica-se que há uma crescente informalização, desregulação do mercado de trabalho e das relações trabalhistas.

Esta fase do Direito do Trabalho demanda que este importante ramo do Direito se reinvente com vistas a manter a busca pelo equilíbrio nas relações trabalhistas. Neste sentido, informa Martins Filho:

Esse período é influenciado fortemente pela crise do petróleo, crescimento da inflação e agravamento do déficit dos Estados, redundando em uma expressiva redução dos postos de trabalho (avanço tecnológico que substitui homens por máquinas), trazendo a lume novas formas laborativas, como o teletrabalho, o *home office* e a terceirização generalizada, chegando-se a colocar em cheque a própria ideia de trabalhador empregado, com o conflito ideológico entre aqueles que pugnam pela manutenção intacta de todo o arsenal normativo de proteção ao trabalhador empregado e aqueles que se colocam como arautos de uma nova ordem que dispensaria a intervenção estatal castrativa da contratação formal e comprometedora da competitividade internacional.⁸

Neste contexto, verifica-se a existência de uma interessante dicotomia: de um lado, tem-se a instrumentalização e constitucionalização do Direito do Trabalho, com a positivação de normas que giram em torno do princípio da proteção da parte mais vulnerável na relação trabalhista, enquanto de outro lado tem-se uma busca por uma melhor e maior eficiência das normas trabalhistas e a crise cíclica do sistema capitalista que exigiu a flexibilização e modernização destas normas trabalhistas. Salienta-se que tal fase dura até os dias atuais.

Se, na fase de institucionalização do Direito do Trabalho havia uma forte intervenção estatal, na fase iniciada no fim da década de 1970 e que perdura até o momento atual o que se vê é um aumento exponencial do poder do novo sistema capitalista, capaz de exigir e – *quase* – impor mudanças às normas regulamentadoras das relações trabalhistas.

O direito do trabalho necessita de dar uma resposta à necessidade de flexibilização e modernização das normas trabalhistas e relações sociais, conforme exigido por um novo sistema capitalista.

7 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2017, p.104-105.

8 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.39.

2.2 Direito do Trabalho e relações trabalhistas: Plano nacional

Quando se objetiva realizar uma análise da evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil, não se pode perder de vista que tal evolução no âmbito nacional se deu em ritmo diverso do que se observava no plano internacional, conforme visto no tópico anterior. Como bem ensina Martins Filho, deve-se observar que a transformação das relações trabalhistas e do trabalho em si, no Brasil, iniciou-se verdadeiramente tão somente após a Abolição da Escravatura, em 1888, com a Lei Áurea. Tal como Delgado ao analisar a construção histórica do Direito do Trabalho no Plano Internacional, Martins Filho destaca a existência de 4 fases que compreendem o período de evolução deste ramo do Direito no Brasil do fim do século XIX até os dias atuais, sendo elas: (i) *fase embrionária* (1888–1930); (ii) *fase da consolidação* (1930-1945 e 1988); (iii) *fase da expansão* (1988-2016); e (iv) *fase do balanceamento* (a partir de 2016).⁹

Quanto à *fase embrionária*, nas quatro décadas que se seguem à abolição da escravatura o que se observa é o surgimento de normas que regulam questões sociais inerentes ao trabalho, como a mão de obra dos menores, normas de proteção aos ferroviários, fixação de férias, entre outros. Contudo, ainda não se vislumbra uma regulamentação das relações trabalhistas de forma consolidada.

Na fase seguinte, denominada *fase da consolidação*, o que se observa é se tratar de um período de maior maturidade do Direito do Trabalho Nacional, com alta produção legislativa e administrativa. Neste contexto, destacam-se a criação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, a criação do Ministério do Trabalho em 1931. Neste período que contempla o lapso temporal até 1988, nota-se a construção de uma legislação robusta pautada pelo princípio da proteção. Sobre a CLT, assim afirma Bezerra Leite:

Não se pode deixar de reconhecer que a CLT é o texto legislativo básico do direito do trabalho brasileiro, enriquecido pela legislação complementar e pela Constituição Federal. É claro que há disposições da CLT que devem ser atualizadas para se adequar à realidade contemporânea, em consonância com o fenômeno da constitucionalização do direito.¹⁰

Martins Filho ressalta que “Os efeitos desse período se estendem até 1988, trazendo as condições viabilizadoras do amplo regramento esculpido na Carta Constitucional.”¹¹

A *fase da expansão* possui como marco legislativo a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elencou direitos trabalhistas em seus arts. 7º à 10º, qualificando-os como Direitos Sociais. A redemocratização rompeu com um período autoritário e, no tocante ao direito laboral, trouxe diversos avanços em relação à regulamentação das relações trabalhistas, com uma inclinação ampliadora dos direitos trabalhistas.

Por último, tem-se a *fase do balanceamento*, que possui como marco a crise econômica que assola o país desde meados de 2014 e se agravou durante o processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016. De 2016 até os dias atuais, o que se observou foi uma agenda reformista do governo, destacando-se a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e a Reforma da Previdência (EC nº 103/2019). Sobre essa fase, assim afirma Martins Filho:

9 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.39.

10 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2020, p.38.

11 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.39.

[...] após 13 anos de governo do Partido dos Trabalhadores, no qual a ampliação de direitos trabalhistas se fez especialmente pela via jurisprudencial, chegou-se a uma crise econômica de grandes proporções, levando o novo governo (Presidente Temer) a promover o ajuste fiscal (EC nº 95/16), e reformas previdenciária (PEC nº 287/16¹²) e trabalhista (Lei nº 13.467/17), respaldada por decisões do Supremo Tribunal Federal revendo decisões da Justiça do Trabalho, no sentido de se balancear melhor a aplicação da legislação trabalhista na composição dos conflitos laborais, prestigiando mais a negociação coletiva (para alguns seria o período de *desconstrução* do Direito do Trabalho, pela flexibilização da legislação trabalhista).¹³

Nota-se que existe uma flagrante dicotomia instaurada desde 1988 no direito laboral brasileiro. Esta dicotomia consiste no embate entre a constitucionalização do Direito do Trabalho na Constituição Federal de 1988 (com a criação, assim, de uma matriz constitucional de criação de normas trabalhistas, com ênfase às fontes autônomas: negociações coletivas) e a busca por uma melhor e maior eficiência das normas trabalhistas e a crise cíclica do sistema capitalista que exigiu a flexibilização e modernização destas normas trabalhistas.

2.3 Contexto atual do Direito do Trabalho e das relações trabalhistas

A dicotomia anteriormente citada pode ser melhor traduzida através do seguinte conflito: *eficácia e eficiência das normas trabalhistas X necessidade de flexibilização e modernização das normas trabalhistas conforme exigido por um novo sistema capitalista* (caracterizado pelo uso maciço de novas tecnologias nas mais variadas áreas e, em especial, nas relações de trabalho).

Deve-se observar que, de 2017 aos dias atuais, o governo federal (o anterior, capitaneado por Michel Temer, e o atual, com o presidente Jair Bolsonaro) impôs uma agenda reformista ampla no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se neste contexto a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), a Reforma da Previdência (EC nº 103/2019), as propostas de Reforma Tributária (PEC nº 45/2019 e PEC nº 110/2019, ambas ainda em trâmite, e a primeira das quatro etapas de Reforma Tributária encaminhada pelo governo federal ao Congresso Nacional, ainda em análise) e, mais recentemente, a Reforma Administrativa (PEC nº 32/2020).

No tocante ao Direito do Trabalho, como já dito anteriormente, após 1988 há uma dicotomia entre a constitucionalização dos direitos trabalhistas e um reformulado sistema capitalista, influenciado por uma nova onda de avanços tecnológicos e novas políticas de gestão empresarial, pautadas pela otimização das relações jurídicas e redução de custos. Neste contexto, a legislação de proteção das relações trabalhistas foi duramente atingida a partir do momento em que foi publicada a Lei nº 13.429/2017, também conhecida como “Lei da terceirização”.

A terceirização sempre foi, a seu modo, um instituto objeto de repulsa por parte do Direito do Trabalho por traduzir a intermediação de mão de obra. Contudo, ao mesmo tempo, sempre foi um instituto que necessitava de regulamentação específica, eis que, diante da lacuna legislativa, a regulamentação era realizada através de entendimento sumulado (Súmula nº 331, TST).

¹² Saliencia-se que a PEC nº 287/16 não chegou a ser aprovada e transformada em Emenda Constitucional. O presidente Jair Messias Bolsonaro, um ano após assumir a Presidência da República, apresentou a PEC nº 6/2019 (Reforma da Previdência) em 20/02/2019, que foi aprovada e transformada na EC nº 103/2019 em 12/11/2019.

¹³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.40.

Porém, a regulamentação realizada por tal súmula não se traduzia em uma adequada segurança jurídica para as partes em uma relação trabalhista. Isso ocorria, sobretudo, em razão da imensa dificuldade em se estabelecer conceitos definitivos das chamadas atividade-fim e atividade-meio. Houve uma perda da oportunidade de se construir uma regulamentação sobre o tema ao longo dos anos, sendo que ao instituto acabou sendo imposta uma regulamentação pela Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.

Em 13 de julho do mesmo ano foi publicada a Lei 13.467, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, em razão de seu conteúdo amplamente reformista. A reforma trabalhista nasceu com o objetivo de ser uma resposta à necessária modernização da legislação trabalhista, de modo a torna-la adequada aos tempos modernos.

De fato, a Reforma Trabalhista realizou vastas mudanças na legislação. Contudo, o que se viu foi uma imposição de alterações realizadas pelo capital, pelo poder econômico. Se em 1943 a CLT surgiu a partir da força do poder Estatal, em 2017 a Lei nº 13.467 surgiu a partir das necessidades impostas pelo sistema capitalista atualizado.

Houve uma invocação do poder econômico em detrimento da proteção trabalhista, sendo que as reformas contidas na r. lei se deram de maneira abrupta. Perdeu-se, assim, ao longo dos últimos 30 anos, a oportunidade de buscar uma maior modernização e flexibilização da legislação trabalhista pautada pela construção democrática de uma reforma.

De certa maneira, pode-se afirmar que a Lei nº 13.467/2017 foi uma espécie de resposta imposta aos exageros do Direito do Trabalho tradicional, que não acompanhou a modernidade das relações trabalhistas. Tais exageros relacionam-se à um criticado excesso de regulamentação, o que acabaria (segundo os defensores desta tese) engessando as relações trabalhistas, tornando-as demasiadamente custosas para o empregador e, com isso, acarretando em um aumento das atividades informais. A Lei nº 13.467/2017 trouxe diversos avanços, passou a regulamentar situações que á tempos necessitavam de legislação própria, como o teletrabalho e o trabalho intermitente.

Contudo, alguns pontos modificados pela reforma mostraram-se contraditórios. Ao passo em que a Reforma Trabalhista privilegiou as formas autônomas de resolução de conflitos e de criação de normas (predominância do negociado sobre o legislado), ao mesmo tempo enfraqueceu o movimento sindical ao retirar a compulsoriedade da contribuição aos órgãos representativos de classes de trabalhadores.

Por fim, merece menção a MP nº 905, de 11 de novembro de 2019, que instituiu o chamado Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e alterou a legislação trabalhista, entre outras providências. A MP foi editada com o objetivo de criar mecanismos que pudessem gerar empregos, facilitar a inserção no mercado de trabalho e, ainda, ampliar o crédito a microempreendedores. Referida espécie normativa visava, ainda, flexibilizar normas referentes à procedimentos fiscalizatórios e relações trabalhistas. Contudo, em 20 de abril de 2020 a MP nº 905/2019 foi expressamente revogada pela MP nº 955/2020, quando o a pandemia da COVID-19 já estava em estágio avançado no país.

A análise realizada supra do contexto atual do Direito do Trabalho, inserido neste movimento reformista dos recentes governos brasileiros em nível federal é de suma importância para que se possa compreender como a pandemia da COVID-19 impactou o direito laboral e as relações trabalhistas.

Entretanto, antes de proceder à análise de tais impactos, passa-se a analisar a cronologia da pandemia, da descoberta dos primeiros casos em Wuhan, na China, até os dias atuais.

3 PANDEMIA DA COVID-19

Conforme dito anteriormente, antes de se adentrar à análise dos efeitos e impactos da pandemia da COVID-19 nas relações trabalhistas e no Direito do Trabalho, imperiosa se mostra a realização de uma contemporização deste novo vírus, realizando um breve estudo desde o seu surgimento até os dias atuais, bem como uma análise do vírus em si.

3.1 Cronologia: dos primeiros casos aos dias atuais

Oficialmente, o primeiro caso oficialmente confirmado de uma pessoa infectada com a COVID-19 remonta a 12 de dezembro de 2019, quando um paciente foi hospitalizado em Wuhan, capital da província de Hubei, na China, cidade com cerca de 19 milhões de habitantes

Contudo, outros estudos apontam a existência de um caso em 01 de dezembro 2019 em que um paciente apresentava os sintomas da doença. Até então, as autoridades de saúde tratavam os casos como sendo uma série de casos de pneumonia de origem desconhecida.

O primeiro alerta recebido pela Organização Mundial de Saúde – OMS foi recebido no dia 31 do mesmo mês, alerta no qual autoridades chinesas informaram o surgimento de uma série de casos de pneumonia de origem desconhecida na cidade chinesa de Wuhan.

Neste alerta, a OMS divulgou boletim no qual relata que foi informada sobre um total de 44 pacientes contaminados com uma pneumonia de origem desconhecida, sendo que, 11 destes estavam em estado grave e os 33 remanescentes estavam estáveis e que os pacientes estavam todos isolados e recebendo tratamento em instituições de saúde locais; foi informada ainda de não haver até então identificação ou confirmação do agente viral. Os sintomas iniciais eram febre, dificuldades respiratórias e lesões pulmonares.¹⁴

Ainda no mesmo relato a OMS informou que não havia até então nenhuma recomendação específica em relação a viajantes no sentido de se evitar viagens em razão do relatado surto de pneumonia. A OMS apenas recomendou que, em caso de ocorrência de sintomas que possam sugerir uma doença respiratória durante uma viagem ou após a mesma, os viajantes deveriam procurar atendimento médico e compartilhar o histórico de viagens com seu médico.

Em 09 de janeiro de 2020 a OMS informou que o surto de pneumonia de origem desconhecida relatado no início do ano se tratava de um novo vírus, pertencente à família de vírus “coronavírus”, que possuem como nota caracterizadora serem causadores de doenças que podem ir desde um simples e comum resfriado até doenças com maior grau de gravidade, como a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS) e a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS). Foi relatado, ainda, que alguns coronavírus teriam maior probabilidade de contágio entre pessoas, enquanto em relação a outros esta transmissão não ocorreria tão facilmente.¹⁵

Também em 09 de janeiro foi divulgado o código genético do novo vírus encontrado em solo chinês. Sobre o tema, assim afirma o professor Arthur Gruber,

O genoma de RNA de fita simples e senso positivo contém entre 26 a 32 quilobases e está associado a proteínas, formando o nucleocapsídeo. As partículas apresentam projeções que emanam do envelope em forma de espículas, formadas por trímeros da proteína S (*spike protein*). Essas projeções

14 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Pneumonia of unknown cause – China*. Genebra. 05 jan. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/en/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

15 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Coronaviruses are a large family of viruses that are known to cause illness ranging from the common cold to more severe diseases, such as Middle East Respiratory Syndrome (MERS) and Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS)*. Genebra. 9 jan. 2020. Twitter: @who. Disponível em: <https://twitter.com/WHO/status/1215320529059688449>. Acesso em: 26 ago. 2020.

geram um aspecto de coroa, daí a denominação coronavírus. A proteína S é responsável pela adesão do vírus nas células do hospedeiro e participa do processo de interiorização, no qual ocorre a fusão entre as membranas viral e da célula e a entrada do vírus no citoplasma.

[...]

O fluido broncoalveolar continha um vírus cujo genoma mostrou uma relação filogenética com coronavírus causadores da Sars e Mers. O vírus, denominado WHCV (posteriormente 2019-nCoV e finalmente Sars-CoV-2), mostrou alta similaridade genômica com o Bat SL-CoVZC45, um vírus obtido de um morcego coletado na China. Esse resultado sugeriu que esse novo coronavírus poderia ter se originado de morcegos, um reservatório já identificado para o Sars-CoV, agente da Sars.¹⁶

Nesta mesma data a OMS passou a recomendar às pessoas a adoção de medidas de proteção pessoa e higiene, com vistas a reduzir o risco de contágio do novo coronavírus, como: lavar as mãos várias vezes ao dia, cobrir a boca e o nariz ao tossir e espirrar, cozinhar bem carnes e ovos, evitar contato com pessoas que estivesse com algum tipo de doença respiratória e, por último, evitar contato com animais silvestres e animais vivos criados em fazendas.

Em 12 de janeiro de 2020, a OMS publicou novo boletim no qual informou que havia clara associação entre o surto da doença na cidade chinesa de Wuhan e um mercado de frutos do mar na r. cidade chinesa, sendo que este foi fechado em 01 de janeiro de 2020 para desinfecção. Foi informado, ainda, que não haviam evidências claras de que o novo coronavírus pudesse ser transmitido entre seres humanos. Por fim, foi registrado o primeiro óbito entre os casos até então confirmados, sendo este um dos 11 pacientes que estavam em estado grave.¹⁷

Os primeiros casos fora da China foram confirmados em 16 e janeiro de 2020, no Japão e na Tailândia, envolvendo pessoas que haviam viajado à Wuhan, foco inicial dos casos, sendo 5 dias depois foi confirmado o primeiro caso de infecção pelo novo coronavírus nos Estados Unidos, em um viajante que havia retornado da mesma cidade chinesa.

Dois dias depois, em 23 de janeiro, a OMS elevou o nível do surto para uma Emergência na China, descartando ainda um alerta a nível mundial, em razão do nível de contaminação global até então ser somente moderado.

Em 30 de janeiro a OMS, dado o avanço do surto do novo coronavírus, o declarou como sendo uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, sendo este o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional de 2005. Conforme a Parte 1, Artigo 1 do r. regulamento:

emergência de saúde pública de importância internacional” significa um evento extraordinário que, nos termos do presente Regulamento, é determinado como:
(i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e
(ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada;¹⁸

16 GRUBER, Arthur. *Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença*. Jornal da Usp. Pub. Em 14/04/2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

17 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Novel Coronavirus – China*. Genebra. 12 jan. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

18 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. *Regulamento Sanitário Internacional RSI - 2005*. Anvisa – Agência Nacional de Segurança. 2005. [Versão em português aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 395/2009 publicado no DOU de 10/07/09, pág.11] Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/375992/4011173/Regulamento+Sanit%C3%A1rio+Internacional.pdf/42356bf1-8b68-424f-b043-ffe0da5fb7e5>. Acesso em: 28 ago. 2020.

Em 03/02/2020 foi publicado um artigo por pesquisadores chineses e nele os autores descreverem o caso de um paciente internado no Hospital Central de Wuhan em 26/12/2019.¹⁹

Pouco mais de três semanas após a declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional emitida pela OMS, em 24 de fevereiro a organização informou que o número de mortes fora do território chinês havia chegado a 24, sendo que haviam sido confirmados casos em 28 países, com destaque para um aumento com rápida velocidade na Itália, no Irã e na Coreia do Sul. Contudo, em razão da ausência de uma disseminação do vírus em escala global se forma mais rápida e difícil de ser contida, o surto ainda não era considerado uma pandemia.

Em 28 de fevereiro de 2020 quase 50 países já apresentavam pessoas infectadas pelo novo coronavírus, sendo que, no mesmo dia a OMS informou, em coletiva de imprensa, que havia a vinculação entre epidemias causadas pela COVID-19 em vários países, mas que era possível rastrear o caminho do vírus até contatos comuns ou mesmo grupos de casos, sem evidências concretas que embasassem estar-se diante de uma pandemia, dada a ausência de evidências de que o vírus estaria avançando livremente entre os países, ou seja, de forma não contida.

Após o surto causado pela COVID-19 se alastrar por 114 países, infectando 118.000 pessoas e causando a morte de outras 4.291, a OMS oficialmente o declarou como uma Pandemia, ressaltando a importância e a cautela necessárias quando do uso desta classificação, o que de fato apenas reforçou a gravidade da situação em escala global:

Pandemia não é uma palavra para usar levemente ou descuidadamente. É uma palavra que, se mal utilizada, pode causar medo irracional ou aceitação injustificada de que a luta acabou, levando a sofrimento e morte desnecessários. Descrever a situação como uma pandemia não muda a avaliação da OMS sobre a ameaça representada por este vírus. Isso não muda o que a OMS está fazendo e não muda o que os países devem fazer. Nunca vimos uma pandemia provocada por um coronavírus. Esta é a primeira pandemia causada por um coronavírus. *(tradução nossa)*²⁰

Desde então o avanço da pandemia do novo coronavírus tomou um acelerado ritmo, sendo que em 23 de março já se contabilizavam mais de 300 mil casos em nível global.

Em 9 de setembro de 2020, já foram contabilizados 27.756.335 pessoas infectadas e 902.141 mortes.²¹

A pandemia do COVID-19 continua a impor diversos desafios às autoridades sanitárias e de saúde. Medidas de enfrentamento foram estabelecidas, novos padrões de higiene pessoal e de relacionamento social foram impostos aos povos muito rapidamente, quanto a comunidade científica busca formas de conter o avanço do vírus e, também, encontrar uma vacina para a doença por ele causada.

19 WU, Fan *et al.* A new coronavirus associated with human respiratory disease in China. *Nature*, n.579, p.265-269, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41586-020-2008-3>. Acesso em: 29 ago. 2020.

20 "Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death.

Describing the situation as a pandemic does not change WHO's assessment of the threat posed by this virus. It doesn't change what WHO is doing, and it doesn't change what countries should do. We have never before seen a pandemic sparked by a coronavirus. This is the first pandemic caused by a coronavirus." *(tradução nossa)*. (GHEBREYESUS, Tedros Adhanom. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. World Health Organization. Genebra. 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: 29 ago. 2020).

21 Johns Hopkins University & Medicine. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. Johns Hopkins University of Medicine. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 09 set. 2020.

Dentre os impactos sofridos pela população mundial, neste momento e para fins de aprofundamento do presente estudo, destacam-se os efeitos causados pela pandemia nas relações trabalhistas e no Direito do Trabalho como um todo em nível nacional.

4 IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NO DIREITO E MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO RELACIONADAS AO DIREITO DO TRABALHO

A pandemia do COVID-19 causou impactos não só ao Direito, mas, também causou efeitos à economia, à cultura, à educação e até mesmo à medicina. A sociedade precisou se reinventar e adaptar as relações sociais, comerciais, jurídicas à uma nova realidade imposta pela pandemia.

Dado o avanço da pandemia em escala mundial, diversos foram os governos que decretaram medidas de isolamento social e quarentena, o fechamento de escolas, suspensão de atividades industriais e o fechamento ou redução do comércio.

A necessária adoção de tais medidas de combate ao avanço da pandemia, no sentido de se coibir aglomerações e reduzir as possibilidades de contato físico entre as pessoas, causou diversos danos sob o ponto de vista econômico. O Brasil, que já enfrenta uma crise econômica desde meados de 2014, observou um agravamento dos principais índices econômicos e financeiros.

Em 16/07/2020, foi publicada reportagem na qual a jornalista Carmen Nery noticia:

Entre 1,3 milhão de empresas que na primeira quinzena de junho estavam com atividades encerradas temporária ou definitivamente, 39,4% apontaram como causa as restrições impostas pela pandemia do novo coronavírus. Esse impacto no encerramento de companhias foi disseminado em todos os setores da economia, chegando a 40,9% entre as empresas do comércio, 39,4% dos serviços, 37,0% da construção e 35,1% da indústria.

[...]

Entre 2,7 milhões de empresas em atividade, 70% reportaram que a pandemia teve um impacto geral negativo sobre o negócio e 16,2% declararam que o efeito foi pequeno ou inexistente. Por outro lado, 13,6% afirmaram que a pandemia trouxe oportunidades e que teve um efeito positivo sobre a empresa.

Por segmento, o maior percentual de empresas em que a Pandemia tem tido efeito negativo está no setor de Serviços (74,4%), seguido por Indústria (72,9%), Construção (72,6%) e Comércio 65,3%.²²

É preocupante o fato de que, num universo de 2,7 milhões de empresas em atividade, 70% destas reportarem que a pandemia afetou negativamente o negócio.

Em reportagem publicada em 14/08/2020, a jornalista Akemi Nitahara assim informa:

Nos últimos quatro meses, em que o país passa pela pandemia de covid-19, cerca de 3 milhões de pessoas ficaram sem trabalho. Na quarta semana de julho, a taxa de desocupação chegou a 13,7%, o que corresponde a 12,9 milhões de pessoas. Os dados são da edição semanal da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) Covid-19, divulgada hoje (14) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Quando a pesquisa teve início, na primeira semana de maio, eram 9,8 milhões de pessoas desocupadas. Na comparação com a terceira semana de julho,

22 NERY, Carmen. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas com atividades encerradas. Agência IBGE notícias. Rio de Janeiro – RJ: 16 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas>. Acesso em: 02 set. 2020.

houve aumento de 550 mil pessoas entre os desocupados. A população ocupada do país foi estimada em 81,2 milhões, estável em relação à semana anterior e com queda em relação à semana de 3 a 9 de maio, quando 83,9 milhões de pessoas entravam nessa categoria.²³

Nota-se que somente nos 4 meses anteriores à reportagem (abril a julho), 3 milhões de pessoas perderam o emprego. Neste sentido, à medida em que a pandemia avançou em escala global e, especialmente, no Brasil, o governo se viu obrigado a estabelecer medidas de enfrentamento à esta grave situação.

Em 04 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 188/2020, em que declarou Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).²⁴

Em 6 de fevereiro de 2020 foi publicada a Lei nº 13.979, contendo disposições em relação a medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto do novo coronavírus e determinando medidas como isolamento e quarentena, além de outras como uso obrigatório de máscaras e a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal.²⁵

Em 20 de março de 2020 foi publicado o Decreto Legislativo nº 6/2020²⁶, que 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.

No campo do Direito do Trabalho logo nos primeiros dias após o reconhecimento do Estado de Calamidade Pública pelo Senado Federal, o Direito do Trabalho foi chamado a “socorrer o país”, ao ter que enfrentar os efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda através das medidas trabalhistas previstas na MP nº 927, editada em 22 de março de 2020.²⁷

Nos termos do art. 3º da MP, foram previstas as seguintes medidas de enfrentamento: (i) teletrabalho; (ii) antecipação de férias individuais; (iii) concessão de férias coletivas; (iv) aproveitamento e antecipação de feriados; (v) banco de horas; (vi) suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; (vii) direcionamento do trabalhador para qualificação; e (viii) diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

23 NITAHARA, Akemi. *Desemprego na pandemia continua subindo e chega a 13,7% - Dados são da Pnad Covid-19, divulgada hoje pelo IBGE*. Agência Brasil. Rio de Janeiro – RJ: 14 ago. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-08/desemprego-na-pandemia-continua-subindo-e-chega-137>. Acesso em: 03 set. 2020.

24 BRASIL. *Portaria nº 188/2020*. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília – DF: Ministério da Saúde, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 31 ago. 2020.

25 BRASIL. *Lei 13.979/2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília – DF: Congresso Nacional, 06 ju. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

26 BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6/2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília – DF: Congresso Nacional, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

27 BRASIL. *MP nº 927/2020*. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília – DF: Presidência da República, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

Como se observa, a MP nº 927/2020 inovou substancialmente a legislação trabalhista a fim de possibilitar a adoção de medidas urgentes para o enfrentamento dos desdobramentos na área econômica em razão do impacto causado pela pandemia da COVID-19.

Isso fica cristalino ao se analisar a Exposição de Motivos EM nº 00081/2020 ME da proposta de MP submetida ao Presidente da República pelo Ministro da Economia, Paulo Roberto Nunes Guedes, que assim afirma:

1. Submetemos à sua apreciação, proposta de Medida Provisória que dispõe sobre medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional em razão da infecção humana pelo novo coronavírus (Covid-19), antecipa o calendário de pagamento do abono anual ao beneficiário da Previdência Social, e altera o prazo de validade da certidão expedida conjuntamente pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, referente a todos os tributos federais e à dívida ativa da União por elas administrados.
2. A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispõe sobre as medidas urgentes necessárias à prevenção, controle e contenção dos riscos, danos e agravos à saúde pública. No entanto, o evento é complexo e demanda o esforço conjunto de todos, não apenas do setor de saúde, para que os impactos sejam minimizados até que o estado de emergência se encerre.
3. As medidas de isolamento e de quarentena necessárias à contenção da transmissão do vírus e, conseqüentemente, à redução no número de casos da doença Covid-19 e de mortes, provocam um forte impacto no setor produtivo e nas relações de trabalho, considerando as normas trabalhistas vigentes. Como forma de mitigar os danos à economia, são apresentadas uma série de medidas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservar o emprego e a renda durante esse período.²⁸

A r. MP se mostrou acertada, tendo em vista a larga utilização pelos empregadores das medidas previstas no diploma legal. Salienta-se que esta MP teve sua vigência encerrada em razão do decurso de seu prazo.

Em 01º de abril de 2020 foi editada nova Medida Provisória, de nº 936²⁹, que instituía o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispunha sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dava outras providências.

Na Exposição de Motivos EM nº 00104/2020 ME da proposta de MP submetida pelo Ministro da Economia Paulo Roberto Nunes Guedes à Presidência da República, fica evidenciada a importância de adoção de medidas complementares atinentes às relações trabalhistas como forma de atenuar a crise econômica provocada pela necessária adoção de medidas de isolamento social, quarentena, suspensão das atividades comerciais e industriais, como se observa:

As medidas de isolamento e de quarentena necessárias à contenção da transmissão do vírus e, conseqüentemente, à redução no número de casos da doença Covid-19 e de mortes, provocaram um impacto abrupto e sem

28 BRASIL. *EM nº 00081/2020 ME*. Brasília – DF: Ministério da Economia, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-927-20.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

29 BRASIL. *MP nº 936/2020*. BRASÍLIA – DF: Presidência da República, 01º abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 02 set. 2020.

precedentes no setor produtivo e nas relações de trabalho, ao se considerar as normas trabalhistas vigentes.

Assim sendo, como forma de mitigar os danos sociais e econômicos, são apresentadas opções adicionais que contribuirão para a manutenção dos vínculos empregatícios durante esse período. Além disso, como as muitas outras ações recém implementadas pelo Governo Federal, a edição de uma Medida Provisória se justifica em função das recomendações imediatas de isolamento dos trabalhadores em suas residências, com a manutenção, na medida do possível, da segurança jurídica e da razoabilidade frente ao imprevisível.

Dado o presente quadro de rápida propagação da doença, a velocidade de reação do Poder Público é condição de urgência para que se garanta a proteção e recuperação da saúde da população brasileira. De igual modo são urgentes as medidas que venham a preservar o emprego e a renda para que os trabalhadores tenham condições de manter o atendimento às necessidades básicas de suas famílias.³⁰

Esta MP possuía uma gama de medidas passíveis de serem adotadas mais abrangente do que a MP nº 927/2020, e estabelecia como objetivos do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com aplicação durante o estado de calamidade pública, os seguintes objetivos: (i) preservar o emprego e a renda; (ii) garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e (iii) reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

Contudo, para se alcançar os objetivos supracitados, a MP estabeleceu medidas que não foram recebidas com muito entusiasmo em razão de representarem verdadeira revolução quando se contrapostas com a legislação até então vigente, destacando-se neste sentido a redução proporcional de jornada de trabalho mediante acordo individual escrito (*em contraponto ao princípio constitucional-trabalhista da irredutibilidade salarial, que prevê exceção apenas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho*) de e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho pelo prazo máximo de sessenta dias, mediante pactuação por acordo individual escrito entre empregado e empregador. Ao contrário da MP nº 927/2020, a MP nº 936/2020 foi votada e convertida em lei, dando origem à Lei nº 14.020/2020.

Em que pesem as críticas quanto à constitucionalidade e mesmo a convencionalidade das medidas previstas tanto na MP nº 927/2020 quanto na MP nº 936/2020, deve-se atentar ao fato de que são medidas adotadas tão somente durante a pandemia. Tratam-se de medidas de caráter absolutamente excepcional, revestindo-se de caráter transitório. Faz-se necessário observar o contexto histórico no qual ambas as MPs foram editadas, ainda que apenas uma delas tenha sido convertida em lei.

5 O PANORAMA FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO E DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Como se verificou ao longo do presente trabalho, o Direito do Trabalho nacional, nos últimos anos, sofreu uma série de reformas que objetivaram modernizar o regulamento das relações trabalhistas e conferir maior flexibilidade a elas, de modo a atender aos anseios de um sistema capitalista reformulado, pautado pelo avanço tecnológico e pela demanda por uma gestão empresarial mais dinâmica, desburocratizada e com foco em redução de custos.

Contudo, é notório que o Direito do Trabalho ainda necessita de passar por uma

30 BRASIL. *EM nº 00104/2020 ME*. Brasília – DF: Ministério da Economia, 01º abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

reformulação em diversos aspectos, buscando sempre a manutenção de um equilíbrio nas relações trabalhistas, o que se traduz em maior segurança jurídica para as partes, bem como o respeito ao princípio da proteção.

Os impactos causados pela pandemia da COVID-19 impuseram ao Direito do Trabalho a necessidade urgente de respostas rápidas para que fosse possível a manutenção do emprego e da renda, e, ainda, conseguir regular as relações trabalhistas que sofrem alterações em razão justamente da pandemia. Tome-se como exemplo a situação do teletrabalho, que necessitou de regulamentação pela via da MP nº 927/2020.

Várias das alterações na dinâmica das relações trabalhistas vão persistir, mesmo após o fim da pandemia. Especialistas afirmam que ainda é cedo para cravar como será a utilização do chamado home office após a pandemia, mas diversas são as empresas que viram neste modelo de prestação da força de trabalho de seus empregados uma forma sustentável e passível de ser mantida mesmo após o fim das medidas de isolamento social.

De fato, ainda é cedo para prever com absoluta certeza quais modificações impostas pela pandemia às relações de trabalho irão permanecer após o seu fim. Contudo, o que se observa é que o Direito do Trabalho está diante de uma oportunidade como há muito tempo não se via: a oportunidade de se buscar uma melhor – ou mesmo uma nova – regulamentação das relações trabalhistas de modo geral.

Há a crescente necessidade de se buscar a segurança jurídica das relações trabalhistas, mas sem retirar vários dos direitos conquistados ao longo de décadas, bem como sem burocratizar demais as relações ao ponto de o empregador se encontrar desmotivado para contratar.

Com a pandemia, abriu-se esta janela de oportunidade para o Direito do Trabalho. Neste contexto, o direito laboral pode – e deve, ressalta-se – se debruçar sobre as mudanças que as relações trabalhistas sofreram ao longo dos últimos anos e sobretudo durante a pandemia. Além disso, novas relações de trabalho que surgiram recentemente e ainda necessitam de regulamentação também podem ser objeto dessa reflexão necessária, como é o caso dos motoristas e entregadores de aplicativos. Trata-se de uma realidade e não de algo passageiro.

O panorama futuro que se coloca para o Direito do Trabalho é, portanto, a oportunidade de este importante ramo do Direito se adequar as novas realidades, de modo a torna-lo alinhado com a dinâmica do mercado de trabalho e rechaçando por completo o discurso daqueles que entendem que de 2016 aos dias atuais o direito do trabalho está em um período de própria reconstrução através de modernos paradigmas.

Deve-se atentar ainda para o fato de que todos aqueles personagens que de alguma forma são afetados pelas mudanças na legislação justabalhista devem compor este debate. Em uma discussão envolvendo modernização, novas realidades, avanços tecnológicos, não se pode deixar de fora, também, a Justiça do Trabalho e a advocacia trabalhista, que tanto estão se reinventando neste momento de crise, a exemplo da extrema dificuldade em se realiza audiências em ambiente virtual, por exemplo.

Em suma, o panorama futuro do Direito do Trabalho e das relações trabalhistas é positivo, desde que seja aproveitada esta oportunidade única de se readequar a legislação trabalhista aos novos tempos, fazendo uso de uma construção democrática de um novo Direito do Trabalho. Ao invés de se sujeitar às imposições do mercado, se faz mais do que necessária e oportuna a reunião dos mais variados seguimentos da sociedade com vistas a estabelecer um diálogo democrático e construir um Direito do Trabalho alinhado às necessidades de mercado, mas sem perder de vista o princípio da proteção, sua verdadeira essência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do novo coronavírus – COVID-19 – causou impactos em escala global em diversas áreas, como economia, saúde, educação, afetando as relações sociais, comerciais e trabalhistas. Diante disso, nota-se que, no Brasil, a pandemia impôs um agravamento da crise financeira que já havia se instalado no país, piorando índices como o de desemprego e causando o fechamento de milhares de empresas.

Neste contexto, o Direito do Trabalho foi “convocado” a tomar posição de destaque no enfrentamento dos desdobramentos da pandemia no campo econômico, buscando primariamente estabelecer medidas para que fossem preservados o emprego e a renda, garantida a continuidade das atividades laborais e empresariais e, ainda, reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

Diversas das medidas adotadas através da edição de Medidas Provisórias possuem caráter excepcional, podendo até mesmo ter sua constitucionalidade questionada, mas possuem natureza transitória, devendo serem utilizadas tão somente durante o estado de calamidade pública reconhecido em decorrência da pandemia.

A pandemia da COVID-19 acabou por impulsionar o Direito do Trabalho a estabelecer mudanças significativas com vistas a adequar-se às transformações impostas às relações trabalhistas sobretudo em razão da necessária adoção de medidas de isolamento e distanciamento social.

Isto acabou por criar, a nosso ver, uma rara oportunidade de o Direito do Trabalho debruçar-se sobre as relações trabalhistas modernas. É plenamente possível, neste contexto, buscar alcançar a modernização do Direito do Trabalho e uma melhor flexibilização das relações trabalhistas, sem que isso implique em perda de direitos ou relativização destes.

Assim sendo, não pode o Direito do Trabalho perder a oportunidade de estabelecer, nesse momento, sob o pretexto de se regular as alterações causadas às relações trabalhistas pela pandemia, a busca pela realização da construção democrática de um novo Direito do Trabalho, moderno e adequado às necessidades do mercado e alinhado com a evolução tecnológica que vem alterando substancialmente a dinâmica de tais relações.

O presente trabalho não teve como o objetivo precípuo prever um futuro concreto para o Direito do Trabalho num contexto pós-pandemia, mas teve como meta propiciar uma reflexão sobre a necessidade de construção democrática de uma readequação das normas justralhistas.

Neste contexto, a pandemia e seus impactos criaram uma oportunidade única e que deve ser aproveitada, para o fortalecimento da proteção às relações trabalhistas, a busca pelo equilíbrio nestas relações, bem como garantir segurança jurídica às partes delas participantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6/2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília – DF: Congresso Nacional, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. *EM nº 00081/2020 ME*. Brasília – DF: Ministério da Economia, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-927-20.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. *EM nº 00104/2020 ME*. Brasília – DF: Ministério da Economia, 01º abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.429/2017*. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília – DF: Presidência da República, 31 mar. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979/2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília – DF: Presidência da República, 06 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 14.020/2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília – DF: Presidência da República, 6 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. *MP nº 905/2019*. Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. Brasília – DF: Presidência da República, 11 nov. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. *MP nº 927/2020*. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília – DF: Presidência da República, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. *MP nº 936/2020*. BRASÍLIA – DF: Presidência da República, 01º abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 188/2020*. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília – DF: Ministério da Saúde, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho. Súm. Nº 331*. Súmula nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). [...] Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: Brasília – DF, 2011. Edição 740/2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2017.

GHEBREYESUS, Tedros Adhanom. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. World Health Organization. Genebra. 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: 29 ago. 2020.

GRUBER, Arthur. *Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença*. *Jornal da Usp*. Pub. em 14 abr. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. Johns Hopkins University of Medicine. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 09 set. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NERY, Carmen. *Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas com atividades encerradas*. Agência IBGE notícias. Rio de Janeiro – RJ: 16 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas>. Acesso em: 02 set. 2020.

NITAHARA, Akemi. *Desemprego na pandemia continua subindo e chega a 13,7% - Dados são da Pnad Covid-19, divulgada hoje pelo IBGE*. Agência Brasil. Rio de Janeiro – RJ: 14 ago. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/economia/noticia/2020-08/desemprego-na-pandemia-continua-subindo-e-chega-137>. Acesso em: 03 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. *Regulamento Sanitário Internacional RSI - 2005*. Anvisa – Agência Nacional de Segurança. 2005. [Versão em português aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 395/2009 publicado no DOU de 10/07/09, pág.11] Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/375992/4011173/Regulamento+Sanit%C3%A1rio+Internacional.pdf/42356bf1-8b68-424f-b043-ffe0da5fb7e5>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PAIVA, Deslange. *Da descoberta de uma nova doença até a pandemia: a evolução da Covid-19 registrada nos tuítes da OMS*. Portal Bem Estar – G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/03/da-descoberta-de-uma-nova-doenca-ate-a-pandemia-a-evolucao-da-covid-19-registrada-nos-tuites-da-oms.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2020.

KELLER, Werner. *Direito do Trabalho e Novas Tecnologias*. São Paulo: Almedina, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Coronaviruses are a large family of viruses that are known to cause illness ranging from the common cold to more severe diseases, such as Middle East Respiratory Syndrome (MERS) and Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS)*. Genebra. 9 jan. 2020. Twitter: @who. Disponível em: <https://twitter.com/WHO/status/1215320529059688449>. Acesso em: 26 ago. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Pneumonia of unknown cause – China*. Genebra. 05 jan. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Novel Coronavirus – China*. Genebra. 12 jan. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

WU, Fan *et al.* A new coronavirus associated with human respiratory disease in China. *Nature*, n.579, p.265-269, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41586-020-2008-3>. Acesso em: 29 ago. 2020.

SEÇÃO VII

NOVOS CONTORNOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO FRENTE AO CORONAVÍRUS

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN LA CRISIS POR EL CORONAVIRUS SARS-COV-2 EN ESPAÑA

Jesús Barceló Fernández

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona. Técnico Superior de la Dirección General de la Inspección de Trabajo de la Generalitat de Cataluña. Miembro del Cuerpo de Conciliadores y de la Comisión de Mediación del Tribunal Laboral de Cataluña. Coordinador del Máster de Gestión de las Relaciones Laborales de la Universidad de Barcelona.

Sumario: 1 Introducción; 2 Las Medidas de Protección por Desempleo; 2.1 Mejoras en el acceso a la prestación contributiva por desempleo; 2.2 Subsidio extraordinario por falta de actividad sistema especial de empleados de hogar; 2.3 Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal; 2.4 Desempleo por extinción de la relación laboral en el período de prueba; 2.5 Prestación por desempleo de los artistas en espectáculos públicos; 2.6 Protección de los trabajadores fijos discontinuos; 2.7 Protección para los trabajadores autónomos; 3 Exoneración de Las Cotizaciones Sociales; 3.1 Exoneración de las cotizaciones sociales a cargo de la empresa; 3.2 Exención en la cotización a favor de los trabajadores autónomos; 4 Las Medidas de Protección por Incapacidad Temporal; 4.1 La calificación de la enfermedad por el coronavirus como accidente de trabajo; 4.2 La calificación de las enfermedades transmisibles como enfermedad profesional; 5 Conclusiones; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote de la COVID-19 como emergencia de salud pública de alcance internacional, el 30 de enero de 2020; declarando oficialmente una pandemia mundial el 11 marzo de 2020. El Gobierno español declaró el estado de alarma el 14 de marzo de 2020¹, aunque antes ya había adoptado alguna medida para la protección de los trabajadores, que posteriormente se reforzarían con nuevas medidas sanitarias, laborales y de Seguridad Social².

La crisis sanitaria ha tenido implicaciones en todos los ámbitos de la sociedad que ha precisado medidas contundentes para la prevención de la propagación del virus, la atención médica de los enfermos y de prestaciones o subsidios económicos. Además las medidas de contención y confinamiento han ocasionado la ralentización de la actividad económica, lo que ha provocado la pérdida de empleo, temporal o permanente, con la consiguiente reducción de demanda de empleo y el aumento del desempleo.

Con la finalidad reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables se han adoptado medidas para apoyar la continuidad de la actividad productiva y el mantenimiento del empleo durante la suspensión de actividades o de la apertura al público³, y durante las sucesivas fases de desescalada.

Precisamente, la principal función de la Seguridad Social es proteger a la población frente a situaciones de necesidad como el desempleo o la enfermedad, pero para ello es necesario que los poderes públicos garanticen la asistencia y prestaciones sociales suficientes⁴.

En esta crisis sanitaria el Gobierno español ha adoptado, principalmente, tres líneas de medidas en materia de Seguridad Social: medidas para ampliar y extender la protección de desempleo o el cese de actividad de los trabajadores autónomos; exoneraciones de las cotizaciones sociales; y medidas para reforzar la protección de los trabajadores que han enfermado por el coronavirus o han tenido que guardar aislamiento preventivo.

2 LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

2.1 Mejoras en el acceso a la prestación contributiva por desempleo

Una de las primeras medidas que se adoptadas tras la declaración del estado de alarma es la flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, reforzando la cobertura a los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo temporal (en adelante ERTE), posibilitándoles que tengan acceso a la prestación contributiva

1 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE, núm. 67, de 14/03/2020.

2 Vid. *Manual básico de Seguridad Social*. NINET, José Ignacio García; VIÑA, Jordi García; PALACIO, María Arántzazu Vicente (Coords.). Atelier, 2016.

3 En el artículo 10 de RD 463/2020 y su anexo, se suspende la apertura al público de los locales; instalaciones deportivas; espectáculos públicos; locales de ocio de juego o recreativos; o actividades de hostelería y restauración. En aplicación del apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, declara la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico; la Orden SND/340/2020, de 12 de abril, por la que se suspenden determinadas actividades relacionadas con obras de intervención en edificios existentes en las que exista riesgo de contagio por el COVID-19 para personas no relacionadas con dicha actividad; o el Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. BOE, núm. 87, de 29 de marzo de 2020.

4 Señalan SERAU JUNIOR, Marco Aurelio; SILVA PANCOTTI, Heloísa Helena, que: "las normas reguladoras del sistema de seguridad social son los instrumentos capaces de garantizar la efectividad de los derechos sociales fundamentales (...). Es sin duda el mayor instrumento de justicia social y distribución de la renta del país". A previdência social entre a moral e o direito. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Núm. 3, 2020, p.1444.

por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario para tener derecho a ella.

Así, en el artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo⁵, se establece que en los supuestos en que la empresa decida la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo por fuerza mayor o por las causas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en todos los casos a consecuencia de la COVID-19, se reconocerá el derecho a la prestación contributiva por desempleo a las personas trabajadoras afectadas, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello, y no se computará el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos, pudiendo acogerse a estas medidas, además de las personas trabajadoras, aquellas que tengan la condición de socias trabajadoras de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo.

Estas medidas serán aplicables a las personas trabajadoras afectadas tanto si en el momento de la adopción de la decisión empresarial tuvieran suspendido un derecho anterior a prestación o subsidio por desempleo como si careciesen del período mínimo de ocupación cotizada para causar derecho a prestación contributiva, o no hubiesen percibido prestación por desempleo precedente.

La duración de la prestación se extiende hasta la finalización del período de suspensión del contrato de trabajo o de reducción temporal de la jornada de trabajo de las que trae causa.

El artículo 3.1 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo⁶, se establece la obligación de la empresa de solicitar la prestación contributiva de desempleo de sus trabajadores afectados por la suspensión del contrato o reducción de jornada basados en las causas de la COVID-19, mediante solicitud colectiva en el modelo oficial.

Mediante el apartado tercero del artículo 3 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio⁷, se extienden las especiales medidas de protección por desempleo a las personas afectadas por procedimientos de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, como consecuencia del COVID-19, en los que la fecha de la decisión empresarial se comuniquen a la Autoridad Laboral tras la entrada en vigor de esta norma; y en la Disposición adicional primera se extiende a las personas trabajadores que sean afectadas por los nuevos expedientes que se tramiten en caso de rebrote.

Estas medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo se preveían vigentes mientras se mantuviera la situación extraordinaria derivada del COVID-19, sin embargo, se prolongaron primero hasta el 30 de junio de 2020, por el art. 3 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo⁸ (I Acuerdo Social en Defensa del Empleo), y, posteriormente, hasta el 30 de septiembre de 2020, por el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio (II Acuerdo Social en Defensa del Empleo).

5 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE, núm. 73, de 18/03/2020.

6 Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. BOE, núm. 86, de 28/03/2020.

7 Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial. BOE, núm. 178, de 27/06/2020.

8 Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE, núm. 134, de 13/05/2020.

En la negociación del II Acuerdo entre los agentes sociales y el Gobierno⁹, se dejó abierta la posibilidad de que si persistían los efectos de la crisis sanitaria en el funcionamiento regular de las empresas se podrían prorrogar estas medidas. Para ello la Comisión de Seguimiento tripartita laboral, creada por la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, tendrá como función la valoración de las medidas recogidas y de la evolución de la actividad económica y el empleo, así como el análisis de las eventuales medidas futuras para la protección del empleo y del tejido productivo (DA tercera Real Decreto-ley 24/2020).

2.2 Subsidio extraordinario por falta de actividad sistema especial de empleados de hogar

Mediante el artículo 30 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo¹⁰, se da respuesta al colectivo de las personas empleadas del hogar, especialmente vulnerables en esta crisis sanitaria¹¹, dado que no disponen de derecho a la prestación por desempleo, creándose un subsidio extraordinario temporal.

Es requisito estar en alta en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social antes de la entrada en vigor del estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo); y que hayan dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, o se haya extinguido su contrato de trabajo por la causa de despido (artículo 49.1.k del TRET¹²) o por el desistimiento del empleador o empleadora, (artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre¹³).

La cuantía del subsidio dependerá de la retribución percibida con anterioridad, así como de la reducción de actividad que se sufra, exigiéndose una prueba acreditativa de dicha reducción al empleador.

El subsidio extraordinario por falta de actividad no podrá superar Salario Mínimo Interprofesional (SMI)¹⁴, siendo compatible con las percepciones derivadas de las actividades por cuenta propia o por cuenta ajena que se estuvieran desarrollando en el momento de su devengo, siempre que la suma de los ingresos derivados del subsidio y el resto de las actividades no sea superior al Salario Mínimo Interprofesional. No obstante será incompatible con el subsidio por incapacidad temporal y con el permiso retribuido recuperable regulado en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo (art. 32 del Real Decreto-ley 11/2020).

El subsidio extraordinario por falta de actividad será de aplicación a los hechos causantes definidos en los mismos aun cuando se hayan producido con anterioridad a su

9 El II Acuerdo en Defensa del Empleo (II ASDE), alcanzado entre los Ministerios de Trabajo y Economía social, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de nuestro país, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT), tuvo como objetivo modular las medidas extraordinarias y excepcionales previstas en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en el I ASDE, cuya vigencia terminó el día 30 de junio de 2020, prorrogando su espíritu pero adaptándolas a las circunstancias del momento.

10 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. BOE, núm. 91, de 01/04/2020.

11 Para el caso de la protección de este colectivo en Brasil véase a SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; SCHUINKA BAZILIO, Iara. "A situação das trabalhadoras domésticas diaristas em tempos de pandemia". En: VV.AA. *COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos*. Tirant lo Blanch. São Paulo (BR.), 2020, p.210-225.

12 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE, núm. 255, de 24/10/2015.

13 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. BOE, núm. 277, de 17/11/2011.

14 En el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, se fija el salario mínimo interprofesional para 2020 en 950 euros/mes o 13.300 euros en cómputo anual.

entrada en vigor, siempre que estos se hubieran producido con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (DT 3ª del Real Decreto-ley 11/2020).

2.3 Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal

La crisis sanitaria motivada por el COVID-19 ha desencadenado nuevas situaciones de necesidad vinculadas a la falta de empleo y ha agravado la situación en la que se encontraban personas desempleadas con anterioridad. Un colectivo particularmente afectado son aquellas personas trabajadoras cuyo contrato temporal llega a su fin con posterioridad a la declaración del estado de alarma.

Aunque en el artículo 5 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, se establecieron medidas para que en caso de suspensión de contratos se interrumpa el cómputo de los contratos temporales, esta previsión no evita totalmente que se produzcan finalizaciones de contratos temporales con posterioridad a la declaración del estado de alarma.

En el artículo 33 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, se regula el subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal, incluidos los contratos de interinidad, formativos y de relevo, al que tendrán derecho las personas trabajadoras que se les hubiera extinguido un contrato de duración determinada de, al menos, dos meses de duración, con posterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, y no contarán con la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio, si carecen de rentas en los términos establecidos en el artículo 275 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS)¹⁵.

Este subsidio de desempleo excepcional será incompatible con la percepción de cualquier renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública y consistirá en una ayuda mensual del 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual vigente¹⁶ por una duración de un mes, con la posibilidad de que sea ampliable por Real Decreto-ley.

2.4 Desempleo por extinción de la relación laboral en el período de prueba

La declaración del estado de alarma determinó la imposibilidad de los trabajadores, cuyos contratos se han extinguido durante el periodo de prueba, de encontrar un nuevo empleo debido a la suspensión de la actividad económica, situación que, aunque se ha ido recuperando, sigue a unos niveles muy por debajo a los que había antes del inicio de la crisis sanitaria. Con el objetivo de ampliar la cobertura a todas las personas que en el contexto de crisis sanitaria no tengan acceso a la prestación por desempleo, se adoptan nuevas medidas de protección.

Concretamente, en el artículo 22 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril¹⁷, se les atribuye la consideración de situación legal de desempleo a aquellas personas trabajadoras cuyos contratos han sido extinguidos durante el periodo de prueba desde el 9 de marzo, con independencia de la causa por la que se hubiera extinguido la relación laboral anterior;

¹⁵ No superar, en cómputo mensual, al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE, núm. 261, de 31/10/2015.

¹⁶ El IPREM se encuentra congelado desde 2017 en la cuantía de 537,84 euros/mes.

¹⁷ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE, núm. 112, de 22/04/2020.

así como a aquellos que lo hayan extinguido voluntariamente desde el 1 de marzo por tener una oferta laboral en firme que no ha llegado a materializarse como consecuencia del COVID-19, lo que se acreditará mediante comunicación escrita por parte de la empresa a la persona trabajadora desistiendo de la suscripción del contrato laboral comprometido como consecuencia de la crisis derivada del COVID 19.

2.5 Prestación por desempleo de los artistas en espectáculos públicos

En el artículo 2 del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo¹⁸, se reconoce, con carácter excepcional y transitorio para el ejercicio 2020, el acceso extraordinario a las prestaciones económicas por desempleo a los artistas en espectáculos públicos que no se encuentren afectados por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada reguladas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y que no puedan continuar realizando la actividad laboral que dio lugar a su inclusión en el Régimen General como artistas en espectáculos públicos.

De este modo se da respuesta a este colectivo, especialmente vulnerables en las circunstancias de la crisis sanitaria, dado que por la intermitencia que caracteriza a la actividad artística, no alcanzan a reunir los requisitos para tener derecho a la prestación por desempleo.

El nacimiento del derecho a la prestación surtirá efectos desde el día siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, se reconocerá por una única vez, y no será exigible encontrarse en situación de alta o asimilada al alta. La duración de la prestación por desempleo prevista (120 o 180 días) estará en función de los días de alta en Seguridad Social con prestación real de servicios en dicha actividad en el año anterior a la situación legal de desempleo.

La base reguladora de la prestación por desempleo estará constituida por la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General (1.050 euros) y será incompatible con cualquier percepción derivada de actividades por cuenta propia o por cuenta ajena, o con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública.

Se modifica este artículo por la disposición final 12 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo¹⁹, con la finalidad de aclarar que es el propio acceso extraordinario a la prestación el que responde a la crisis sanitaria del COVID-19, sin que corresponda a los artistas acreditar que su situación concreta de falta de actividad deriva de la misma; se elimina el requisito de encontrarse en el periodo de inactividad voluntaria; y se explicita que es posible suspender el cobro de la prestación, para realizar trabajos por cuenta propia o ajena, y reanudarlo después.

2.6 Protección de los trabajadores fijos discontinuos

En el artículo 25.6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se establece que las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores fijos discontinuos y por aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, que hayan visto suspendidos sus contratos de trabajo como consecuencia del impacto del COVID-19 durante

¹⁸ Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. BOE, núm. 126, de 06/05/2020.

¹⁹ Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. BOE, núm. 150, de 27/05/2020.

periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad, podrán volver a percibirse, con un límite máximo de 90 días, cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo. Para determinar el periodo que, de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera sido de actividad laboral, se estará al efectivamente trabajado por el trabajador durante el año natural anterior en base al mismo contrato de trabajo. En caso de ser el primer año, se estará a los periodos de actividad de otros trabajadores comparables en la empresa. Esta medida se aplicará al mismo derecho consumido, y se reconocerá de oficio por la Entidad Gestora cuando el interesado solicite su reanudación.

Posteriormente, se modifica el apartado 6 del artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por la disposición final 8.3 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, para concretar la aplicación de las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo a las trabajadoras y los trabajadores fijos-discontinuos y a los que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, distinguiendo las siguientes situaciones y medidas:

a) En el supuesto de que la empresa en la que prestan servicios haya adoptado la decisión de suspender el contrato o reducir la jornada como resultado de los procedimientos regulados en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, en ambos casos relacionadas con el COVID-19), las personas trabajadoras afectadas podrán beneficiarse de las medidas establecidas para todos los trabajadores en ERTE por causa del COVID-19 (reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo; y no consumir el período de desempleo a que se tiene derecho).

Los trabajadores fijos discontinuos y aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, que se encuentren en periodo de inactividad productiva, y a la espera de la llegada de la fecha en la que procedería su llamamiento y reincorporación efectiva de no mediar la crisis del COVID-19, podrán beneficiarse también de las mismas medidas.

b) Las personas trabajadoras que, sin estar en la situación del apartado anterior, vean interrumpida su prestación de servicios como consecuencia del impacto del COVID-19 durante periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad, y como consecuencia de ello pasen a ser beneficiarios de la prestación por desempleo, podrán volver a percibirla, con un límite máximo de 90 días, cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo.

c) Las personas trabajadoras que acrediten que, como consecuencia del impacto del COVID-19, no han podido reincorporarse a su actividad en la fecha que estaba prevista y fueran beneficiarios de prestaciones en aquel momento, no verán suspendido el derecho a la prestación o al subsidio que vinieran percibiendo y tendrán derecho a la reposición del periodo de prestación por desempleo consumido, con un límite máximo de 90 días.

Si en la fecha en la que hubieran debido reincorporarse a la actividad no estuviesen percibiendo prestaciones por desempleo por haberlas agotado, pero acreditasen el período cotizado necesario para obtener una nueva prestación contributiva, la certificación empresarial de la imposibilidad de reincorporación constituirá situación legal de desempleo para el reconocimiento del derecho a dicha prestación y también tendrán derecho a la reposición del periodo de prestación por desempleo consumido, con un límite máximo de 90 días.

d) Los trabajadores que hayan visto interrumpida su actividad y los que no hubieran podido reincorporarse a la misma como consecuencia del COVID-19 y careciesen del período de ocupación cotizado necesario para obtener la prestación por desempleo, tendrán derecho

a una nueva prestación contributiva, que podrá percibirse hasta la fecha en que tenga lugar la incorporación a su puesto de trabajo, con un límite máximo de 90 días.

El mismo derecho tendrán quienes durante la situación de crisis derivada del COVID-19 agoten sus prestaciones por desempleo antes de la fecha en que tenga lugar la incorporación a su puesto de trabajo y carezcan de cotizaciones suficientes para el reconocimiento de un nuevo derecho, en cuyo caso, la certificación empresarial de imposibilidad de reincorporación constituirá nueva situación legal de desempleo. En este supuesto, no tendrán derecho a la reposición de ningún periodo de prestación por desempleo consumido.

Todas estas medidas extraordinarias se mantienen hasta el 31 de diciembre de 2020 por el art. 3 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, confirmado, posteriormente, por el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio.

2.7 Protección para los trabajadores autónomos

En el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se reconoce el derecho a la prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos²⁰ afectados por la declaración del estado de alarma, con vigencia limitada hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma, cuyas actividades queden suspendidas o que, no cesando en su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75 por ciento en relación con el promedio de facturación del semestre natural anterior.

Igualmente tendrán derecho a esta prestación extraordinaria los trabajadores autónomos agrarios de producciones de carácter estacional, así como los trabajadores de producciones pesqueras, marisqueras o de productos específicos de carácter estacional, cuando su facturación promedio en los meses de campaña de producción anteriores al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75 por ciento en relación con los mismos meses de la campaña del año anterior; y los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en alguno de los códigos de la CNAE 2009: 5912, 5915, 5916, 5920 y entre el 9001 y el 9004 ambos incluidos, siempre que, no cesando en su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita la prestación se vea reducida en al menos un 75 por ciento en relación con la efectuada en los 12 meses anteriores.

La cuantía de la prestación regulada en este artículo se determinará aplicando el 70 por ciento a la base reguladora, que será el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los doce meses continuados e inmediatamente anteriores. Cuando no se acredite el período mínimo de cotización para tener derecho a la prestación, la cuantía de la prestación será equivalente al 70 por ciento de la base mínima de cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que les corresponda por actividad.

Esta prestación será compatible con cualquier otra prestación de seguridad social que el beneficiario viniera percibiendo y fuera compatible con el desempeño de la actividad que desarrollaba. Por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen

²⁰ Incluye a los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, los trabajadores autónomos agrarios incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar cuyas actividades queden suspendidas, en virtud de lo previsto en el mencionado Real Decreto.

Especial de los Trabajadores del Mar, la prestación por cese de actividad será incompatible con la percepción de las ayudas por paralización de la flota.

El art. 9 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio establece que los trabajadores autónomos que vinieran percibiendo hasta el 30 de junio la prestación extraordinaria por cese de actividad prevista en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, podrán solicitar la prestación por cese de actividad, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 330.1 del TRLGSS y, adicionalmente, si acreditan una reducción en la facturación durante el tercer trimestre del año 2020 de al menos el 75 por ciento en relación con el mismo periodo del año 2019, así como no haber obtenido durante el tercer trimestre de 2020 unos rendimientos netos superiores a 5.818,75 euros. Esta prestación podrá percibirse como máximo hasta el 30 de septiembre de 2020, y a partir de esta fecha solo se podrá continuar percibiendo esta prestación de cese de actividad si concurren todos los requisitos del artículo 330 del TRLGSS.

El artículo 10 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio regula la prestación extraordinaria de cese de actividad de los trabajadores autónomos de temporada²¹ que será equivalente al 70 por ciento de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desempeñada en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o, en su caso, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, y tendrá una duración máxima de 4 meses.

Esta prestación será incompatible con el trabajo por cuenta ajena y con cualquier prestación de Seguridad Social que el beneficiario viniera percibiendo salvo que fuera compatible con el desempeño de la actividad como trabajador por cuenta propia. Asimismo será incompatible con el trabajo por cuenta propia cuando los ingresos que se perciban durante el año 2020 superen los 23.275 euros. Por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, la prestación por cese de actividad será incompatible además con la percepción de las ayudas por paralización de la flota.

3 EXONERACIÓN DE LAS COTIZACIONES SOCIALES

3.1 Exoneración de las cotizaciones sociales a cargo de la empresa

Con el objetivo de aligerar los costes en los que incurren las empresas en los casos de fuerza mayor, se estableció en el artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19, la Tesorería General de la Seguridad Social exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del TRLGSS, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, mientras dure el período de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado en base a dicha causa, diferenciando cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores o 50 trabajadores o más en situación de alta en la Seguridad Social.

²¹ A los efectos de este precepto se consideran trabajadores de temporada aquellos trabajadores autónomos cuyo único trabajo a lo largo de los últimos dos años se hubiera desarrollado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar durante los meses de marzo a octubre y hayan permanecido en alta en los citados regímenes como trabajadores autónomos durante al menos cinco meses al año durante ese periodo.

Cuadro 1. Medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19

Exoneración a la empresa del abono de la aportación empresarial, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de marzo y abril de 2020.		Empresas de menos de 50 trabajadores	Empresas de 50 o más trabajadores
Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (art. 24).	Empresas y entidades que contarán con expedientes de regulación de empleo de fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19.	100%	75%

Dicha exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 20 del TRLGSS (Adquisición, mantenimiento, pérdida y reintegro de beneficios en la cotización).

La exoneración de cuotas se aplicará por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancia del empresario, previa comunicación de la identificación de los trabajadores y período de la suspensión o reducción de jornada.

La Tesorería General de la Seguridad Social establecerá los sistemas de comunicación necesarios para el control de la información trasladada por la solicitud empresarial, en particular a través de la información de la que dispone el Servicio Público de Empleo Estatal, en relación a los periodos de disfrute de las prestaciones por desempleo.

Inicialmente estas medidas debían estar vigencia mientras se mantuviera la situación extraordinaria derivada del COVID-19 (art. 28 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo), no obstante, en el artículo 4 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, se aplican a los expedientes por causa de fuerza mayor exoneraciones en las cuotas con alcance diferente según sea la situación de fuerza mayor total o parcial, con una duración hasta el 30 de junio de 2020.

En esta norma se introduce los equívocos conceptos de fuerza mayor total o parcial, entendiéndose que la empresas se encuentran en situación de fuerza mayor total derivada del COVID-19 cuando estas cuentan con un expediente de regulación temporal de empleo de fuerza mayor que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19 (art. 22 del Real Decreto-ley 8/2020), y estuvieran afectadas por las causas referidas en dicho precepto que impidan el reinicio de su actividad, mientras duren las mismas y en ningún caso más allá del 30 de junio de 2020. Por otro lado, se encontrarán en situación de fuerza mayor parcial derivada del COVID-19, aquellas empresas que cuenten con un expediente de regulación temporal de empleo de fuerza mayor a consecuencia del COVID-19 (art. 22 del Real Decreto-ley 8/2020), desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020.

En cualquier caso, estas empresas deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada.

El porcentaje de exoneración en las cotizaciones de las empresas se configuran, distinguiendo, entre aquellas situaciones en que no se han podido reiniciar la actividad y aquellas otras en las que se ha reiniciado la actividad con el mantenimiento parcial de las medidas de suspensión o reducción de jornada.

El objetivo, es permitir una transición adecuada que posibilite la recuperación gradual de la actividad empresarial de forma acompasada con la recuperación de la actividad económica general, contando, para ello, con el estímulo necesario para incentivar que las empresas que la situación les permita reiniciar la actividad incorporen al máximo número de trabajadores, aunque sea de forma parcial o con reducción de jornada.

Cuadro 2. Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo de fuerza mayor total derivada del COVID-19

Exoneración a la empresa del abono de la aportación empresarial, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de mayo y junio de 2020.		Empresas de menos de 50 trabajadores	Empresas de 50 o más trabajadores
Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo (art. 4).	Empresas y entidades que contarán con expedientes de regulación de empleo de fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19.	Fuerza mayor total 100%	Fuerza mayor total 75%
		Fuerza mayor parcial. Trabajadores que reinicien actividad 85% en mayo 70% en junio	Fuerza mayor parcial. Trabajadores que reinicien actividad 60% en mayo 45% en junio
		Fuerza mayor parcial. Trabajadores que no reinicien actividad 60% en mayo 45% en junio	Fuerza mayor parcial. Trabajadores que no reinicien actividad 45% en mayo 30% en junio

Al igual que se hizo en los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 18/2020, de 12 de mayo, en el artículo 4 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, se contempla, como medida extraordinaria en materia de cotización vinculada a los expedientes de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor (art. 22 del Real Decreto-ley 8/2020), la exención del pago de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta distinguiendo, a los efectos del porcentaje de exención aplicable, entre las personas trabajadoras que hayan reiniciado su actividad y aquellas otras que continúen con sus actividades suspendidas, aunque los porcentajes de exoneración durante los meses de julio, agosto y septiembre, serán inferiores a los que habían hasta el mes de junio.

La misma exención se aplicará, a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, a los expedientes de regulación temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción a que se refiere el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, tanto a los anteriores a dicha entrada en vigor como a aquellos iniciados tras la finalización de expedientes de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor (art. 22 del Real Decreto-ley 8/2020).

En el II ASDE también se recoge las medidas de transición y acompañamiento que se han entendido necesarias para determinadas empresas que ante situaciones extraordinarias, necesitan de una especial atención y protección. En este sentido, en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, se prevé el mantenimiento de la exoneración en la cotización para las empresas y entidades que, a 30 de junio de 2020, continúan en situación de fuerza mayor total, aunque con un porcentaje inferior; así como para las empresas y entidades que soliciten un expediente de regulación temporal de empleo ante

la imposibilidad de desarrollar su actividad con motivo de rebrotes en la pandemia provocada por la COVID-19 que requiera la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención.

Cuando las empresas y entidades a las que se refieren esta DA primera reinicien su actividad, les serán de aplicación desde dicho momento, y hasta el 30 de septiembre de 2020, las medidas de exoneración de cotización reguladas para las empresas que reinicien actividad.

Cuadro 3. Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Exoneración a la empresa del abono de la aportación empresarial, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2020.		Empresas de menos de 50 trabajadores	Empresas de 50 o más trabajadores
Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio (art. 4).	Empresas y entidades que contarán con expedientes de regulación de empleo de fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19.	Trabajadores que reinicien actividad o la hayan reiniciado 60%	Trabajadores que reinicien actividad o la hayan reiniciado 40%
		Trabajadores que continúen con sus actividades suspendidas 35%	Trabajadores que continúen con sus actividades suspendidas 25%
	Empresas que hubieran decidido la suspensión de contratos o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, con anterioridad al 27 de junio de 2020, así como aquellas que lo inicien tras la finalización de un expediente temporal de regulación de empleo por fuerza mayor basado en la causa vinculada al COVID-19.	Trabajadores que reinicien su actividad a partir del 1 de julio de 2020 60%	Trabajadores que reinicien su actividad a partir del 1 de julio de 2020 40%
		Trabajadores con sus actividades suspendidas entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2020 35%	Trabajadores con sus actividades suspendidas entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2020 25%
Medidas temporales de transición y acompañamiento en materia de cotización. (DA primera)	Empresas y entidades que se encuentren en situación de fuerza mayor total, en los términos previstos en el Real Decreto 18/2020, de 12 de mayo, en fecha 30 junio de 2020, respecto de las personas trabajadoras adscritas y en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados.	Trabajadores que continúen con sus actividades suspendidas 70% en julio 60% en agosto 35% en septiembre	Trabajadores que continúen con sus actividades suspendidas 50% en julio 40% en agosto 25% en septiembre
	Empresas y entidades que, a partir del 1 de julio de 2020, vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo.	Durante el periodo de cierre, y hasta el 30 de septiembre 80%	Durante el periodo de cierre, y hasta el 30 de septiembre 60%

En todo caso, en el apartado quinto de la Disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se establece que las empresas que incumplan el compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad (entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla) deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

Este compromiso de mantenimiento del empleo se extenderá, en los términos previstos, a las empresas y entidades que apliquen un expediente de regulación temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción a que se refiere el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo y se beneficien de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 4 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio (art. 6 Real Decreto-ley 24/2020).

Para las empresas que se beneficien por primera vez de las medidas extraordinarias previstas en materia de cotizaciones a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, el plazo de 6 meses del compromiso al que se refiere este precepto empezará a computarse desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley.

3.2 Exención en la cotización a favor de los trabajadores autónomos

En el caso de la prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos regulada en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, el tiempo de su percepción se entenderá como cotizado, no existirá obligación de cotizar y no reducirá los períodos de prestación por cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro.

El artículo 8 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio establece que a partir del 1 de julio de 2020, el trabajador autónomo incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar que estuviera de alta en estos Regímenes y viniera percibiendo el 30 de junio la prestación extraordinaria por cese de actividad prevista en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, tendrán derecho a una exención de sus cotizaciones a la Seguridad Social y formación profesional con las consiguientes cuantías: 100 por cien de las cotizaciones correspondientes al mes de julio; 50 por ciento de las cotizaciones correspondientes al mes de agosto; y 25 por ciento de las cotizaciones correspondientes al mes de septiembre. La exención de cotización será incompatible con la percepción de la prestación por cese de actividad.

Junto a estas exoneraciones también se han adoptado medidas para el aplazamiento de deudas con la Seguridad Social o moratorias de las cotizaciones sociales a la Seguridad Social, sin interés, a las empresas y los trabajadores por cuenta propia.

4 LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

4.1 La calificación de la enfermedad por el coronavirus como accidente de trabajo

La aparición de los primeros casos de COVID-19 en España, hizo necesario adoptar, incluso antes de la declaración del Estado de alarma, una serie de medidas para garantizar la protección social de los trabajadores que han enfermado por el coronavirus y, como consecuencia, han causado baja por enfermedad o han tenido que guardar un período de aislamiento con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad²².

Con la finalidad de mejorar la prestación económica y, con carácter excepcional, en el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo²³ se considerará situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de Incapacidad Temporal²⁴ del sistema de Seguridad Social²⁵, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras por cuenta propia o ajena provocado por el virus COVID-19, siempre que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social. En ambos casos la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte médico de baja o por aislamiento y hasta la correspondiente alta.

Esta misma consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio como consecuencia del virus COVID-19 se extenderá al personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos por el artículo 11 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo²⁶.

Posteriormente, mediante la DA 21^a del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, con carácter excepcional, y con efectos desde el inicio de la situación de confinamiento, se extiende esta protección a aquellos trabajadores obligados a desplazarse de localidad y que tengan obligación de prestar los servicios esenciales a los que se refiere el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo²⁷, siempre que se haya acordado el confinamiento de la población donde tenga su domicilio, le haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no pueda realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que presta sus servicios o al propio trabajador y no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

Este subsidio por incapacidad temporal es incompatible con los salarios que se hubieren percibido así como con el derecho a cualquier otra prestación económica de la Seguridad Social, incluida la incapacidad temporal por contingencias comunes o profesionales.

22 Sobre la protección de los trabajadores en cuarentena por el coronavirus en Brasil véase SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; PLUCINSKI VICENTE, Alana Emanuelle; GONÇALVES SANTOS, Letícia Maria. "Impactos na saúde e na previdência social da classe trabalhadora derivados da legislação emergencial". En: VV.AA. *COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos*. Tirant lo Blanch. São Paulo (BR.), 2020, p.326-339.

23 Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. BOE, núm. 62, de 11/03/2020.

24 TORTUERO PLAZA, José Luis. "Elementos conceptuales de la incapacidad temporal". En: *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor J.I. García Ninet*. M. A., Vicente (Coord.), 2017, p.847-869.

25 En el caso de enfermedad común y accidente no laboral la prestación es del 60% de la base reguladora desde el día 4 hasta el 20 inclusive y del 75% desde el día 21 en adelante. En cambio en el caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional la prestación es del 75% de la base reguladora desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho.

26 Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. BOE, núm. 65, de 13/03/2020.

27 En el Anexo se detalla los sectores calificados como esenciales, tales como: las actividades que participan en la cadena de abastecimiento del mercado y en el funcionamiento de los servicios de los centros de producción de bienes y servicios de primera necesidad; los servicios en las actividades de hostelería y restauración que prestan servicios de entrega a domicilio; los servicios en la cadena de producción y distribución de bienes, servicios, tecnología sanitaria, material médico, equipos de protección, equipamiento sanitario y hospitalario; los centros, servicios y establecimientos sociosanitarios; los servicios financieros; as de empresas de telecomunicaciones y audiovisuales y de servicios informáticos esenciales; abogados, procuradores, graduados sociales, traductores, intérpretes y psicólogos y que asistan a las actuaciones procesales no suspendidas; etc.

La anterior disposición será derogada e incluida su previsión mediante la modificación del artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por la DF 1ª del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril²⁸.

Mediante la Disposición final décima del Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto²⁹, se extiende nuevamente la protección, con las mismas condiciones, a aquellos trabajadores que tenga su domicilio fuera del municipio del centro de trabajo de la empresa, cuando la autoridad competente haya acordado restringir la salida, o la entrada de personas del municipio del centro de trabajo.

Por la DF 1ª del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, se modifica el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo para disponer que en el caso que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del TRLGSS, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo, a todos los efectos.

Sin embargo, en el caso de una enfermedad causada por la infección de un virus en la práctica es muy difícil de demostrar que ha sido por causa exclusiva en la realización del trabajo y no se ha producido en la calle, utilizando el transporte público, o debido al contacto con familiares o amigos³⁰.

Señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 febrero 2008 (rcud 2716/2006), que la amplitud conceptual de la «lesión» determinante del accidente de trabajo del actual artículo 156 del TRLGSS incluye también las enfermedades de súbita aparición o desenlace (STS 28/09/00 [rcud 3690/99]), comprendiendo así no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos³¹. Dentro de las enfermedades de trabajo ha de distinguirse tres tipos: 1) las que tienen causa exclusiva en el trabajo [apartado e) del artículo 156 del TRLGSS] y que son las que «contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo»; 2) las que «se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente» [apartado f)]; y 3) la enfermedades intercurrentes que «constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinadas por el accidente» [apartado g)].

No obstante, en el caso de las infecciones de la gripe o los coronavirus la enfermedad se contrae por contagio del virus que la causa, pudiendo ser múltiples las personas que contagian, pero si se demuestra que fue un compañero de trabajo, la causa de la misma es única, derivada del trabajo, sin más elemento causal, por lo que ha de calificarse como accidente de trabajo³².

Los trabajadores que han padecido una infección por el coronavirus SARS-CoV-2 y que se les ha reconocido una Incapacidad Temporal común, aunque se les haya asimilado a accidente de trabajo a efectos económicos, esta calificación impide que puedan reclamar

28 Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. BOE, núm. 98, de 08/04/2020.

29 Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales. BOE, núm. 211, de 05/08/2020.

30 MARTÍ-AMENGUAL, G.; SANZ-GALLEN, P.; ARIMANY-MANSO, J. Valoración medicolegal de la infección por COVID-19 en el ámbito laboral. *Revista Española de Medicina Legal*, 2020, p.5, doi: <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.05.011>.

31 Vid. GARCÍA NINET, José Ignacio. Infartos, derrames cerebrales y otras patologías no traumáticas como accidentes de trabajo. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 3, 1991, p.33-49.

32 STSJ de Cataluña, núm. 3336/2019, de 25 junio (Rec. 1494/2019).

el recargo de prestaciones³³ si consideran que el contagio ha sido ocasionado a causa de la falta de medidas de Seguridad o Higiene, o por insuficiencia de medios preventivos, pues la prestación de Incapacidad Temporal se ha concedido “exclusivamente para la prestación económica de incapacidad”, salvo que se pueda probar que la enfermedad contraída tiene como causa exclusiva la realización del trabajo.

Probablemente en los meses posteriores a la crisis sanitaria de la COVID-19 se incrementarán las reclamaciones y demandas para el reconocimiento de esta enfermedad como accidente de trabajo, y será la diversa casuística la que determinará las resoluciones.

4.2 La calificación de las enfermedades transmisibles como enfermedad profesional

Respecto a los trabajadores del ámbito sanitario infectados por el coronavirus y que en su puesto de trabajo hayan estado en contacto con personas infectadas por COVID-19 o sospechosas de estarlo, parece, en principio, que la enfermedad que puedan padecer debería calificarse como profesional, puesto que el elevado porcentaje de profesionales sanitarios infectados recogido en los informes de vigilancia epidemiológica³⁴, demuestra la elevada exposición a que ha estado expuestos³⁵.

En cambio, el Gobierno ha querido resolver esta cuestión considerando como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o sociosanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, y hasta un mes más, en vez de considerarlo una enfermedad profesional.

Así, en el artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2. e) del TRLGSS³⁶, las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o sociosanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral.

Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma³⁷, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia. En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma.

33 En el artículo 164 del TRLGSS se prevé que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por faltas de medidas de seguridad y salud, cuyo pago recaerá directamente sobre el empresario infractor.

34 Informe sobre la situación de COVID-19 en personal sanitario en España. Fecha del informe: 07-05-2020. Equipo COVID-19. RENAVE. CNE. CNM (ISCIII).

35 MARTÍ-AMENGUAL, G.; SANZ-GALLEN, P.; ARIMANY-MANSO, J. Valoración medicolegal de la infección por COVID-19 en el ámbito laboral. *Revista Española de Medicina Legal*, 2020, p.3, doi: <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.05.011>.

36 Según este precepto legal tendrá la consideración de accidentes de trabajo las enfermedades que no tengan la consideración de enfermedad profesional que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

37 Téngase en cuenta que el estado de alarma finalizó a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020. Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE, núm. 159, de 06/06/2020.

No obstante, esto no resuelve el conflicto de considerar enfermedad profesional la infección por coronavirus padecida por el personal sociosanitario en su trabajo. Para determinar si se está ante una enfermedad profesional se debe atender a la definición legal y a la doctrina judicial que ha interpretado este concepto³⁸.

En la práctica, la determinación de una enfermedad como profesional es una toma de decisiones clínicas o de epidemiología clínica aplicada basadas en un análisis crítico de los elementos disponibles, entre los que se deben incluir la intensidad de la asociación con el factor de riesgo, la concordancia, la especificidad, el horizonte temporal adecuado, el gradiente y la plausibilidad biológica³⁹.

Así en el artículo 157 de la TRLGSS se entiende por enfermedad profesional la enfermedad contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena⁴⁰ en las actividades que se especifiquen en el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre⁴¹, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional⁴².

Cuando los facultativos del Sistema Nacional de Salud, o los facultativos del servicio de prevención que, con ocasión de sus actuaciones profesionales, tuvieran conocimiento de la existencia de una enfermedad de las incluidas en el anexo 1 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social⁴³, que podría ser calificada como profesional, o bien de las recogidas en el anexo 2, de esta misma disposición, y cuyo origen profesional se sospecha, lo deben comunicar a los oportunos efectos, a través del organismo competente de cada comunidad autónoma y de las ciudades con Estatuto de Autonomía, a la entidad gestora, a los efectos de su calificación como enfermedad profesional y, en su caso, a la entidad colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales⁴⁴.

La doctrina judicial señala que

[..] para saber si nos encontramos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si el causante reúne los tres requisitos que la citada norma exige para ello: Que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan, y que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad.⁴⁵

El primer elemento a tener en cuenta para calificar una enfermedad como profesional es que se haya contraído a consecuencia del trabajo, a diferencia del accidente de trabajo

38 Vid. MORENO CÁLIZ, Susana. "Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo: patologías profesionales y enfermedades profesionales, concepto jurídico y aplicación jurisprudencial". En: *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. VALLEJO María Pilar Rivas (Coord.); BONETE, Aurelio Desdentado (Pr.), 2006, p.316-355.

39 GARCÍA GÓMEZ, Montserrat. La sospecha de enfermedad profesional. Programas de vigilancia epidemiológica laboral. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2014; Suplemento extraordinario n.º 1, p. 158.

40 En el caso de trabajadores por cuenta propia se regula el concepto de enfermedad profesional en el artículo 316.2 del TRLGSS.

41 Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE, núm. 302, de 19/12/2006.

42 Vid. MORENO CALIZ, Susana. "La enfermedad profesional: concepto e interpretación jurisprudencial". En: *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*. PALACIO, María Arántzazu Vicente (Coord.). Atelier: 2017, p.453-482.

43 Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE, núm. 302, de 19/12/2006.

44 Art. 5 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

45 STS de 13 de noviembre de 2006 (rcud. 2539/2005).

que es menos rígido y solo exige que sea con ocasión del trabajo.

El segundo elemento es que proceda de la acción de elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional⁴⁶. Es decir, es necesario que la enfermedad profesional se haya producido precisamente por los elementos, sustancias, agentes físicos o agentes animales que detalla el cuadro del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre. Si los elementos, sustancias o agentes, provienen del trabajo pero no se encuentran entre las que en el indicado cuadro dan lugar a la enfermedad profesional, estaríamos ante una enfermedad que podría tener la consideración de accidente de trabajo, si se prueba su conexión con el mismo⁴⁷.

En la STS de 20 de diciembre de 2007⁴⁸, se pone de manifiesto que la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 19 de mayo de 1986⁴⁹, ha venido señalando que, a diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la “prueba del nexo causal lesión-trabajo” para la calificación de laboralidad, “en virtud de la presunción contenida en el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas”, mientras que sí se pide en principio en los accidentes de trabajo en sentido estricto, poniendo de relieve con ello que el sistema vigente en nuestro ordenamiento conlleva una paladina seguridad jurídica ya que se presumen iuris et de iure enfermedades profesionales todas las enfermedades listadas, en el vigente Real Decreto 1299/2006 (SSTS de 5 noviembre 2014 [Rec.u.d. 1515/2013]; de 18 mayo 2015 [Rec.u.d. 1643/2014]; núm. 122/2020, de 11 febrero [Rec.u.d. 3395/2017]).

El coronavirus SARS-COV-2 debería entenderse incluido en el Anexo I, Grupo 3: Enfermedades provocadas por agentes biológicos, en el que se encuentran las Enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del R.D. 664/1997, de 12 de mayo regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo)⁵⁰, donde se identifican como principales actividades capaces de producirlas: el personal sanitario, el personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas, el personal de laboratorio, el personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio, los trabajadores de laboratorios de investigación o análisis clínicos, los trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados, los odontólogos, el personal de auxilio, los trabajadores de centros penitenciarios, y el personal de orden público.

Advierte el TSJ de Asturias, en sentencias 2057/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 836/2014) y núm. 2033/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 1081/2014) que, a diferencia de otros supuestos del cuadro, en este grupo 3, agente A, subagente 01, para todos los colectivos profesionales incluidos no contiene una relación más o menos cerrada o detallada de las enfermedades profesionales, que sustituye por la mención a enfermedades infecciosas causadas por el trabajo, que recalca la necesidad de una conexión causal entre la enfermedad

46 MORENO CÁLIZ, Susana. *Las enfermedades profesionales en la dimensión preventiva: puntos críticos*. Comares, 2008.

47 STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018 de 28 septiembre (Rec. 3545/2018).

48 STS de 20 diciembre 2007 (Rec.u.d. 2579/2006).

49 STS de 19 mayo 1986.

50 Vid. MORENO CÁLIZ, Susana. “Enfermedades profesionales por agentes biológicos”. En: *Manual de Prevención de Riesgos Laborales: Seguridad, higiene y salud en el trabajo*. FERNÁNDEZ Jesús Barceló; CÁLIZ, Susana Moreno (Coords.), NINET, José Ignacio García (Dir.), Atelier: 2017, p.465-486.

infecciosa y el trabajo; razón por la cual el padecimiento por un miembro de uno de estos colectivos de cualquier enfermedad infecciosa es por sí solo insuficiente para la consideración de enfermedad profesional⁵¹, pues el reglamento exige, y en ello no contradice la norma legal del art. 116 de la TRLGSS, que al menos se pueda presumir la conexión con el trabajo.

El virus de la gripe (Orthomyxoviridae) como los coronavirus (Coronaviridae) se hallan incluidos en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, que regula la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; no obstante, la finalidad de este reglamento no es la de completar el cuadro de enfermedades profesionales haciendo la relación de dolencias infecciosas y de otro origen causadas por el trabajo que falta en éste, puesto que de sus normas no se desprende que cualquiera de las enfermedades infecciosas de los grupos 2, 3 y 4 contraída por el personal sanitario sea causada por el trabajo y haya de considerarse enfermedad profesional, lo que supondría una ampliación del cuadro de enfermedades profesionales al Real Decreto 664/1997⁵².

El tercer elemento es que la enfermedad sea consecuencia de las actividades que se especifiquen en el cuadro, lo que implica que para que una enfermedad sea catalogada como tal, no es suficiente con que haya sido adquirida a consecuencia del trabajo, sino que, además, ha de ocurrir en alguna de las actividades listadas; destacando al efecto que si la enfermedad se reconoce en la lista de enfermedades profesionales reglamentaria concurre la presunción iuris et de iure de que la lesión es profesional, no obstante, si la enfermedad profesional no está prevista de forma expresa en la lista, que por otra parte, no se trata de una lista cerrada o *numerus clausus* se ha de mostrar claramente la relación causa-efecto entre el trabajo y la enfermedad profesional⁵³.

Señala la Sala en la STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018, de 28 septiembre (3545/2018), que la «profesión» debe entenderse en el más amplio sentido del término, puesto que en el cuadro de enfermedades profesionales no siempre nos encontramos ante un auténtico *numerus clausus* tanto de dolencias como de actividades. En ocasiones no enumera enfermedades concretas, sino agentes productores, con lo que cualquier enfermedad producida por estos habría de ser calificada de profesional; en otras se refiere a las actividades que pueden ser las causantes de ellas, especialmente, lo que no supone en modo alguno la exclusión de otras, siempre que se acrediten que son también la causa esencial de la dolencia; y finalmente en otras, ofrece un listado abierto y no exhaustivo de las profesiones cuyo desempeño puede provocar enfermedades profesionales.

Respecto a la «gripe A» algunas resoluciones judiciales ha considerado la enfermedad causada por la infección del virus como enfermedad profesional⁵⁴, sin embargo, la mayoría han denegado la calificación de profesional⁵⁵, por entender que esto sería una ampliación desmedida e indiscriminada, puesto que señalan que *“es insuficiente para determinar la existencia de enfermedad profesional la mera exposición a un riesgo que no es específico del trabajo sino que es común o habitual o con una incidencia generalizada en todo el*

51 Vid. GARCÍA NINET, José Ignacio. Notas sobre los períodos de observación y diagnóstico y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N° 53, 1995, p.19-23.

52 SSTSJ de Asturias, núm. 1857/2014, de 19 septiembre (Rec. 837/2014); núm. 2057/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 836/2014); y núm. 2033/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 1081/2014).

53 STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018 de 28 septiembre (Rec. 3545/2018).

54 SSTSJ de Galicia, de 13 julio 2017 (Rec. 776/2017); y de 13 mayo 2019 (Rec. 481/2019).

55 SSTSJ de Asturias, núm. 1857/2014, de 19 septiembre (Rec. 837/2014); núm. 2057/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 836/2014); núm. 2033/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 1081/2014); STSJ de Madrid, núm. 802/2016 de 7 noviembre (Rec. 693/2016); y STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018 de 28 septiembre (Rec. 3545/2018); entre otras.

colectivo humano, ya que precisamente la particularidad de la enfermedad y su relación con dicho trabajo singular, son los que motivan el que se proteja la enfermedad profesional, como elemento derivado del desarrollo del trabajo.”⁵⁶ Otras han defendido que “el mero hecho de la existencia de posible riesgo de contagio laboral no implica por sí mismo que deba considerarse únicamente como etiología laboral teniendo en cuenta que el agente biológico causal se halla fuera del ámbito laboral extendido a la comunidad humana.”⁵⁷

En la mencionada STSJ de Cataluña, de 28 septiembre de 2018, la Sala añade que

[...] el hecho de que el personal que trabaja en centros asistenciales tenga riesgo de contraer la gripe no significa que toda gripe que sufra este personal se debe a su trabajo; lo que se pretende es evitar su probabilidad de contagio, lo que es muy distinto a entender que toda gripe padecida por los indicados colectivos de personal trae causa de contagio procedente de los usuarios de la sanidad.

Hay quien defiende que las enfermedades infecciosas no específicas del ámbito laboral, que pueden presentarse como epidemia, no deben calificarse como enfermedades profesionales del personal sociosanitario, argumentando que las posibilidades de contagio no son mayores en un centro de salud y para el personal sanitario que fuera de estas instalaciones y para las personas con las que el enfermo establece contacto, argumentando que el virus circula por una gran variedad de ambientes. Además defienden que el personal sanitario dispone de la preparación, de los conocimientos y de los medios necesarios reducir el riesgo de contagios, y que la profilaxis es generalmente eficaz.

No obstante, señala la Sala del TSJ de Madrid⁵⁸, que en la normativa adoptada durante esta crisis sanitaria se reconoce la probabilidad de exposición al agente biológico por razón del trabajo en cualquier actividad que impliquen contacto social y por ello se han limitado las actividades laborales, se ha regulado un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales y se ha hecho obligatorio el trabajo a distancia siempre que sea técnicamente posible. Por tanto la probabilidad de exposición ha de reconocerse con carácter general, pero de forma totalmente indiscutible en el caso de los profesionales sociosanitarios.

Posiblemente, esta cuestión finalmente se resolverá por los tribunales en las diversas resoluciones en los procesos para la determinación de contingencia o de la falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional⁵⁹, no obstante, el legislador debería considerar su inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales, puesto que en el futuro, con el control de la pandemia, el riesgo se circunscribirá en el personal sociosanitario.

5 CONCLUSIONES

Las medidas de extraordinarias de protección de desempleo o de cese de actividad de los trabajadores autónomos han intentado proteger a los trabajadores durante los periodos de suspensión o reducción de jornada extendiendo y ampliando la protección por desempleo,

56 STSJ de Asturias, núm. 2033/2014 de 30 septiembre (Rec. 1081/2014).

57 STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018 de 28 septiembre (Rec. 3545/2018).

58 ATSJ de Madrid, de 1 abril 2020 (Rec. 318/2020).

59 Vid. GARCÍA NINET, José Ignacio. Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (en torno al art. 93 de la LGSS y la reciente jurisprudencia). *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N° 2, 1991, p.23-26.

aunque los problemas de gestión que se han producido han provocado que un gran número de beneficiarios percibieran las prestaciones con semanas o meses de retraso, ocasionándose a los beneficiarios las dificultades económicas que se querían evitar.

Las medidas de exoneración de cotizaciones de las empresas a la Seguridad Social de los trabajadores afectados por los expedientes temporales de regulación de empleo han reducido los costes de las empresas en esta situación aunque es dudoso que hayan contribuido a evitar la pérdida de empleo, incluso teniendo en cuenta las consecuencias de incumplir el compromiso de mantenimiento del empleo, puesto que si precisan despedir lo harán igualmente.

La determinación de la enfermedad por el coronavirus como contingencia profesional o común o la posible falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional, será una cuestión que finalmente se resolverá por los tribunales; no obstante, el legislador debería considerar su inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales, lo que mejoraría la protección del personal sociosanitario.

REFERENCIAS

ATSJ de Madrid, de 1 abril 2020 (Rec. 318/2020).

GARCÍA GÓMEZ, Montserrat. La sospecha de enfermedad profesional. Programas de vigilancia epidemiológica laboral. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2014; Suplemento extraordinario n.º 1.

GARCÍA NINET, José Ignacio. Infartos, derrames cerebrales y otras patologías no traumáticas como accidentes de trabajo. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 3, 1991, p.33-49.

GARCÍA NINET, José Ignacio. Notas sobre los períodos de observación y diagnóstico y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 53, 1995, p.19-23.

GARCÍA NINET, José Ignacio. Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (en torno al art. 93 de la LGSS y la reciente jurisprudencia). *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 2, 1991, p.23-26.

Informe sobre la situación de COVID-19 en personal sanitario en España. Fecha del informe: 07-05-2020. Equipo COVID-19. RENAVE. CNE. CNM (ISCIII).

MARTÍ-AMENGUAL, G.; SANZ-GALLEN, P.; ARIMANY-MANSO, J. Valoración medicolegal de la infección por COVID-19 en el ámbito laboral. *Revista Española de Medicina Legal*, 2020, p.5, doi: <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.05.011>.

MORENO CÁLIZ, Susana. "Enfermedades profesionales por agentes biológicos". En: *Manual de Prevención de Riesgos Laborales: Seguridad, higiene y salud en el trabajo*. FERNÁNDEZ Jesús Barceló; CÁLIZ, Susana Moreno (Coords.), NINET, José Ignacio García (Dir.), Atelier: 2017, p.465-486.

MORENO CALIZ, Susana. "La enfermedad profesional: concepto e interpretación jurisprudencial". En: *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*. PALACIO, María Arántzazu Vicente (Coord.). Atelier: 2017, p.453-482.

MORENO CÁLIZ, Susana. "Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo: patologías profesionales y enfermedades profesionales, concepto jurídico y aplicación jurisprudencial". En: *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. VALLEJO María Pilar Rivas (Coord.); BONETE, Aurelio Desdentado (Pr.), 2006, p.316-355.

MORENO CÁLIZ, Susana. *Las enfermedades profesionales en la dimensión preventiva: puntos críticos*. Comares, 2008.

NINET, José Ignacio García; VIÑA, Jordi García; PALACIO, María Arántzazu Vicente (Coords.). *Manual básico de Seguridad Social*. Atelier, 2016.

Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. BOE, núm. 302, de 19/12/2006.

Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. BOE, núm. 277, de 17/11/2011.

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE, núm. 67, de 14/03/2020.

Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE, núm. 159, de 06/06/2020.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE, núm. 255, de 24/10/2015.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE, núm. 261, de 31/10/2015.

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. BOE, núm. 91, de 01/04/2020.

Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. BOE, núm. 98, de 08/04/2020.

Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE, núm. 112, de 22/04/2020.

Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. BOE, núm. 126, de 06/05/2020.

Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE, núm. 134, de 13/05/2020.

Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. BOE, núm. 150, de 27/05/2020.

Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial. BOE, núm. 178, de 27/06/2020.

Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales. BOE, núm. 211, de 05/08/2020.

Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. BOE, núm. 62, de 11/03/2020.

Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. BOE, núm. 65, de 13/03/2020.

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE, núm. 73, de 18/03/2020.

Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. BOE, núm. 86, de 28/03/2020.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; PLUCINSKI VICENTE, Alana Emanuelle; GONÇALVES SANTOS, Letícia Maria. "Impactos na saúde e na previdência social da classe trabalhadora derivados da legislação emergencial". En: VV.AA. *COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos*. Tirant lo Blanch. São Paulo (BR.), 2020, p.326-339.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; SCHUINKA BAZILIO, Iara. "A situação das trabalhadoras domésticas diaristas em tempos de pandemia". En: VV.AA. *COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos*. Tirant lo Blanch. São Paulo (BR.), 2020, p.210-225.

SERAU JUNIOR, Marco Aurelio; SILVA PANCOTTI, Heloísa Helena. A previdência social entre a moral e o direito. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Núm. 3, 2020.

SSTSJ de Asturias, núm. 1857/2014, de 19 septiembre (Rec. 837/2014); núm. 2057/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 836/2014); y núm. 2033/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 1081/2014).

SSTSJ de Asturias, núm. 1857/2014, de 19 septiembre (Rec. 837/2014); núm. 2057/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 836/2014); núm. 2033/2014, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 1081/2014);

SSTSJ de Galicia, de 13 julio 2017 (Rec. 776/2017); y de 13 mayo 2019 (Rec. 481/2019).

STS de 13 de noviembre de 2006 (rcud. 2539/2005).

STS de 19 mayo 1986.

STS de 20 diciembre 2007 (Rec.u.d. 2579/2006).

STSJ de Asturias, núm. 2033/2014 de 30 septiembre (Rec. 1081/2014).

STSJ de Cataluña, núm. 3336/2019, de 25 junio (Rec. 1494/2019).

STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018 de 28 septiembre (Rec. 3545/2018).

STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018 de 28 septiembre (Rec. 3545/2018).

STSJ de Madrid, núm. 802/2016 de 7 noviembre (Rec. 693/2016); y STSJ de Cataluña, núm. 5017/2018 de 28 septiembre (Rec. 3545/2018); entre otras.

TORTUERO PLAZA, José Luis. "Elementos conceptuales de la incapacidad temporal". En: *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor J.I. García Ninet*. M. A., Vicente (Coord.), 2017, p.847-869.

IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

Roberto de Carvalho Santos

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Candido Mendes. Professor e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário do Instituto de Estudos Previdenciários. Professor de Pós-graduação em Direito Previdenciário. Presidente do Instituto de Estudos Previdenciários. Presidente da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/MG. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/SP. Advogado.

João Batista Lazzari

Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna, UNIBO, Itália. Doutor em Direito Público pela Università Degli Studi di Perugia, UNIPG, Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Brasil. Professor e Coordenador Científico da Pós-Graduação em Direito Previdenciário do IEPREV. Integrante da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (Cadeira 17) e da Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ (Cadeira 31). Juiz Federal junto ao TRF da 4ª Região.

Sumário: 1 Introdução. 2 Impactos da pandemia na concessão do benefício por incapacidade temporária 2.1 Suspensão da realização de perícias e antecipação do benefício 2.2 Concessão de benefício por incapacidade temporária em razão da covid-19 e nexos com o exercício da atividade laboral 2.3 Afastamento por contágio pela covid-19 e concessão do auxílio por incapacidade temporária 2.4 Da impossibilidade de cessação do auxílio por incapacidade temporária aos segurados submetidos ao programa de reabilitação profissional 3 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho, enquanto elemento de transformação, de geração de riqueza e de produção e fornecimento dos bens e serviços úteis e necessários para o pleno desenvolvimento humano, é essencial na atual ordem constitucional e social. Desse modo, o constituinte originário contemplou o trabalho enquanto direito social fundamental e, nessa condição, o seu exercício depende tanto de ações de proibição de intervenção, de modo a permitir o seu livre exercício, quanto de postulados de proteção do seu exercício¹.

Da mesma maneira, a Constituição Federal de 1988 elevou a Previdência Social à condição de direito social fundamental², tendo em vista a sua finalidade precípua de instrumento que permite a manutenção do indivíduo e de seus dependentes quando da ocorrência de um dos riscos sociais previstos e que, via de regra, são relacionados à perda da capacidade laborativa, de maneira efetiva ou presumida, seja em caráter transitório ou permanente.

Dessa forma, tanto o trabalho quanto o benefício previdenciário possuem como objetivo maior permitir que o indivíduo tenha acesso, através do pagamento de uma parcela pecuniária, aos bens e serviços essenciais para a sua digna manutenção, assim como para o suficiente sustento do seu grupo familiar.

Na mesma categoria de direitos fundamentais insere-se o direito à saúde, que deve ser observado também no ambiente de trabalho, por meio da adoção de normas de saúde, higiene e segurança que mitiguem os riscos inerentes ao trabalho, nos termos do disposto no art. 7º, inciso XXII da Carta Magna.

Observou-se, no início de 2020, o surgimento do novo *coronavírus*, o que gerou a necessidade de classificação da situação como *pandemia* pela Organização Mundial da Saúde³ tendo em vista a sua grande capacidade de contaminação e a facilidade da transmissão da doença.

Como consequência, houve uma significativa mudança na maneira como as pessoas se relacionam entre si e como exercem (e se exercem) as suas atividades laborais. Essas mudanças comportamentais se deram tanto de maneira espontânea quanto por imposição do poder público, sempre com o objetivo de mitigar a proliferação do novo coronavírus e, com isso, reduzir os casos de COVID-19 e todos os seus possíveis e deletérios desdobramentos.

Essa situação excepcional produziu (e continua produzindo) impactos profundos para a concessão de benefícios por incapacidade, especialmente para o benefício por incapacidade temporária, anteriormente conhecido como auxílio-doença, sendo este o principal ponto a ser tratado no presente artigo.

Para a realização da investigação foram utilizados o método dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica, com a utilização de doutrina e também de texto de lei e atos normativos para a fundamentação do estudo. Considerando, a novidade do tema, não foram localizados precedentes dos Tribunais Superiores envolvendo especificamente tal controvérsia, de modo que a presente pesquisa se concentrará na análise das normas pertinentes, atuais e pretéritas, e no contexto doutrinário e jurisprudencial extraído de discussões análogas.

1 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.631.

2 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/285-artigos-set-2014/6738-a-previdencia-social-como-direito-fundamental>. Acesso em: 30 set. 2020.

3 Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus. *Agência Brasil*, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 30 set. 2020.

2 IMPACTOS DA PANDEMIA NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

Para o desenvolvimento da abordagem proposta o conteúdo foi dividido em quatro tópicos. O primeiro trata da suspensão temporária da realização de perícias médicas e a concessão do benefício em forma de antecipação no valor de um salário-mínimo. O segundo, aborda a concessão do benefício por incapacidade temporária em razão da Covid-19 e a existência do nexo com o exercício da atividade laboral do segurado. O terceiro versa sobre os afastamentos por contágio pelo coronavírus e a concessão do auxílio por incapacidade temporária. E o quarto levanta a impossibilidade de cessação do auxílio por incapacidade temporária aos segurados submetidos à programa de reabilitação profissional.

2.1 Suspensão da realização de perícias médicas e antecipação do benefício

A covid-19, doença resultante do contágio de um indivíduo pelo novo coronavírus, causa diferentes limitações físicas ao infectado, de modo que algumas pessoas apresentam apenas leves sintomas respiratórios, enquanto outras podem experimentar severos prejuízos à saúde e até mesmo evoluir a óbito.

Considerando que se trata de doença recente, cujos resultados de tratamentos medicamentosos ainda estão sendo estudados, assim como ainda estão sendo desenvolvidas potenciais vacinas para a prevenção ao contágio da doença, foi considerada como medida de prudência a suspensão do trabalho presencial em atividades que não fossem classificadas como essenciais, sempre com o objetivo de redução da proliferação da doença a partir da limitação do contato entre as pessoas. Isso porque uma das principais formas de contágio se dá em razão da entrada do vírus no organismo por meio das vias aéreas, o que pode ocorrer a partir de gotículas respiratórias ou contato⁴.

Nesse contexto, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia responsável pela gestão do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) suspendeu o atendimento presencial em suas agências no mês de março de 2020, por força do disposto no art. 2º da Portaria do Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência nº 412, de 20 de março de 2020.⁵

Importante destacar que o prazo inicial para o término da suspensão do atendimento presencial era o dia 30 de abril de 2020. Contudo, diante da permanente ascensão do número de pessoas infectadas e da manutenção fática da situação que deu ensejo à suspensão do atendimento presencial, somente a partir de 14 de setembro de 2020 que as Agências da Previdência Social passaram a retomar, de maneira gradual, os atendimentos presenciais⁶.

Com a suspensão dos atendimentos presenciais nas Agências da Previdência Social também foi suspensa, por óbvio, a realização de perícias médicas pelos peritos médicos federais.

Cumprido salientar que o retorno à realização de perícias médicas não aconteceu no mesmo momento da retomada aos atendimentos nas Agências da Previdência Social.

Isso porque os peritos médicos federais alegaram que os locais de atendimento nas

4 Como o coronavírus que causa COVID-19 é transmitido? *Telesaúde RS*, 10 mar. 2020. Disponível em: https://www.ufrgs.br/telessauders/posts_coronavirus/como-o-coronavirus-que-cause-covid-19-e-transmitido/. Acesso em: 30 set. 2020.

5 BRASIL. Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência. Portaria nº 412, de 20 de mar. de 2020. Dispõe sobre a manutenção de direitos dos segurados e beneficiários do INSS em razão das medidas restritivas no atendimento ao público para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia do coronavírus (COVID-19). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 23 de mar. de 2020, p.94.

6 INSS inicia retomada gradual do atendimento presencial em 14 de setembro. *Instituto Nacional de Seguridade Social*, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/inss-inicia-retomada-gradual-do-atendimento-presencial-em-14-de-setembro/>. Acesso em: 30 set. 2020.

Agências da Previdência Social não ofereciam condições seguras para a realização das perícias. Somente a partir de 21 de setembro de 2020⁷ é que a realização de perícias foi observada, após a efetivação de inspeções e adequações nas APS.

Necessário, contudo, ponderar que a realização da perícia médica federal é considerada atividade essencial e que, dessa maneira, deveria continuar sendo realizada apesar das limitações próprias do momento atual de pandemia.

Nesse sentido o disposto no art. 3º, § 1º, inciso XXXIII, do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020:

Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.

§ 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

[...]

XXXIII - atividades médico-periciais relacionadas com a seguridade social, compreendidas no art. 194 da Constituição; (Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020).⁸

Considerando que a realização da perícia médica era requisito indispensável na análise de requerimentos de benefícios por incapacidade e que a realização das perícias médicas estava suspensa (apesar de se tratar de atividade essencial), foi editada a Portaria Conjunta nº 9.381, de 6 de abril de 2020, do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, permitindo a concessão de antecipação, no valor de um salário mínimo mensal ao requerente de auxílio-doença ao Instituto Nacional do Seguro Social.⁹

A referida antecipação estava prevista no art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, a seguir colacionado:

Art. 4º Fica o INSS autorizado a antecipar 1 (um) salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença de que trata o art. 59 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, ou até a realização de perícia pela Perícia Médica Federal, o que ocorrer primeiro.

Parágrafo único. A antecipação de que trata o caput estará condicionada:

I - ao cumprimento da carência exigida para a concessão do benefício de auxílio-doença;

II - à apresentação de atestado médico, cujos requisitos e forma de análise serão estabelecidos em ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS.¹⁰

7 INSS diz que 57 agências já realizam perícia médica. *Agência Brasil*, 21 set. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-09/inss-diz-que-57-agencias-ja-realizam-pericia-medica>. Acesso em: 30 set. 2020.

8 BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de mar. de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. *Diário Oficial da União – Edição Extra*. Brasília, DF, 20 de mar. de 2020.

9 BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 9.381, de 6 de abril de 2020. Disciplina a antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente de auxílio-doença ao Instituto Nacional do Seguro Social, de que trata o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e os requisitos e forma de análise do atestado médico apresentado para instruir o requerimento. (Processo nº 10128.107045/2020-83). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 6 de abril de 2020, p.21.

10 BRASIL. Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 2 de abril de 2020.

Assim, caso devidamente instruído com a documentação médica que comprove que o segurado esteja afligido por doença que o incapacite para o trabalho, com o respectivo prazo indicado para repouso, poderá o benefício de auxílio por incapacidade temporária ser concedido sem a realização da perícia médica.

Embora perceba-se que o adiantamento no valor de um salário mínimo é ação com o objetivo de resguardar o mínimo existencial ao segurado que tenha sofrido perda da sua capacidade laboral e que, diante da limitação na realização das perícias médicas, era a medida possível de ser adotada, principalmente em razão da pública e notória escassez dos recursos públicos, não há que se falar em suficiência dessa providência para prestar a proteção social própria do auxílio por incapacidade temporária.

Isso porque vários dos segurados que estão recebendo apenas um salário mínimo de renda mensal deveriam receber quantia significativamente superior, que guardasse consonância com respectivo histórico contributivo.

Nesse ponto, cumpre salientar que o valor do auxílio por incapacidade temporária deve equivaler a 91% da média salarial do segurado que, por sua vez, é calculada a partir da consideração de todos os salários de contribuição utilizados como base de cálculo para a contribuição previdenciária, percebidos de julho de 1994 em diante, ou a partir da competência em que o segurado se filiou ao regime previdenciário, se posterior a julho de 1994, em conformidade com o disposto no art. 26 da Emenda Constitucional nº 103, de 13 de novembro de 2019, combinado com o disposto no art. 61 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ambos a seguir transcritos no que importa à presente discussão:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.¹¹

Art. 61. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).¹²

Desse modo, o segurado que tenha um histórico contributivo que garantisse o recebimento de auxílio por incapacidade temporária em valor mensal superior ao salário mínimo, segundo a metodologia de cálculo prevista nos dispositivos supratranscritos, terá significativo prejuízo mensal.

Considerando a finalidade do benefício previdenciário, que deve ser capaz de substituir o valor auferido em razão do trabalho e, dessa forma, garantir o digno sustento do segurado e do seu grupo familiar, de acordo com o seu padrão remuneratório, é evidente que o adiantamento de apenas um salário mínimo pode ser insuficiente para a consecução do propósito para o qual o benefício foi criado.

11 BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2020. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 13 de novembro de 2019.

12 BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 de julho de 1991.

Cabe, dessa forma, ao segurado que julgar conveniente, provocar a atuação do Poder Judiciário com a finalidade de concessão do benefício de acordo com a adoção, para o seu cálculo, da metodologia descrita no art. 26 da Emenda Constitucional nº 103/2019 e no art. 61 da Lei nº 8.213/1991, afastando-se o adiantamento de apenas um salário mínimo.

Não havia, dessa maneira, na seara administrativa, a possibilidade de que o auxílio por incapacidade temporária fosse concedido com valor superior ao piso salarial. Contudo, diante do retorno da realização das perícias médicas nas Agências da Previdência Social, foi editada a Portaria Conjunta nº 62, de 28 de setembro de 2020, do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, alterando a redação do art. 2º da Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020. Tal ato normativo prevê a possibilidade de o segurado optar, no momento do requerimento do benefício por incapacidade temporária, pelo agendamento da perícia médica ou pelo adiantamento do valor de um salário mínimo mensal. Naquela hipótese, o benefício será calculado de acordo com a metodologia regular. Transcreve-se, por oportuno, o disposto no art. 2º da Portaria Conjunta nº 47:

Art. 2º O segurado, no momento do requerimento, fará a opção pelo agendamento da perícia médica para a concessão do auxílio por incapacidade temporária, em uma das unidades de atendimento da Perícia Médica Federal cujo serviço de agendamento esteja disponível, ou pela antecipação de que trata o art. 1º.

§ 1º O requerimento do agendamento da perícia médica e o requerimento da antecipação, na forma do caput, são excludentes entre si, sem prejuízo do posterior agendamento de perícia para as antecipações realizadas, observado o disposto no art. 4º.

§ 2º O segurado que optar pela antecipação de que trata o art. 1º deverá anexar ao requerimento, por meio do site ou aplicativo «Meu INSS», e mediante declaração de responsabilidade pelos documentos apresentados, o atestado médico, que deverá observar, cumulativamente os seguintes requisitos: [...]¹³

Tratam-se, portanto, de opções excludentes entre si, de modo que o segurado que tenha optado pelo adiantamento do valor de um salário mínimo mensal não poderá submeter-se à perícia médica enquanto a própria autarquia previdenciária convocá-lo com esta finalidade, assim como não caberá o adiantamento no valor de um salário mínimo para o segurado que tenha optado pela realização da perícia quando da realização do requerimento do benefício previdenciário.

A supramencionada Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020, do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, também prevê a possibilidade de adiantamento no valor de um salário mínimo para benefícios requeridos até 31 de outubro de 2020, limitando tal adiantamento até o dia 31 de dezembro de 2020. Nesse sentido o disposto no art. 1º do ato normativo em comento:

Art. 1º Esta Portaria disciplina a operacionalização, pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, da antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), de que tratam o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e o Decreto nº 10.413, de 2 de julho de 2020.

13 BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020. Disciplina a operacionalização, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, da antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), de que tratam o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e o Decreto nº 10.413, de 2 de julho de 2020. (Processo nº 10128.107045/2020-83). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 de agosto de 2020, p.15.

§ 1º O INSS está autorizado a deferir a antecipação de que trata o caput para requerimentos administrativos protocolados até 31 de outubro de 2020.

§ 2º Os efeitos financeiros das antecipações não poderão exceder o dia 31 de dezembro de 2020, ficando ressalvada a possibilidade de o segurado apresentar pedido de revisão para fins de obtenção integral e definitiva do auxílio por incapacidade temporária, na forma estabelecida pelo INSS.¹⁴

Ponto indubitavelmente positivo para o segurado consiste no fato de que, mesmo que o benefício seja posteriormente considerado indevido, por conclusão neste sentido por parte da perícia médica federal, não haverá a obrigação de devolução dos valores recebidos, salvo comprovada má-fé, eis que as sucessivas portarias somente preveem essa possibilidade no caso de apresentação de documentação falsa com o objetivo de obter o benefício. A este respeito o disposto no art. 2º, § 4º da Portaria Conjunta nº 47/2020:

Art. 2º Poderá requerer a antecipação de que trata o art. 1º o segurado que residir em município localizado a mais de setenta quilômetros de distância da Agência da Previdência Social mais próxima, cuja unidade de atendimento da Perícia Médica Federal esteja com o serviço de agendamento disponível.

[...]

§ 4º A emissão ou a apresentação de atestado falso ou que contenha informação falsa configura crime de falsidade documental e sujeitará os responsáveis às sanções penais e ao ressarcimento dos valores indevidamente recebidos.¹⁵

Dessa forma, além de ser obrigado a ressarcir os valores indevidamente percebidos, aquele que utilizar de má-fé e apresentar documentação falsa para receber o benefício por incapacidade temporária também deverá responder na esfera criminal, sujeitando-se até mesmo à pena restritiva de liberdade, tendo em vista tratar-se de conduta tipificada no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Na sequência foi publicada a Portaria Conjunta SEPRT/INSS nº 53, de 02 de setembro de 2020 (DOU de 03/09/2020), dispondo sobre a confirmação da concessão do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), requerido com fundamento no art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. Com isso o INSS efetuou na via administrativa a complementação do valor dos benefícios concedidas até 2 de julho de 2020 e que não foram objeto de prorrogação após essa data.

Consta, ainda, desse ato, que reconhecido em definitivo o direito ao auxílio por incapacidade temporária, seu valor será devido a partir da data de início do benefício, determinada nos termos do art. 60 da Lei nº 8.213/1991, deduzindo-se os valores antecipados. E para esse efeito, a data do início do repouso será considerada como Data do Início da Incapacidade (DII) e Data de Início da Doença (DID), sem prejuízo de posterior revisão. E a Data de Cessação do Benefício (DCB) corresponderá à data do início do repouso acrescida da quantidade de dias do repouso, subtraída de um dia.

14 BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020. Disciplina a operacionalização, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, da antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), de que tratam o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e o Decreto nº 10.413, de 2 de julho de 2020. (Processo nº 10128.107045/2020-83). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 de agosto de 2020, p.15.

15 BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020. Disciplina a operacionalização, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, da antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), de que tratam o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e o Decreto nº 10.413, de 2 de julho de 2020. (Processo nº 10128.107045/2020-83). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 de agosto de 2020, p.15.

2.2 Concessão de benefício por incapacidade temporária em razão da covid-19 e nexos com o exercício da atividade laboral

Outro ponto que merece enfoque é a discussão, ainda não superada, mesmo após decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6342, acerca da possibilidade de se classificar a contaminação pelo coronavírus como resultante do exercício do trabalho.

A este respeito dispunha o art. 29 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, a seguir colacionado: “Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”¹⁶

O referido dispositivo foi alvo de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sob o argumento principal de que impossibilitar o reconhecimento do nexo de causalidade entre o contágio pelo coronavírus e o desempenho de atividades laborais equivaleria a uma ofensa aos diversos trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco de contaminação.

O professor Carlos Alberto Pereira de Castro tratou do tema nos seguintes termos:

A matéria foi levada ao STF em ADIs, tendo o plenário, em sessão por videoconferência de 29/04/2020, por maioria, após divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, proferido decisão no sentido de *suspender a eficácia* do referido artigo, pois *ao prever que casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante a comprovação de nexo causal, ofende inúmeros trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco.*

A decisão foi proferida no julgamento de medida liminar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas contra a MP. O entendimento do STF, é importante frisar, *não leva a se considerar todo e qualquer trabalhador acometido de Covid-19 como vítima de doença ocupacional*; apenas afasta a presunção ali disposta – de que tal enfermidade não guarda nexo com o trabalho, prevalecendo desta maneira as regras até aqui existentes na Lei 8.213/91, destacando-se os artigos 20 e 21, que prevêm:

Art. 20. (...)

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

(...)

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

(...)

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

(...)

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

A nosso sentido, em que pese a dificuldade na identificação de como se deu a contaminação por um vírus de alta transmissibilidade, a contaminação de pessoa que exerce atividade nas áreas da saúde e de análises clínicas tende a ser presumido como de origem laboral.¹⁷

16 BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de mar. de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de mar. de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. *Diário Oficial da União – Edição Extra*. Brasília, DF, 22 de mar. de 2020.

17 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. A proteção acidentária no período pós-Reforma da Previdência e a pandemia Covid-19. In: FERNANDES, Ana Paula; SANTOS, Roberto de Carvalho; SERAU JUNIOR; Marco Aurélio. *Previdência Social no Brasil pós-Reforma*. Belo Horizonte: Paideia Jurídica, 2020, p.151.

Mostra-se razoável o entendimento adotado pelo professor Castro, considerando que os profissionais da saúde têm, em razão do próprio exercício de suas atividades profissionais, maior probabilidade de contágio pelo coronavírus.

Posteriormente, em 19 de julho de 2020, a Medida Provisória nº 927/2020 acabou por caducar, em conformidade com o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, de 2020, o que resultou na certificação do trânsito em julgado, por perda de objeto, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6342 das demais ações que foram julgadas em conjunto com a ADI 6342.

Diante disso, o segurado incapacitado em razão da Covid-19 deve buscar a concessão de benefício com natureza de doença ocupacional do trabalho utilizando-se das regras gerais previstas nos art. 19 a 21 da Lei n. 8.213/1991.

Apesar dessa realidade jurídica, entendemos que os fundamentos adotados como razão de decidir pelo STF na ADI 6342 continuam válidos e devem ser o norte a guiar as decisões em casos de contaminação do segurado que está trabalhando no período em que houve a contaminação. Com isso, a prova da inexistência do nexo deve ser produzida pelo empregador, dentre elas, a demonstração de adoção de todas as exigências sanitárias, observância do distanciamento social e o fornecimento de EPIs.

Caberá inicialmente à Perícia Médica Federal fazer essa avaliação e, em caso de judicialização, aos peritos nomeados pelo juízo estadual competente para reconhecer a existência de doença ocupacional do trabalho em matéria previdenciária, consoante previsão contida no art. 109, I, da Constituição Federal.

2.3 Afastamento por contágio pelo coronavírus e concessão do auxílio por incapacidade temporária

Conforme já afirmado ao longo do presente estudo, o contágio pelo coronavírus e o desenvolvimento da Covid-19 se dão de maneira diferenciada em cada indivíduo, havendo pessoas que apresentam sintomas leves, ou até mesmo assintomáticos, assim como aqueles que apresentam sintomas graves e que até mesmo falecem em função das complicações no quadro de saúde resultantes da doença.

Dessa forma, a partir de uma análise simples, nem toda pessoa contaminada sofre perda da capacidade laborativa. Há ainda aqueles que necessitam ficar em quarentena, mesmo sem apresentar os sintomas da doença, em virtude da convivência com outros membros da família que estejam infectados.

Não há que se olvidar, contudo, que se trata de enfermidade de segregação compulsória, independentemente da gravidade dos sintomas apresentados pelo indivíduo que tenha sido contaminado.

Nesse sentido o disposto no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a seguir colacionado:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)
I - isolamento;
II - quarentena;¹⁸

O mesmo ato normativo define em que consiste a quarentena e o isolamento, conforme

18 BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2020.

redação dada ao art. 2º:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.¹⁹

Uma vez contaminado, o indivíduo deverá obrigatoriamente se abster do contato com outras pessoas, sob pena de responsabilização pessoal por eventuais danos que advenham da sua conduta.

Assim, ainda que o contaminado não apresente sintomas, ou apresente apenas sintomas leves, deverá acontecer o afastamento do convívio social e, por via de consequência, do exercício das atividades laborativas.

No entanto, embora não se verifique, de fato, a incapacidade para o trabalho, ainda assim pode ser concedido o benefício de auxílio por incapacidade temporária para o acometido pela Covid-19.

Esse entendimento resulta do fato de que o segurado poderá estar materialmente incapaz para o exercício do seu labor, caso este seja caracterizado pela necessidade de contato com outras pessoas.

O mesmo entendimento é defendido pelo professor Carlos Alberto Pereira de Castro:

Primeiramente, vejamos a questão do adoecimento causado pelo COVID-19. Apenas quando caracterizada a incapacidade decorrente da enfermidade, com sintomas graves, seria devido algum benefício (*auxílio por incapacidade temporária, no caso*)? Entendemos que não. A COVID-19 se configura como doença de segregação compulsória, impondo o isolamento de pessoas doentes ou contaminadas (ou seja, ainda que assintomáticas, ou com sintomas leves). Ora, com o isolamento, que certamente ultrapassará 15 dias (isso no caso dos empregados urbanos e rurais, cuja regra é diferenciada), será cabível o benefício (para os demais segurados, desde o primeiro dia de isolamento, se não houve afastamento anterior).

Não bastasse tal situação, tem-se pela lei em comento que há imposição de quarentena a pessoas que, embora não contaminadas, sejam “suspeitas de contaminação”, de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus. Pessoas nesta condição também poderiam ser consideradas com direito a *auxílio por incapacidade temporária*? Compreendemos novamente que sim, em termos. Há, na hipótese, caso de segregação compulsória, que impede o labor que exija contato com outras pessoas – tanto quanto a pessoa que já foi constatada com a enfermidade. É que, por medida de saúde pública, protegendo toda a coletividade, como bem explana a lei, não se pode arriscar que uma pessoa suspeita de estar contaminada possa transmitir o vírus. E, desta forma, impondo-se o afastamento do convívio social, há incapacidade (impossibilidade) de prestar trabalho, *se este mister exigir o contato com outras pessoas* – por exemplo, um comerciante, bancário, motorista de transporte coletivo, etc.²⁰

19 BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2020.

20 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. A proteção acidentária no período pós-Reforma da Previdência e a pandemia Covid-19. In: FERNANDES, Ana Paula; SANTOS, Roberto de Carvalho; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Previdência Social no Brasil pós-Reforma*. Belo Horizonte: Paideia Jurídica, 2020, p.153.

Revela-se, portanto, adequado o entendimento no sentido de ser devido o benefício por incapacidade temporária a todo aquele cujo trabalho seja indissociável do contato com pessoas e que tenha sido acometido pela Covid-19, independentemente da gravidade da manifestação dos sintomas, tendo em vista o elevado grau de contágio da doença e a obrigatoriedade de segregação.

2.4 Da impossibilidade de cessação do auxílio por incapacidade temporária aos segurados submetidos à programa de reabilitação profissional

O programa de reabilitação profissional consiste, nos termos do disposto no *caput* do art. 89 da Lei nº 8.213/1991, ao seguinte:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.²¹

Trata-se de serviço que deve ser fornecido pela autarquia previdenciária ao segurado que se encontre incapacitado para o exercício da sua profissão habitual, mas que possa exercer outro labor mediante a efetivação de qualificação para tanto.

Castro e Lazzari ensinam, ao tratar da reabilitação profissional, o seguinte:

A habilitação e a reabilitação profissional são serviços que devem propiciar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vivem – Lei n. 8.213/1991, art. 89.

[...]

A reabilitação profissional compreende o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e à reabilitação social e profissional, e, quando necessário, o transporte do acidentado ao trabalho.

É realizada por meio do atendimento individual e/ou em grupo, por profissionais das áreas da medicina, serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins, objetivando a definição da capacidade laborativa e da supervisão por parte de alguns desses profissionais para acompanhamento e reavaliação do programa profissional.²²

A reabilitação profissional, quando verificada a sua aplicação, deve obrigatoriamente ser cumprida pelo segurado.

No caso de verificação da possibilidade de aplicação do programa de reabilitação profissional ao segurado que esteja recebendo o benefício de auxílio por incapacidade temporária, deve ser mantido o pagamento deste enquanto durar a reabilitação profissional.

Neste sentido o disposto no art. 62, § 1º, da Lei nº 8.213/1991:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação

21 BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 de julho de 1991.

22 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.757.

profissional para o exercício de outra atividade. (Redação dada pela Lei nº 13.457, de 2017)

[...]

§ 1º. O benefício a que se refere o caput deste artigo será mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).²³

É devido, dessa forma, o pagamento do auxílio por incapacidade temporária enquanto o segurado não estiver reabilitado para o exercício da nova função para a qual o mesmo está recebendo qualificação.

Considerando a impossibilidade fática de frequência aos cursos qualificatórios a que os segurados se sujeitam em razão dos programas de reabilitação profissional, consequência da imposição de medidas de distanciamento social em razão da atual pandemia, foram editados atos normativos garantindo a manutenção do pagamento do auxílio por incapacidade temporária a estes segurados.

Cumprido destacar, a este respeito, o teor do art. 1º, inciso VII, da Portaria nº 373, de 16 de março de 2020, do Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência:

Art. 1º Interromper, por até 120 (cento e vinte) dias as seguintes rotinas de atualização e manutenção de benefícios administrados por este Instituto em decorrência do estado de emergência pública, resultante da pandemia do coronavírus (COVID 19), podendo ser prorrogado enquanto perdurar a situação:

[...]

VII - suspensão de benefícios por impossibilidade da execução do programa de Reabilitação Profissional.²⁴

A interrupção da suspensão do pagamento do benefício de auxílio por incapacidade temporária em razão da impossibilidade de execução do programa de reabilitação profissional foi prorrogada por sucessivos atos normativos, sendo o mais recente a Portaria nº 1.070, de 19 de outubro de 2020, do Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência, cujo artigo 1º segue transcrito em sua integralidade:

Art. 1º Prorrogar por mais 2 (duas) competências, novembro e dezembro de 2020, a rotina de suspensão de benefícios por impossibilidade da execução do programa de Reabilitação Profissional, conforme disposto no inciso II do art. 1º da Portaria nº 933/PRES/INSS, de 14 de setembro de 2020.²⁵

Portanto, o pagamento do auxílio por incapacidade temporária será mantido aos segurados sujeitos ao programa de reabilitação profissional, diante da impossibilidade de efetivação do programa em razão das limitações propiciadas pela pandemia do coronavírus, até o mês de dezembro de 2020, sendo possível uma nova prorrogação da suspensão de benefícios caso seja verificada a impossibilidade de realização da reabilitação profissional.

23 BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 de julho de 1991.

24 BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria nº 373, de 16 de mar. de 2020. Estabelece orientações quanto às medidas protetivas, no âmbito do INSS, para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do coronavírus (COVID 19). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 de mar. de 2020, p.26.

25 BRASIL. Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência. Portaria nº 1.070, de 19 de outubro de 2020. Prorroga a rotina de suspensão de benefícios por impossibilidade da execução do programa de Reabilitação Profissional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 22 de outubro de 2020. p. 118.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo identificou que foram necessárias várias alterações relacionadas às rotinas estabelecidas para a verificação do direito à concessão ou à manutenção do benefício de auxílio por incapacidade temporária, tendo em vista as limitações causadas pelas imposições de medidas de mitigação do contágio ou da proliferação da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus.

Tais limitações consistem, basicamente, na redução do contato social entre os indivíduos, considerando que o contágio se dá com a interação entre pessoas, a partir do contato das vias aéreas ou de mucosas com partículas de saliva contaminadas pelo coronavírus.

Assim, foi criada a possibilidade de concessão do auxílio por incapacidade temporária sem que o segurado se submeta à realização de perícia médica, desde que seja possível comprovar a necessidade de afastamento das atividades laborais por meio documental, nos termos dos atos normativos. Esse modelo, no entanto, apresenta dois grandes obstáculos causadores de prejuízos ao segurado.

O primeiro dano diz respeito ao fato de que sem a realização de perícia pelo INSS não ocorre a caracterização da incapacidade como sendo acidentária, dada a ausência de norma válida capaz de gerar essa presunção. Com isso, o segurado não se beneficia da estabilidade de 12 meses, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991. E, poderá ainda sofrer reflexos no cálculo de eventual concessão de aposentadoria por incapacidade permanente ou de pensão por morte aos dependentes.

A segunda perda reside na previsão de que o valor do benefício antecipado será de apenas um salário mínimo, o que pode vulnerar os segurados que façam jus a benefício em valor mensal superior e que tenham gastos que não possam ser honrados com este benefício. Mais recentemente, diante do retorno da possibilidade de agendamento de perícias médicas, foi facultado ao segurado optar pelo referido agendamento ou pela realização da antecipação do benefício, no valor de um salário mínimo.

Embora tal medida seja louvável, tendo em vista que garante (em tese) o mínimo existencial, está distante de se caracterizar como uma solução definitiva para o problema dos segurados que façam jus ao benefício em valor mensal superior.

Considerando a compulsoriedade da adoção de medidas de isolamento social em razão do contágio pelo coronavírus, revela-se adequada a concessão do auxílio por incapacidade temporária para os indivíduos acometidos pela doença, mesmo que não tenham experimentado, de fato, incapacidade para o trabalho, desde que este seja caracterizado pela necessidade de contato com outras pessoas.

Portanto, não existindo a incapacidade laboral, mas somente a necessidade de isolamento, e sendo oportunizado o teletrabalho, não há razão para a concessão do benefício previdenciário. Mas, não sendo essa uma opção viável, deve ser concedido o auxílio por incapacidade temporária.

Por fim, revela-se acertada a adoção, por parte da autarquia previdenciária, da impossibilidade de suspensão do pagamento do benefício por incapacidade temporária aos segurados sujeitos ao programa de reabilitação profissional, tendo em vista que as medidas de distanciamento social acabam por impossibilitar a efetivação da qualificação dos segurados para o exercício de novas funções.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de mar. de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. *Diário Oficial da União – Edição Extra*. Brasília, DF, 20 de mar. de 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2020. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 13 de novembro de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 25 de julho de 1991.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 2 de abril de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de mar. de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de mar. de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. *Diário Oficial da União – Edição Extra*. Brasília, DF, 22 de mar. de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência. Portaria nº 412, de 20 de mar. de 2020. Dispõe sobre a manutenção de direitos dos segurados e beneficiários do INSS em razão das medidas restritivas no atendimento ao público para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia do coronavírus (COVID-19). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 23 de mar. de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 9.381, de 6 de abril de 2020. Disciplina a antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente de auxílio-doença ao Instituto Nacional do Seguro Social, de que trata o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e os requisitos e forma de análise do atestado médico apresentado para instruir o requerimento. (Processo nº 10128.107045/2020-83). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 6 de abril de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 53, de 02 de setembro de 2020. Dispõe sobre a confirmação da concessão do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), requerido com fundamento no art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. (Processo nº 14021.134008/2020-97). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 03 de setembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020. Disciplina a operacionalização, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, da antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), de que tratam o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e o Decreto nº 10.413, de 2 de julho de 2020. (Processo nº 10128.107045/2020-83). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 24 de agosto de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 62, de 28 de setembro de 2020. Altera a Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020, que disciplina a operacionalização, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, da antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), de que tratam o art. 4º da Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, e o Decreto nº 10.413, de 2 de julho de 2020. (Processo nº 10951.103831/2020-07). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 29 de setembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria nº 373, de 16 de mar. de 2020. Estabelece orientações quanto às medidas protetivas, no âmbito do INSS, para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do coronavírus (COVID 19). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 de mar. de 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Instituto Nacional do Seguro Social/Presidência. Portaria nº 1.070, de 19 de outubro de 2020. Prorroga a rotina de suspensão de benefícios por impossibilidade da execução do programa de Reabilitação Profissional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 22 de outubro de 2020. p. 118.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Como o coronavírus que causa COVID-19 é transmitido? *Telesaúde RS*, 10 mar. 2020. Disponível em: https://www.ufrgs.br/telessauders/posts_coronavirus/como-o-coronavirus-que-cause-covid-19-e-transmitido/. Acesso em: 30 set. 2020.

FERNANDES, Ana Paula; SANTOS, Roberto de Carvalho; SERAU JUNIOR; Marco Aurélio. *Previdência Social no Brasil pós-Reforma*. Belo Horizonte: Paideia Jurídica, 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/285-artigos-set-2014/6738-a-previdencia-social-como-direito-fundamental>. Acesso em: 30 set. 2020.

INSS inicia retomada gradual do atendimento presencial em 14 de setembro. *Instituto Nacional de Seguridade Social*, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/inss-inicia-retomada-gradual-do-atendimento-presencial-em-14-de-setembro/>. Acesso em: 30 set. 2020.

INSS diz que 57 agências já realizam perícia médica. *Agência Brasil*, 21 set. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-09/inss-diz-que-57-agencias-ja-realizam-pericia-medica>. Acesso em: 30 set. 2020.

Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus. *Agência Brasil*, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 30 set. 2020.

REGIME FISCAL EXTRAORDINÁRIO E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO: A FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE PROVA DE REGULARIDADE COM O INSS

Marco Aurélio Serau Junior

Professor da UFPR – Universidade Federal do Paraná. Doutor e Mestre em D. Humanos (USP). Diretor Científico do IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários.

Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff

Doutora em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2005). Ex- pesquisadora bolsista da Fundação Ford. Membro da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units Research Network Program (JAMBU-RNP). Professora no curso de graduação em Direito e Professora na Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará. Advogada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Direito Fundamental à Seguridade Social; 3 Contratações Públicas e Segurança Jurídica; 4 Regime Fiscal Extraordinário: a Emenda Constitucional 106/2020; 5 A flexibilização da exigência de prova de regularidade com o INSS: a inconstitucionalidade do art. 3º, p. único, da Emenda Constitucional 106/2020; 6 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crise e de escassez de recursos por parte da Administração, impõe-se a adoção de soluções criativas e inovadoras, sobretudo para que as demandas sociais possam continuar a ser atendidas de maneira satisfatória.

Diante disso, a seara da contratação pública se mostra sensível, já que nesta podem ser criadas maneiras de se reduzir custos e, ainda assim, ampliar a qualidade de serviços através de novas modalidades de avenças públicas.

O ano de 2020 é marcado pelo contexto de crises com predominância do direito à saúde e do direito à vida. A pandemia da Covid-19, apesar de recente, deixa sinais claros de ser um marco histórico para humanidade, não só pelas preocupações na seara da saúde, considerando a velocidade extraordinária de sua propagação, mas também pelos seus reflexos em outras áreas, sinalizando uma recessão econômica de proporções ainda desconhecidas. A busca por soluções imediatas precisa enfrentar o desafio de rompimento com planejamento orçamentário e nessa “disputa”, os direitos sociais ficam ainda mais prejudicados do que antes da pandemia – quando já eram apresentados, com contundência, questões como a *reserva do possível*, a subordinação dos direitos aos fatores econômicos ou mesmo a surrada ideia de que os direitos sociais constituem meras normas programáticas, destituídas de eficácia.

A produção normativa da pandemia adota por base o Decreto Legislativo nº 6/2020 que reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Nesse esteio, foi promulgada a emenda constitucional n. 106/2020, a qual introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o assim chamado “regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”.

Analisando o regime constitucional extraordinário, este artigo objetiva estudar a inconstitucionalidade do art. 3, parágrafo único da Emenda Constitucional n. 106/2020. Utiliza-se o método dedutivo e indutivo com fontes primárias para contribuir com a inovação do estado da arte.

Para tanto, este artigo está estruturado em quatro etapas. A primeira trata do direito fundamental à Seguridade Social. A segunda se refere a contratações públicas e a segurança jurídica. A terceira estuda o regime fiscal extraordinário. A quarta se dedica a análise da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 3 da emenda constitucional n. 106/2020.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURIDADE SOCIAL

A premissa para discutirmos a eventual inconstitucionalidade da norma que suspende temporariamente a regra de proteção ao sistema de Seguridade Social contida no art. 195, § 3º, da Constituição Federal - em seu texto original – reside na ideia de que a Seguridade Social é um direito fundamental ou conjunto de direitos fundamentais.¹

A Seguridade Social é um direito fundamental pensada enquanto estrutura (o conjunto de políticas e serviços públicos necessários a lhe colocar em prática) e enquanto direito subjetivo individualmente usufruído pelos cidadãos e cidadãs brasileiros (cada benefício previdenciário ou assistencial individualmente considerado, por exemplo).

A Seguridade Social é um direito fundamental porque possui ampla previsão no Texto

1 SERAU JR., Marco Aurélio. *Seguridade Social e direitos fundamentais*, 4.ed., atual., rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2020.

Constitucional de 1988, bem como no bloco de constitucionalidade – representado por diversas Convenções da OIT – Organização Internacional do Trabalho, em particular a Convenção 102, bem como por diversos Tratados de Direitos Humanos da ONU ou dos sistemas regionais latino-americano e MERCOSUL.

Além de contar com expressa previsão constitucional, os temas aos quais se dedica a Seguridade Social são todos vinculados com a perspectiva de consagração da dignidade da pessoa humana. São diversas as contingências sociais contempladas e previstas no âmbito das políticas e serviços públicos a cargo da Seguridade Social brasileira: pobreza, exclusão social, idade avançada, doença e incapacidade para o trabalho; maternidade e orfandade etc., os quais se espraiam em diversos benefícios capitulados na legislação de regência, em particular a Lei 8.213/91 e a Lei 8.742/93.

Para que esse modelo constitucional seja efetivo, existe a necessidade de um rigoroso modelo de financiamento, o qual se encontra previsto no artigo 195 e outros da Constituição Federal, normas que podem configurar verdadeiros *deveres fundamentais*.

É nesse aspecto que pensamos que a regra do *orçamento de guerra* que suprime temporariamente a vigência do artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, parece implicar em inconstitucionalidade, visto que vulnera o sistema constitucional de Seguridade Social, fragilizando a estrutura de custeio.

Desdobraremos esse assunto com mais profundidade nos próximos itens.

3 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SEGURANÇA JURÍDICA

Realizar uma boa compra ou contratar um serviço de qualidade configura-se um processo complexo. As contratações públicas podem assumir diversidades de configurações organizacionais e institucionais que se caracterizam pela interpenetração de estruturas e de operações com o processo de políticas públicas.

A Administração Pública realiza contratações com terceiros para atendimento de suas necessidades buscando concretizar seus projetos e alcançar seus objetivos. Denominadas como “compras e contratações públicas”, seus processos de aquisições englobam a identificação de necessidades, a seleção e o encaminhamento de pedidos a fornecedores, análise de custos, bem como a preparação e formalização de contratos até o fim da prestação do serviço ou vida útil de um bem.

O art. 22, XXVII da Constituição Federal estabelece que compete privativamente a União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Uma das principais normas é a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o procedimento de licitação, estabelece as modalidades de concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o pregão. Prevê, ainda, a possibilidade de contratação direta por dispensa no art. 24 ou por inexigibilidade no art. 25.

A Lei 8987/95 que dispõe sobre os contratos administrativos de permissões e de concessões de serviços públicos, pois, toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Em 2004, a Lei 11.079, foi conduzida para disciplinar os contratos administrativos de

parcerias públicas privadas seja na modalidade patrocinada ou administrativa. Em 2011, a Lei 12.462, na busca de conceder tratamento diferenciado e na tentativa de reduzir a burocracia, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas direcionado a áreas consideradas estratégicas naquele momento.

Em 2016, a Lei 13.303 regulamentou o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, que atuam no domínio econômico, abarcando as prestadoras de serviços público enquadrados como atividade econômica, em sentido amplo.

Um dos pontos comuns que se verifica nesta análise cronológica da evolução positiva das contratações públicas é a busca pela segurança jurídica da Fazenda Pública para atender a continuidade e a qualidade das compras e dos serviços no interesse público.

A fórmula encontrada pela normatividade envolve a pesquisa de preços no mercado a fim de evitar preços aviltantes, a qualificação da capacidade técnica, os pedidos de certidões relacionadas a regularidade fiscal, trabalhistas e com os demais órgãos. Todas, no sentido de obter segurança jurídica nas contratações públicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello² explica que os princípios são os “mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”. Adotando este preceito como fundamento, é possível dizer que a segurança jurídica busca a eficácia vinculante de importância ímpar que impele ao cumprimento das obrigações contratuais porque diretamente ligadas a continuidade dos serviços públicos.

Considerando a sua estrutura constitucional, o princípio da segurança jurídica possui eficácia normativa, portanto, serve tanto como parâmetro para a validade das normas inferiores quanto para orientar a atividade interpretativa. Com isso, ganhou mais força o art. 2 da Lei 9784/99 com a disciplina do processo no âmbito administrativo, pois a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da segurança jurídica, do interesse público e eficiência.

Ao disciplinar as relações, o Direito cria uma ordem, a qual se espera que seja respeitada por todos. A segurança, além de ser um sistema jurídico, tendo assim relevância intrínseca, é igualmente um meio a se atingir os demais valores, tendo, assim, um valor instrumental.³

A segurança jurídica apresenta diferentes aspectos a serem aplicados conforme lições de Humberto Avila que podem ser estudadas: material (qual jurídico é o conteúdo da segurança jurídica?), o objetivo (segurança jurídica do que?), subjetivo (quem são os sujeitos da segurança?), temporal (segurança jurídica quando?), quantitativo (segurança jurídica em que medida?), justificativo (segurança jurídica para que e por quê?) e instrumental (meios necessários a promoção do fim).⁴

Fazendo uma ligação das contratações públicas com a segurança jurídica, torna interessante pautar que o conteúdo das contratações públicas envolve a segurança jurídica com o objetivo de realizar o interesse público por de compras e de serviços. Eventuais descumprimentos podem ocasionar a quebra do contrato ocasionando prejudicando tanto as pessoas quanto o próprio Estado.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.54.

3 GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (dissertação de mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p.33.

4 AVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.109.

É preciso ter cautela porque flexibilizar institutos legais que possam prevenir riscos e desvios concatenados com a insegurança jurídica para as contratações públicas, pode, inclusive, pode frustrar a própria contratação pública, visto que é muito possível que aquelas empresas que se encontram em situação de dívida para com a Seguridade Social não possuam condições estruturais e econômicas para honrar o contrato com a Administração Pública.

Se utilizarmos estas noções para as contratações administrativas, observa-se que a segurança jurídica passa também pela confiança e pela certeza objetivando a estabilidade das relações jurídicas.

4 REGIME FISCAL EXTRAORDINÁRIO: A EMENDA CONSTITUCIONAL 106/2020

A Emenda Constitucional n. 106/2020 ficou popularmente conhecida como “Orçamento de Guerra” em razão de marcar a separação das contas públicas direcionadas a pandemia do Covid-19 daquelas consideradas ordinárias.

Institui o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Esta norma temporária⁵ não modifica o texto constitucional, pois é avulsa, integrando o bloco de constitucionalidade. Esse regime extraordinário somente deverá ser adotado naquilo em que, em virtude da urgência, não for possível ser cumprido com o regime regular. O seu art. 1 determina que:

Art. 1º Durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nesta Emenda Constitucional.⁶

Para fins didáticos, interessante separar em sete temas: (i) Contratações Públicas; (ii) Aumento de despesas públicas; (iii) Permissão de que empresas com débitos na previdência possam contratar ou receber benefícios; (iv) Regra de Ouro; (v) Programação orçamentária específica e prestação de contas avaliada separadamente e (vi) Autorização de compra e venda de títulos de emissão do Tesouro pelo Banco Central. Apenas o primeiro deve ser aqui observado porque integra o objeto de pesquisa. No que se trata de contratações públicas, esta emenda permite que o Poder Executivo Federal realize processo simplificado para contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, bem como para contratação de obras, serviços e compras.

Ao flexibilizar as regras da obrigatoriedade do processo licitatório e do concurso público consagradas na própria constituição, duas preocupações devem ser pontuadas. Enquanto a primeira diz respeito à finalidade, a segunda se relaciona com o aspecto temporal. Essa excepcionalidade tem o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto de calamidade e seus efeitos sociais durante o período de duração. O segundo reside justamente na temporalidade da medida, pois, como não se sabe até quando perdurar esta situação pandêmica, representa uma possibilidade de gastos públicos e contratação de pessoal de forma direta.

5 A EC 106/2020 tem vigência temporária. O art. 11 da emenda prevê expressamente que a EC 106/2020 “ficará automaticamente revogada na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional.”

6 BRASIL. Emenda Constitucional nº 106. *Diário Oficial da União*, edição 87, seção 1, p.1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/emenda-constitucional-n-106-255941715>. Acesso em 03 mar. 2021.

A ideia trazida pela Emenda Constitucional 106/2020 parte da premissa de que há uma situação emergencial, decorrente da crise sanitária de natureza internacional, que autoriza a flexibilização de inúmeras regras tradicionais do Direito Público e Privado, inclusive no âmbito fiscal e das contratações públicas.

Este orçamento paralelo está diretamente ligado à pandemia do “coronavírus” e a dificuldade de implementar ações coordenadas entre os poderes em busca do direito fundamental à saúde. Portanto, identificamos uma situação de grave crise humanitária de extensão ainda desconhecida que exige esforços extraordinários das finanças públicas para prover os recursos financeiros para os gastos públicos imprescindíveis para enfrentamento do coronavírus e à realização dos direitos humanos nesse período de exceção.

5 A FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE PROVA DE REGULARIDADE COM O INSS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, P. ÚNICO, DA EMENDA CONSTITUCIONAL 106/2020

A “disputa” fica clara ao delimitar o caso da seguridade social nas contratações públicas durante a pandemia, particularmente à discussão da disposição contida no art. 3º, p. único, da Emenda Constitucional 106/2020: “Parágrafo único. Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal”.⁷

Esse dispositivo faz menção à seguinte norma constitucional: “§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.⁸

Em outros termos: encontra-se revogada temporariamente a exigência de regularidade fiscal-previdenciária para a contratação com o Poder Público, em todos os níveis (Federal, Estadual e Distrital e Municipal), durante o período em que perdurar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020.

A cláusula contida no art. 195, § 3º, da Constituição Federal de 1988 reside em uma das garantias mais relevantes e tradicionais em termos de sustentabilidade econômica da Seguridade Social, prevista desde a redação original da Carta.

Trata-se de um mecanismo de *enforcement* do financiamento e sustentabilidade da Seguridade Social, pois as empresas que tiverem dívidas tributárias para com a Previdência Social não poderão participar das contratações públicas e não poderão receber incentivos fiscais ou creditícios.

Conforme SERAU JR.:

A fim de criar mecanismos de sustentabilidade econômica para a Seguridade Social, o § 3º estabelece que a pessoa jurídica em débito com esta, nos termos da lei, não poderá realizar contratos com o Poder Público (participar de licitações ou outras formas de negócios com a Administração Pública) nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.⁹

Semelhante é a opinião de FRANCISCO, que destaca os aspectos de *extrafiscalidade* das contribuições sociais e a eficiência da regra contida no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal como mecanismo de arrecadação dessas exações:

7 BRASIL. Emenda Constitucional nº 106. *Diário Oficial da União*, edição 87, seção 1, p.1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/emenda-constitucional-n-106-255941715>. Acesso em 03 mar. 2021.

8 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

9 SERAU JR., Marco Aurélio. Artigo 195 (verbete). *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1450.

Nas operações entre entes privados, as contratações dependem essencialmente da manifestação da vontade das partes, de modo que a recusa em contratar pode derivar de diversos fatores (especialmente do crédito abalado por dívidas não pagas). Nos contratos com o Poder Público, a vinculação a diversos princípios constitucionais (sobretudo a legalidade, a impessoalidade e a livre iniciativa) impõem nuances diversas àquelas empregadas nas operações privadas, de maneira que a existência de dívidas fiscais (tributárias ou não) em princípio não obsta a prerrogativa de contratar com o Poder Público. Contudo, em certas circunstâncias, as dívidas para com o Poder Público podem impedir certos atos jurídicos por parte dos devedores, ante à relevância das funções fiscais e extrafiscais das exações, tal como se verifica no artigo 195, § 3º da Constituição, segundo o qual débitos com o sistema da seguridade social são considerados como obstáculo para que os devedores contratem com o Poder Público. Essa proibição do artigo 195, § 3º, da Constituição serve como instrumento eficaz de cobrança ou de execução fiscal forçada imprópria ou indireta, mesmo porque as denominadas certidões negativas de débito vêm sendo exigidas frequentemente em várias operações comerciais entre pessoas físicas e jurídicas privadas.¹⁰

Também deve ser considerada a observação de CALIENDO, que destaca o aspecto de *moralidade administrativa* por trás da regra contida no art. 195, § 3º, da Constituição Federal:

A previsão de que a pessoa jurídica deve estar em conformidade com as normas tributárias e com suas obrigações fiscais e, especialmente, com o sistema de seguridade social para receber benefícios fiscais ou creditícios é uma medida de moralização do sistema de concessão de incentivos, visto que somente pessoas jurídicas cumpridoras da legislação devem ser incentivadas. Desse modo, a medida impede a contratação de pessoas jurídicas devedoras do sistema de seguridade social, sendo que os contratos assim firmados atribuindo benefícios fiscais deverão ser considerados nulos e os administradores que concederem tais incentivos poderão estar sujeitos às penas da Lei de Responsabilidade Fiscal.¹¹

A Seguridade Social é pautada pelo princípio da solidariedade social, contido no art. 195, *caput*, da Constituição Federal, pelo qual toda a sociedade, direta ou indiretamente, deve colaborar para o financiamento desta importante política pública social. Nesse formato, o dever de recolher contribuições previdenciárias passa, inclusive, a configurar um *dever fundamental*.

Além disso, as medidas previstas na emenda constitucional 106/2020 devem ser adotadas com legalidade e moralidade para que sejam assegurados os direitos fundamentais no contexto de exceção; para que mais vidas sejam salvas. Ao revés, tudo indica que essa medida pode propiciar maior fragilidade do sistema de custeio da seguridade social, reduzindo a margem de segurança jurídica das contratações públicas.

Do ponto de vista prático, essa disposição criada pelo art. 3º, p. único, da Emenda Constitucional 106/2020, pode frustrar a própria contratação pública, visto que é muito possível que aquelas empresas que se encontram em situação de dívida para com a Seguridade Social não possuam condições estruturais e econômicas para honrar o contrato com a Administração Pública.

10 FRANCISCO, José Carlos. Artigo 195 (verbete). In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.2144-2145.

11 CALIENDO, Paulo. Artigo 195 (verbete). In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Embora seja relevante ao contexto atual o reaquecimento da economia, o que pode ser alcançado com renúncias de receitas com controle de resultados ou com linhas de crédito – mas não se consegue este intento ao enfraquecer a exigência de regularidade nas contratações públicas. Isso viola inclusive os próprios princípios constitucionais, bem como aqueles previstos na Lei 8666/93. Contribuir para a insegurança nas contratações públicas não viabiliza o equilíbrio, tampouco a estabilidade das contas públicas.

A norma trazida pelo art. 3º, p. único, da Emenda Constitucional 106/2020, parece suscitar o que o jurista alemão Otto Bachoff vislumbra a respeito da *inconstitucionalidade de normas constitucionais*.¹²

Esse conceito possui repercussão na jurisdição constitucional brasileira, que admite a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas constitucionais derivadas. Nestes termos, pode-se cogitar de eventual incompatibilidade desse trecho da Emenda Constitucional 106/2020 com os princípios da Seguridade Social constantes do texto original da Constituição Federal.

Outrossim, deve-se atentar para o que a doutrina indica como *limitações circunstanciais implícitas* ao poder de reforma da Constituição (ao lado daquelas limitações temporais explícitas, como a intervenção federa ou o estado de defesa ou de sítio). Veja-se o que expõe SANT'ANA PEDRA:

Dessa forma, e sem esquecer que a própria situação excepcional em si pode exigir a adoção de alterações no texto constitucional – inclusive se fosse o caso de uma limitação circunstancial explícita –, como no caso de adiamento do processo eleitoral, mormente em se tratando de uma Constituição analítica como a brasileira, conclui-se que o órgão reformador deve se restringir à elaboração de normas constitucionais transitórias necessárias para atravessar o período de anormalidade. A atuação do órgão reformador deve ser a mais comedida possível, especialmente quanto a deliberar sobre normas materialmente constitucionais. Não se deve jamais agir com oportunismo e pautar propostas de emendas constitucionais que não teriam chances de serem aprovadas em tempos de normalidade por não representarem a vontade do povo¹³.

Por tudo isto, ressalta-se a ideia de que nenhuma *legislação emergencial* ou qualquer *jurisprudência de crise* pode ser adotada para, extrapolando as respostas emergenciais que devem ser adotadas para o momento excepcional vivido, anular princípios e regras constitucionais estruturantes do modelo jurídico inaugurado em 1988.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que se entenda que o regime extraordinário tem vigência paralela ao regime ordinário, a realização dos direitos fundamentais não pode estar submetido às oscilações de decisões políticas capazes de afetar as garantias constitucionais de custeio.

A seguridade social apresenta dimensão financeira seja por meio do regime contributivo, seja por questões orçamentárias ou, ainda, pelo princípio da solidariedade. Com

12 BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manual M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

13 SANT'ANA PEDRA, Adriano. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. In: BAHIA, Saulo José Casali (coord.). *Direitos E Deveres Fundamentais Em Tempos de Coronavírus*. São Paulo, Editora IASP, 2020, p.28.

isso, modificações que afetam essa dinâmica violam a Constituição Federal.

O parágrafo terceiro do art. 195 da Constituição Federal está ligado à legislação infraconstitucional por meio de uma teia de deveres que as empresas devem observar para contratação com os Poderes Públicos como ocorre na Lei 8666/93 ou, ainda, na Lei 13.303/2016 e outras. A imposição de tantos ônus tem por dever a proteção da segurança jurídica nas contratações públicas até pela possível responsabilidade subsidiária em questões trabalhistas entre o ente público e a entidade privada.

O Princípio da Segurança Jurídica é pedra angular que deve nortear a relação entre o povo e o Estado – o qual deveria ser fortalecido pela confiança em momentos de crise – contudo a EC 106 excepciona este fato, violando a Constituição Federal na realização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.109-183.

BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manual M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 106. *Diário Oficial da União*, edição 87, seção 1, p.1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/emenda-constitucional-n-106-255941715>. Acesso em 03 mar. 2021.

CALIENDO, Paulo. Artigo 195 (verbete). In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRANCISCO, José Carlos. Artigo 195 (verbete). In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.54.

GRECO, Rodrigo Azevedo. *Direito e Entropia* (dissertação de mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 33.

SANT'ANA PEDRA, Adriano. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. In: BAHIA, Saulo José Casali (coord.). *Direitos E Deveres Fundamentais Em Tempos de Coronavírus*. São Paulo, Editora IASP, 2020.

SERAU JR., Marco Aurélio. Artigo 195 (verbete). *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SERAU JR., Marco Aurélio. *Seguridade Social e direitos fundamentais*, 4ª ed., atual., rev. e ampl., Curitiba: Juruá, 2020.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. GUIMARAES, Arthur Porto. A missão do Direito Financeiro de Guerra na luta contra a Covid-19. *Consultor Jurídico*, 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/scaff-guimaraes-direito-financeiro-guerra-covid-19>. Acesso em 09/11/2020.

SCAFF, L. C. M.; SCAFF, F. F. . Da Seguridade Social - Comentários ao art. 195, parágrafo 4 da Constituição do Brasil. In: JJ Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). *Comentários a Constituição do Brasil*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p.1921-1921.

SCAFF, L. C. M.; SCAFF, F. F.. Direitos Humanos, Seguridade Social e Desvinculação de Receitas da União. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurelio. (Org.). *Comentários à Jurisprudência Previdenciária do STF*. 1. ed. v. 1. Curitiba: Juruá, 2012, p.130-150.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p.69-86.

A ETIOLOGIA DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DECORRENTES DE ACIDENTES DO TRABALHO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Miguel Horvath Júnior

Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Mestrado e Graduação em Direito da PUC-SP. Membro da Academia Brasileira de Seguridade Social. Integrante da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB-SP.

Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro

Doutoranda e Mestre pela PUC-SP. Coordenadora de Pós-graduações em Direito Previdenciário.

Henrique Lourenço de Aquino

Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, São Paulo. Professor de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário em Pós-Graduação. Advogado.

Sumário: 1 Introdução; 2 Acidente do trabalho: nexos causal e seus reflexos; 3 A etiologia do nexo técnico epidemiológico previdenciário; 4 A doença do trabalho e a COVID-19; 5 A nova forma de perícia administrativa pós pandemia da COVID-19 e a concessão de benefícios decorrentes de acidentes do trabalho; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as polêmicas analíticas de interpretação da nova perícia remota ou antecipação de benefícios por incapacidade oriunda do artigo 4º da Lei nº 13.982, de 02 de abril 2020 para os benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, dentro da etiologia do Nexo técnico epidemiológico previdenciário durante a vigência da pandemia da COVID-19.

Com surgimento desta nova modalidade da perícia remota, os documentos apresentados pelos segurados que sofreram acidentes do trabalho têm sido analisados somente quanto à sua incapacidade, porém não tem sido feita a análise quanto a natureza da incapacidade oriunda do ambiente laboral e nem mesmo quanto ao cruzamento de dados e suas consequências jurídicas específicas do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP).

A verificação dos documentos da antecipação tem sido realizada por servidores da autarquia previdenciária e não por perito médico especializado, responsável técnico pela análise dos laudos quando há a eclosão da incapacidade.

Com o propósito de delinear o objeto em estudo, verificamos a dificuldade do segurado em não ter amparo na ocorrência de um acidente do trabalho ou mesmo quando está incapacitado pela COVID-19 laboral. É notória a ausência de proporcionalidade na percepção do valor do benefício de um salário mínimo e a não estruturação das perícias técnicas com a finalidade de que os médicos peritos possam realizá-las de maneira segura e adequada.

Analisar-se-á a importância do nexo causal através do NTEP para a concessão do benefício por incapacidade acidentária e os reflexos positivos que este tipo de benefício previdenciário produz na esfera protetiva social e jurídica do segurado.

Destaca-se ainda, a ausência de proporcionalidade operacionalizadas pela não realização da perícia remota utilizando a etiologia do NTEP durante a pandemia da COVID-19. Como a perícia de cruzamento de dados é automática, esta deveria ser feita de forma a garantir o direito à vida e à liberdade bem como a regra da contrapartida.

2 ACIDENTE DO TRABALHO: NEXO CAUSAL E SEUS REFLEXOS

Nos últimos anos, sucessivamente, o Brasil presenciou alterações legislativas relevantes nas relações de direito social em especial nas relações trabalhistas e previdenciárias.

O primeiro direito social afetado drasticamente foi o Direito do Trabalho com a edição da Lei 13.467/17, popularmente conhecida como reforma trabalhista que veiculou alterações significativas nas relações de trabalho.

Em 2019, sobreveio a promulgação da EC 103/2019, que determinou alterações significativas na proteção social previdenciária.

Ocorre que, em que pese a ampla modificação dos direitos sociais, o instituto do acidente do trabalho não sofreu qualquer modificação negativa. Sofrendo alteração positiva em face da edição da Lei Complementar 150/2015.

Desta forma, o conceito de acidente do trabalho manteve-se conforme o artigo 19 da Lei 8.213/91.

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte

ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015).¹

De maneira extensiva, têm-se também as entidades mórbidas das doenças profissionais e do trabalho, que também são consideradas como acidente do trabalho, consoante o artigo 20 da Lei 8.213/91.

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.²

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari³ definem que nestas doenças as características são diversas em comparação aos acidentes tipo, vez que, muitas doenças são previsíveis, não se sujeitando a uma situação violenta ou súbita; são vicissitudes do trabalho desempenhado ao longo do contrato de trabalho que acarretam no nexo causal entre a doença e a atividade laboral.

Antônio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni⁴ evidenciam que “Enquanto as doenças profissionais resultam de risco específico direto (característica do ramo de atividade), as do trabalho têm como causa ou concausa o risco específico indireto.”

Nestas situações em que houver relação entre a mazela e o trabalho, comprovando-se que a doença foi eclodida ou agravada pelas circunstâncias especiais do trabalho a que o segurado estava submetido, a Previdência deve reconhecer o acidente de trabalho.

Desta relação entre a doença e o labor é atribuída a nomenclatura de nexo de causalidade, anem Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari que “o nexo causal é, portanto, o vínculo fático que liga o efeito (incapacidade para o trabalho ou morte) à causa (acidente de trabalho ou doença ocupacional). Decorre de uma análise técnica, a ser realizada,

1 BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de jul. de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

2 BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de jul. de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

3 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.905.

4 MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.46.

obrigatoriamente, por médico perito ou junta médica formada por peritos nesta matéria.”⁵

A análise da conexão entre o trabalho e a doença é atribuído pela Previdência Social conforme já anteriormente demonstrado através do NTEP (Nexo Técnico Epidemiológico) conforme já tratado.

Preceitua o artigo 21-A da Lei 8.213/91, que a perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social irá considerar a natureza acidentária da incapacidade do segurado, quando averiguar a incidência do nexo técnico epidemiológico entre a doença incapacitante e o labor do indivíduo, concedendo neste tipo de situação um benefício acidentário, ou seja, decorrente de um acidente de trabalho em detrimento de um benefício de natureza comum.

NTEP⁶ é a metodologia que consiste em identificar quais doenças e acidentes estão provavelmente relacionados com a prática de uma determinada atividade profissional. Com o NTEP, quando o trabalhador contrair uma enfermidade frequente no ramo de atividade da empresa em que trabalha, fica caracterizada a condição de doença ocupacional, isto é, havendo correlação estatística entre a doença ou lesão e o setor de atividade econômica do trabalhador, o NTEP caracterizará automaticamente que se trata de benefício acidentário, e não de benefício previdenciário normal. Para tanto, haverá o cruzamento da Classificação Internacional de Doenças (CID)-10 e da Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE). Essa sistemática é o fundamento do NTEP. Com a entrada em vigor do NTEP, as estatísticas de acidentes e doenças do trabalho no Brasil sofreram impacto na medida em que houve a diminuição das subnotificações. O estabelecimento do NTEP foi precedido de estudos detalhados, levando-se em consideração um banco de dados no qual se trabalhou com uma tríplice dimensão vetorial: coeficientes de frequência, gravidade e custo do acidente do trabalho. Levando-se em consideração esses dados, realizase uma tríplice dimensão vetorial por meio dos coeficientes de frequência, gravidade e custo.

Assim, restando demonstrado o nexo de causalidade através do Nexo Técnico Epidemiológico, o INSS irá conceder benefícios previdenciários de natureza acidentária, gerando reflexos em diversas relações jurídicas dentre elas a do trabalho.

Ensinam Antônio Lopes Monteiro e Roberto Fleury de Souza Bertagni⁷ que “o afastamento do empregado por motivo de auxílio doença de natureza acidentária implica o depósito do FGTS (art. 15, § 5º, da Lei n. 8.036/90, acrescentado pela Lei n. 9.711/98).”

Desta forma, ao usufruir de um benefício acidentário o segurado terá direito, durante todo o período de afastamento do trabalho, ao depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em sua conta vinculada, ao passo que, caso estivesse usufruindo de benefício comum, o empregador não teria a obrigação de realizar este depósito.

Outra consequência jurídica importante que o segurado adquire ao gozar de auxílio-doença acidentário é a garantia de estabilidade provisória no emprego pelo prazo mínimo de 12 meses, conforme prevê o artigo 118 da Lei 8.213/91.

Importante destacar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) em Súmula destacou que para o direito a estabilidade ser concretizado é necessário que o benefício previdenciário concedido seja efetivamente o acidentário, demonstrando a importância do enquadramento da relação da doença com o trabalho.

5 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.908.

6 HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020, p.593-594.

7 MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 38.

SÚMULA nº 378 do TST

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.⁸

Deste modo, para que o segurado tenha direito a estabilidade provisória de no mínimo 12 meses previstos na lei de benefícios previdenciários, é necessário que tenha havido afastamento pela incapacidade de trabalho por um prazo superior a 15 dias, bem como, a percepção de auxílio-doença acidentário.

Resta notório que no Direito Previdenciário, a concessão do benefício acidentário em detrimento do benefício comum, reflete diretamente e positivamente nos direitos trabalhistas do segurado.

O benefício acidentário, além dos reflexos descritos acima, também é relevante no que tange ao cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, conhecida também como aposentadoria por invalidez.

Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari

A aposentadoria por invalidez pode ter como causa acidente ou doença não relacionada ao trabalho, quando será considerada como previdenciária (espécie B 32). Quando for relacionada a acidente do trabalho ou doença ocupacional, será considerada como invalidez acidentária (B 92).⁹

A Emenda Constitucional 103/2019 introduziu novo critério de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente no artigo 26, ressaltando no parágrafo 2º que nos casos de aposentadoria decorrente de acidente ou doença não relacionada ao trabalho, gerará como salário de benefício, 60% da média aritmética de todas as contribuições do segurado de julho de 1994 até a data da incapacidade, com a possibilidade de aumento de 2% a cada ano que superar 20 anos de contribuição para homens e 15 anos para mulheres.

Contudo, nas hipóteses que for possível enquadrar onexo causal e demonstrar, portanto, que a incapacidade é oriunda de acidente, doença ou concausalidade atrelada ao trabalho, o salário de benefício nesta aposentadoria por invalidez será de 100% da média do salário de contribuição nos termos do parágrafo 3º, inciso II da Emenda Constitucional 103/2019.

Em todos os cenários apresentados, resta incontroverso que os benefícios acidentários são sempre mais benéficos sendo primordial o enquadramento através do NTEP, buscando onexo causal entre a incapacidade e o trabalho do segurado.

8 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 378 do TST*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378. Acesso em: 23 set. 2020.

9 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.1147.

3 A ETIOLOGIA DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO

A historicidade da elaboração de políticas públicas que visassem o processo de criação de programas de saúde do trabalhador informa que tais políticas foram desenvolvidas baseadas na conjunção de estratégias políticas, ideológicas e sociais que aduziram para a motivação de se estender a compreensão da relação da saúde do trabalhador com o meio ambiente do trabalho.

Paulo Rogério Oliveira¹⁰ anui que esta nova reflexão parte do paradigma do nexo individual onde se avaliava a ligação entre o trabalho e o agravo. Nesta hipótese, não havia a preocupação com a epidemiologia oriunda de um todo coletivo, mas sim o foco era somente no indivíduo que laborava e na espécie de incapacidade adquirida. Contudo, para Adriana Alves Nery e Murilo da Silva Alves a “relação criada entre o processo de trabalho e o processo saúde-doença perpassa as horas, dias, meses e anos trabalhados, deixando, no trabalhador, marcas que definem o atual estado de saúde-doença.”¹¹

Salienta-se que os acidentes e doenças laborais são uma chaga social tendo em vista que as alterações surgidas no âmbito laboral ao longo das últimas décadas elevaram a vulnerabilidade daqueles que trabalham em condições degradantes. Nesse sentido, Gustavo Mendonça Pieruccetti¹² esclarece que embora exista a cobertura contra a eclosão destes riscos, o percurso que as vítimas de acidentes ou doenças relativas ao labor têm que seguir é pautada pelo descrédito de da sua condição de cidadão.

Giselda Hironaka¹³ preleciona que o risco é definido como a potencialidade, inserida na operação, de se manifestar um dano de grave intensidade, potencialidade e de irreal eliminação, não obstante todo desvelo que tenha sido seguramente levada a cabo.

Ao se adotar o risco como uma forma de perigo, e que intrinsecamente este por si só não configura dano, compreendemos que sua aliança com dever de segurança no ambiente do trabalho configura um importante fator para a investigação do dever de indenizar da empresa enquanto sujeito passivo de relação jurídica que envolva questões inerentes ao meio ambiente e segurança do trabalho. Em sendo assim, Mauro Cesar Martins de Souza elucida que evitar os riscos, por certeza, implica na eliminação de todos aqueles que sejam evitáveis. Isso decorre do fato de não poder se engendrar cenário de risco como “algo que não tenha condições de ser eliminado ou pelo menos diminuído, como melhora do local de labor”¹⁴. Sendo assim, uma política eficaz de combate à prevenção de riscos se traduz em uma melhor prevenção do que uma futura reparação, isto pelo motivo que é um dever constitucional de cidadania do empregador, como norma cogente e peremptória assegurar um ambiente laboral sem riscos aos seus trabalhadores.

Nesta trajetória Silvia Fernandes Chaves evidencia que:

Com a diminuição de riscos laborais, e em um ambiente de trabalho com qualidade, adequado e seguro, os acidentes do trabalho diminuirão, fato que

10 OLIVEIRA, Paulo Rogério. *Nexo técnico epidemiológico – NTEP e o Fator acidentário de prevenção- FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. Tese (Doutorado em Ciência da Saúde). Universidade de Brasília, 2009, 220p.

11 ALVES, Murilo da Silva; NERY, Adriana Alves. A relação do processo saúde-doença e o trabalho na mineração. *J Health Sci Inst*, São Paulo, v. 29, n. 4, p. 269-271, out./dez. 2011.

12 PIERUCCETTI, Gustavo Mendonça. *Acidentes e doenças relacionadas ao trabalho: trajetória institucional para estabelecimento do nexo causal e as repercussões na saúde e vida dos trabalhadores do calçado de Franca - SP*. Dissertação (Mestrado em Saúde da Comunidade) – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2014, 166p.

13 GISELDA, Hironaka. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.339.

14 SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *Responsabilidade civil decorrente de acidentes do trabalho: doutrina e jurisprudência*. Campinas: Aga Juris, 2000, p.68.

ensejará o aumento da produção, a redução de gastos com a indenização e sobretudo, o incentivo do trabalhador em sua função, fazendo, por consequência o empregador obter mais lucros.¹⁵

O risco e o dever de segurança caminham lado a lado. Neste diapasão, hodiernamente rompemos o paradigma do nexu técnico individual entre o labor e a incapacidade adquirida, partindo para uma investigação pautada no meio ambiente do trabalho, como ascendente das investigações que buscam avaliar o trinômio trabalho, saúde e doença.

O Nexu Técnico epidemiológico previdenciário (NTEP) teve o condão de alterar a configuração da etiologia ocupacional de agravo ou lesão que fundamentava a concessão do auxílio-doença decorrente de acidente do trabalho no Regime Geral de Previdência Social Brasileiro.

A partir da Lei nº 11.430, de 26 de dezembro de 2006 foi implementada esta nova técnica que se baseava nos casos concretos relativos a inúmeras patologias de acordo com a seara e atividade econômica que pertencia o segurado. Estes novos procedimentos passaram a ser seguidos pelo perito do Instituto Nacional do Seguro Social quando houvesse a constatação de uma doença ocupacional.

Miguel Horvath Júnior¹⁶ define o NTEP como a metodologia cuja função é a de detectar quais enfermidades e infortúnios estão presumivelmente vinculados com o exercício de uma determinada espécie laboral, pois quando aquele que labora contrai uma enfermidade que está presente habitualmente no ambiente laboral é considerada como doença ocupacional.

Isto posto, para se compreender o vocábulo epidemiologia é inferir que este engloba um estudo multidisciplinar de acontecimentos que incutem na permanência de enfermidades e sua difusão na sociedade.¹⁷ Ademais, o perito médico federal deverá estabelecer o nexu técnico epidemiológico detalhando o binômio incapacidade individual relativa à saúde do segurado que labora com os dados coletivos e epidemiológicos do seu ambiente de trabalho.

Antes do implemento do sistema do NTEP, a concessão de benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, ou seja, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez na época estavam unicamente vinculados ao fornecimento da comunicação de acidentes do trabalho (CAT) pela empresa. Faz-se importante ressaltar que nem a CAT emitida pelo médico ou pelo próprio sindicato da categoria não eram aceitas pelo perito para a configuração do nexu de acidentes do trabalho o que causava uma imensa subnotificação a respeito das ocorrências efetivas de acidentes do trabalho no Brasil.

A CAT não tem o propósito de comprovar a existência do nexu causal, mas sim de fornecer dados informativos e estatísticos conforme legislação previdenciária. Neste caso, Gustavo Felipe Barbosa Garcia¹⁸ elucida que o sistema acidentário era impulsionado pela CAT, cuja sonegação ocorria pelas raízes de aspectos políticos, econômicos, jurídicos e sociais. As empresas mediante tanto burocracia se mantinham impunes, pois subnotificavam a real concessão de benefícios acidentários no Brasil.

15 CHAVES, Sílvia Fernandes. *Ações regressivas*. São Paulo: LTr, 2018, p.91.

16 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020, p.594.

17 DELLAGRAVE NETO, José Afonso. Nexu técnico epidemiológico e seus efeitos sobre a ação trabalhista indenizatória. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p.143-153, jul./dez. 2007. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Jose_Neto.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

18 GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Acidentes do trabalho – doenças ocupacionais e nexu técnico epidemiológico*. São Paulo: Método, 2007, p.88.

Contudo, com a publicação da Medida Provisória n.º 316 de 11 de agosto 2006, convertida na Lei n. 11.430 de 26 de dezembro de 2006, o legislador incorporou veementes alterações na prova de nexos de causalidade nos acidentes do trabalho ao introduzir o Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP no novo artigo 21-A da Lei n.º 8.213 de 24 de julho de 1991.

Com a vigência a partir de abril de 2007, o novo procedimento que passou a ser utilizado pela perícia administrativa está pautado em um complexo informatizado que visa realizar o cruzamento de dados de informações advindas das doenças ocupacionais que podem ter nexos presumidos com aquele ambiente laboral e os relacionados à doença que gerou o afastamento do trabalho, dando origem as seguintes conjunturas:

1 - Será realizado a verificação do cruzamento de dados entre informações da incapacidade que deu origem a concessão do benefício pelo código da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) com código da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE). Caso se estabeleça uma ligação positiva do nexos causal entre doença e trabalho, este passa a ser presumido. Neste caso, será obrigação do perito administrativo da autarquia previdenciária configurar o NTEP e concederá prestação decorrente de acidentes do trabalho;

2 - Serão utilizadas como normativas as listas A e B do anexo II do Decreto 3.048/99. Nesta hipótese se verificado o nexos causal entre trabalho e agravo, o perito médico adotará o NTEP e atribui o auxílio por incapacidade temporária ou por incapacidade permanente.

3 - A etiologia do NTEP não libera totalmente a realização de uma perícia administrativa, pois esta pode utilizar de outras metodologias e elementos técnicos para a verificação ou não da existência do nexos causal que leva a concretização do direito ao benefício.

Neste contexto, o professor Fabio Zambitte Ibrahim¹⁹ reconhece que o NTEP permite a verificação, de ofício, da incapacidade laboral, em virtude da correlação entre o CNAE e a tabela da CID, tendo em vista que análises estatísticas comprovam a ligação de quais doenças são produzidas por determinado meio ambiente do trabalho.

A tipificação do NTEP, traz como principal consequência de acordo com o artigo 21-A da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 e 337 do Decreto n.º 3.048 de 1999, a inversão do ônus da prova do segurado para a empresa. Isto decorre do fato, do segurado ser a parte vulnerável da relação jurídica estabelecida e a empresa assumir o risco da mencionada atividade. Por sua vez, Felipe Clement e Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro anuem que “em caso de enquadramento da doença no nexos técnico epidemiológico previdenciário (NTEP), a empresa poderá apresentar impugnação administrativa.”²⁰

As consequências diretas do cruzamento de dados positivos do nexos técnico epidemiológico e a da concessão dos benefícios decorrentes de acidentes do trabalho são o direito ao período estável de 12 meses, o depósito de Fundo de Garantia por tempo de serviço (FGTS) durante a percepção do auxílio por incapacidade temporária decorrente de acidentes do trabalho, assim conhecido no INSS como benefício de número NB 91 (auxílio-doença decorrente de acidentes do trabalho) e enfim, uma possível prova para a configuração do nexos causal na Justiça do Trabalho e a possível reparação pela responsabilidade civil do empregador.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3931 no Supremo Tribunal Federal proposta pela Confederação Nacional das Indústrias e Comércio-CNI pleiteava a inconstitucionalidade da aplicabilidade do NTEP, tendo em vista que a pesquisa epidemiológica se restava insuficiente para demonstrar

19 IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito previdenciário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p.21.

20 CLEMENT, Felipe; RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Prática previdenciária para empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.139.

a exposição ao risco no trabalho como causador da patologia, o pagamento de benefícios previdenciários com base em doença não necessariamente originada do trabalho, pois este representa desvirtuamento do sistema previdenciário e do seguro acidente.²¹

Por fim, a aplicabilidade do NTEP foi considerada constitucional pelo STF.

Por esta razão, Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira um dos idealizadores dessa nova etiologia aduz que, “tal fato representa um avanço significativo no aperfeiçoamento das políticas de proteção social e estimula o desenvolvimento econômico do País por meio da redução de custos e fomento ao trabalho saudável”²².

Por derradeiro, é fato que o médico perito na via administrativa tem a liberalidade de aplicar ou não o NTEP de acordo com o princípio de sua livre motivação e razoabilidade, a fim de verificar a existência ou não da incapacidade e se esta é ou não decorrente de acidentes do trabalho. Com os trâmites de ato pericial de forma a obedecer ao princípio da eficiência da administração pública teremos um número mais aproximado de reais ocorrências de acidentes do trabalho no Brasil.

4 A DOENÇA DO TRABALHO E O COVID-19

Em 2020, o mundo foi afetado pelo vírus denominado COVID-19, que contaminou milhões de pessoas e levou a óbito centenas de milhares.

O vírus atingiu toda a sociedade, que necessitou se isolar e viver da maneira mais insociável da história. Porém, apesar de milhões de pessoas ficarem reclusas em suas casas, diversos profissionais tiveram que continuar trabalhando, em especial os profissionais de atividades essenciais, como os da área da saúde, que neste momento de crise sanitária mundial tiveram que atuar de forma mais incisiva, se expondo diretamente ao vírus.

O Brasil que além de enfrentar a crise sanitária e econômica, enfrenta também crise política (afetando inclusive a forma de atuação frente ao COVID-19), vive intensa discussão jurídica no sentido do Coronavírus ser ou não uma doença do trabalho.

Neste sentido, o primeiro dispositivo a analisar a COVID-19 sob o prisma das doenças ocupacionais foi a Medida Provisória 927/2020, que em seu artigo 29 assegurou que “os casos de contaminação pelo coronavírus (COVID-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”²³

Ao analisar a constitucionalidade da MP 927/2020 por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que foram propostas, o Supremo Tribunal Federal manteve a validade dos principais pontos da referida medida, todavia, entendeu por suspender a aplicabilidade do supracitado artigo 29.

A divergência foi aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes²⁴ que salientou “que casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante

21 STF reconhece constitucionalidade no Nexo Epidemiológico de doenças do trabalho. *Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Novo Hamburgo, Campo Bom e Estância Velha*, 22 maio 2020. Disponível em: <http://www.acinh.com.br/noticia/stf-reconhece-constitucionalidade-no-nexo-epidemiologico-de-doencas-do-trabalho>. Acesso em: 03 mar. 2021.

22 OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque. *Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP, Fator Acidentário de Prevenção – FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2009, p.72.

23 BRASIL. *Medida Provisória nº 927*, de 22 de mar. de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>. Acesso em: 23 set. 2020.

comprovação denexo causal, ofende inúmeros trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco.”

O voto do ministro prevaleceu e com isto, o artigo 29 que previa o COVID-19 como doença ocupacional apenas nos casos de comprovação denexo causal foi suspenso.

A *posteriori* a Medida Provisória 927 não foi convertida em lei, perdendo sua validade.

Outra discussão jurídica sobre a COVID-19 ser uma doença ocupacional se deu em decorrência da publicação da Portaria nº 2.309 de 2020 do Ministério da Saúde²⁵ que atualizou a Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho (LDRT), prevendo que o novo coronavírus passasse a ser considerado doença ocupacional.

Ocorre que, poucos dias após a publicação da portaria que previa a COVID-19 como doença ocupacional, foi publicada pelo Ministério da Saúde, a Portaria nº 2.345 de 2020²⁶ exclusivamente para tornar sem efeito a Portaria nº 2.309/2020.

Assim, neste emaranhado de incertezas, mais uma vez, voltou a vigorar a regra geral da legislação previdenciária, que desde a Lei 8.213/1991 no artigo 20, parágrafo 1º, alínea “d” prevê que não será considerada como doença do trabalho “a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho”.

Deste modo, em relação à COVID-19 em que pese não ser doença endêmica, mas pandêmica aplicar-se-á a regra geral que prevê que doenças endêmicas não são consideradas como doença do trabalho, entretanto, com a comprovação que a exposição adveio pelo trabalho, será considerada como doença do trabalho, gerando todos os reflexos deste enquadramento.

Neste diapasão, o STF julgou através do Recurso Extraordinário 828040²⁷ com repercussão geral, a garantia ao trabalhador que atua com atividade de risco, o direito a indenização em face do empregador em virtude de danos decursivos do acidente do trabalho, independentemente de dolo ou culpa, gerando, portanto, responsabilidade objetiva do empregador.

Assim, os profissionais que atuam em alto risco de contaminação pela COVID-19 terão direito a indenização por eventuais danos que sofrerem em decorrência da atividade de risco desempenhada.

Insta salientar que o Ministério Público do Trabalho expediu Nota Técnica Conjunta nº 02/2020²⁸ com o fito de atuação frente a COVID-19 determinando a classificação de graus de risco à exposição do novo coronavírus, a depender da função desempenhada pelo trabalhador. Esta nota técnica e classificação se alinha às diretrizes da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que preconiza a importância do uso dos métodos mais modernos da ciência como instrumentos para solucionar os impasses atrelados à comprovação de que a contaminação do trabalhador pelo coronavírus é consequência da exposição pelo trabalho.

Neste sentido a COVID-19 deverá ser classificada como doença do trabalho de maneira presumida, nas situações em que o empregado desempenha suas funções com alto risco de exposição ao vírus, ao passo que, nas atividades que não forem de elevado risco de contato

25 BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.309*, de 28 de ago. de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-2.309-de-28-de-agosto-de-2020-275240601>. Acesso em: 23 set. 2020.

26 BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.345*, de 2 de set. de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.345-de-2-de-setembro-de-2020-275488423>. Acesso em: 23 set. 2020.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 828.040/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 12 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608798>. Acesso em: 23 set. 2020.

28 BRASIL. Procuradoria Geral do Trabalho; Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente de Trabalho; Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública. *Nota Técnica Conjunta nº 2*. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-conjunta-02-2020-pgt-codemat-conap-1.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

com o coronavírus, o ônus da prova será do trabalhador.

Sendo assim, é indispensável que os peritos médicos apliquem o NTEP nas perícias médicas, pois só assim será possível correlacionar a COVID-19 com o trabalho desempenhado pelo segurado.

5 A NOVA FORMA DE PERÍCIA ADMINISTRATIVA PÓS PANDEMIA DA COVID-19 E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DECORRENTES DE ACIDENTES DO TRABALHO

As perícias médicas administrativas no âmbito previdenciário têm sido objeto de grandes discussões. Mesmo antes da pandemia da COVID-19, os segurados do Regime Geral de Previdência Social já questionavam a metodologia das perícias por entender que as perícias não possuíam o tecnicismo suficiente para o reconhecimento técnicos da existência ou não da incapacidade e se havia ou não o reconhecimento do nexo de causalidade em acidentes do trabalho.

Jacinto Hertz Costa²⁹ esclarece que a prejudicialidade ou incapacidade decorrente do trabalho não deve ficar fechada a simples cálculos ou resoluções normativas do INSS ou tabelas existentes em lei, tendo em vista que deve examinar o resultado da lesão ou enfermidade de acordo com a realidade econômica que veio a se refletir no segurado. Conclui o autor que não é pressuposto que a perícia e o julgador da causa fiquem atrelados à anexos e tabelas criadas pelo órgão administrativo ou pelo Governo. Sendo assim, tem o direito de julgar a existência ou não da incapacidade, desde que motive a sua decisão.

Vemos que com a finalidade de evitar fraudes, o INSS tem estreitado cada vez mais as regras de concessão dos benefícios por incapacidade. A alta programada e as operações pente fino nos benefícios tem sido exemplos típicos de procedimentos atuais no âmbito do INSS.

Nesta trajetória, após o início da pandemia da COVID-19 foi editada a Lei nº 13.982 de 02 de abril de 2020 que em seu artigo 4º prevê a antecipação de salário mínimo mensal para aquele que requererem o benefício por incapacidade temporária. O Ofício Circular SEI nº 1217/2020/ME³⁰ disciplinou a forma de análise dos atestados pelos peritos médicos federais determinando que os atestados médicos deveriam contar os seguintes itens:

- estar legível e sem rasuras;
- conter a assinatura do profissional emitente e carimbo de identificação, com registro do Conselho de Classe;
- conter as informações sobre a doença ou CID; e
- conter o prazo estimado de repouso necessário (DCB);

O INSS por ser uma autarquia previdenciária deverá e observar os princípios enumerados no art. 37 da Constituição Federal de 1988 e seguir os trâmites da Lei n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal)

O artigo 2º da Lei n. 9.784/1999 determina a “atuação da Administração Pública conforme a Lei e o Direito e a fundamentação devem indicar os pressupostos de fato o de direito que determinaram a decisão; com observância das formalidades essenciais à garantia do direito dos administrados.³¹

Em que pese o caráter altruísta da lei ao determinar a antecipação do benefício por

29 COSTA. Hertz Jacinto. *Manual de acidentes do trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.74-82.

30 BRASIL. Subsecretaria da Perícia Médica Federal. *Ofício Circular SEI nº 1217/2020/ME*. Disponível em: https://previdenciaria.com/blog/wpcontent/uploads/2020/04/1_4947622138229031089.pdf.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

31 BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de jan. de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

incapacidade no valor de um (01) salário mínimo de maneira geral sem levar em consideração o padrão de contribuição do segurado requerente, isto por si só não garante questões basilares e fundamentais da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que neste caso concreto há atingimento da manutenção vital.

Assim, segurado que contribui pelo valor máximo do salário de contribuição (teto) não pode ficar meses recebendo um salário-mínimo até que as perícias retornem ao seu *modus operandi* presencial. Deveria a lei ter determinado o pagamento antecipado com observação do padrão médio de contribuição, até em respeito à regra da contrapartida que é uma via de mão dupla.

Com a antecipação dos benefícios por incapacidade durante a pandemia da COVID-19, o perito médico federal não tem cumprido o seu papel essencial que é o de avaliar laudos médicos. Esta competência foi transferida para o servidor público autárquico comum que não tem a competência técnica necessária para a realização de tal ato. Neste caso, há nítida ofensa princípio da eficiência da Administração pública, pois deixou de fornecer serviços essenciais à proteção social do segurado. Em situação anômala e atípica deveria o legislador ter autorizado excepcionalmente a realização da perícia em hospitais com padronização sanitária ou através de convênios com os próprios médicos em seus consultórios.

Nesse sentido, também as concessões de benefícios decorrentes de acidentes do trabalho pela configuração do NTEP não têm sido contempladas, deixando o segurado sem poder usufruir de tal ferramenta essencial à configuração do nexos causal da doença do trabalho, gerando por vezes a judicialização.

Os reflexos da concessão do benefício decorrente de acidentes do trabalho como depósito de FGTS, estabilidade entre outros, deverão ser produzidos na esfera trabalhista e poderão ser discutidos na Justiça do Trabalho. Caso se discutam cláusulas do contrato de seguros por acidentes do trabalho, cuja exigência é a percepção de acidentes do trabalho pagos pela autarquia previdenciária esta discussão deverá ser feita na Justiça Federal. Para tanto, deve se buscar ponderação quanto à produção de normas, principalmente as administrativas. Deste o início da pandemia da COVID-19 as regras no que se refere à concessão de benefícios por incapacidade bem como as que trazem o modelo segundo o qual será realizada a perícia médica têm sido alteradas periodicamente. Normas são editadas e em seguida revogadas causando insegurança jurídica e social. Além da não observação do princípio da proporcionalidade. Destacamos no âmbito dos direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade. Neste ponto ensina Adilson Josemar Puhl:

exige uma ponderação dos direitos fundamentais, conforme o peso que lhes é atribuído. Desta forma, a primazia do princípio se opera com a avaliação dos valores para a verificação qual medida trará mais benefícios e prejuízos, oferecendo ao caso concreto uma solução ajustadora dos bens em colisão³².

A concessão de benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, principalmente sem a utilização do NTEP, pode causar danos irreparáveis ao segurado que está sob proteção social e que precisa do adequado enquadramento em face dos demais reflexos trabalhistas e indenizatórios em decorrência da responsabilidade civil pelo dano causado para poder fazer os tratamentos necessários e mesmo fornecer alimentos aos seus familiares.

32 PUHL, Adilson Josemar. *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade*. São Paulo: Pillares, 2005, p.148.

Por sua vez, a demora no retorno dos peritos para a perícia normal e presencial poderá trazer danos à saúde daquele que não pode ter a comprovação do nexo causal através do cruzamento de dados do NTEP.

É nítido que na seara do Direito Previdenciário em benefícios por incapacidade, especialmente ao que tange os requerimentos administrativos, é essencial que haja ponderações efetivas nas polêmicas estabelecidas, pois além dos interesses da Administração pública, há os direitos fundamentais à vida e à liberdade do segurado.

No caso em tela, o desequilíbrio existente do que está sendo oferecido pelos órgãos estatais, não só quanto a perícias em acidentes do trabalho, mas também quanto as perícias gerais, face aos direitos dos segurados tem causado uma grande lacuna na concessão dos benefícios por incapacidade pela falta de acesso aos procedimentos de perícias normais. Sob o ponto de vista legal questiona-se a previsão da antecipação de um salário mínimo como padrão geral e único. A metodologia de como será feito o pagamento dos valores remanescentes superiores ao salário mínimo ainda não foi normatizada.

6 CONCLUSÃO

A reforma trabalhista veiculou significativas nas relações de trabalho permitindo a precarização dos contratos de trabalho.

A reforma da previdência alterou consideravelmente os benefícios previdenciários, gerando diversos debates jurídicos, sobre as novas formas de aplicação do direito previdenciário para os segurados.

Em seguida o Brasil e o mundo foram atingidos em 2020 com uma grave crise sanitária decorrente da COVID-19. Dentre deste contexto os benefícios acidentários com a aplicação do NTEP ganharam importância exponencial como expressão da concretização da proteção social previdenciária.

A COVID-19 é uma das hipóteses de enquadramento causal com a utilização do NTEP em face da relação da doença com o trabalho do segurado. Gerando uma proteção mais eficaz uma vez que projeta efeitos previdenciários e trabalhistas. No contexto do isolamento social, foi criada a perícia remota que não analisa o nexo das doenças com o trabalho, averiguando tão somente a incapacidade do segurado, acarretando diminuição de direitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Murilo da Silva; NERY, Adriana Alves. A relação do processo saúde-doença e o trabalho na mineração. *J Health Sci Inst*, São Paulo, v. 29, n. 4, p. 269-271, out./dez. 2011.

BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de jul. de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de jan. de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927*, de 22 de mar. de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.309*, de 28 de ago. de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-2.309-de-28-de-agosto-de-2020-275240601>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.345*, de 2 de set. de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.345-de-2-de-setembro-de-2020-275488423>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Procuradoria Geral do Trabalho; Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente de Trabalho; Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública. *Nota Técnica Conjunta nº 2*. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-conjunta-02-2020-pgt-codemat-conap-1.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Subsecretaria da Perícia Médica Federal. *Ofício Circular SEI nº 1217/2020/ME*. Disponível em: https://previdenciaria.com/blog/wpcontent/uploads/2020/04/1_4947622138229031089.pdf.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 828.040/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 12 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608798>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 378 do TST*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378. Acesso em: 23 set. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CHAVES, Silvia Fernandes. *Ações regressivas*. São Paulo: LTr, 2018.

CLEMENT, Felipe; RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Prática previdenciária para empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

COSTA, Hertz Jacinto. *Manual de acidentes do trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

DELLAGRAVE NETO, José Afonso. Nexo técnico epidemiológico e seus efeitos sobre a ação trabalhista indenizatória. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 143-153, jul./dez. 2007. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Jose_Neto.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Acidentes do trabalho – doenças ocupacionais e nexo técnico epidemiológico*. São Paulo: Método, 2007.

HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito previdenciário*, 13. ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

KAMPA, Cesar Augusto. KAMPA, Rose. Direito constitucional à prova e a perícia médica previdenciária no juizado especial federal. In: SAVARIS, José Antônio. *Curso de perícia judicial previdenciária*. São Paulo: Conceito, 2011.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque. *Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP, Fator Acidentário de Prevenção – FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Rogério. *Nexo técnico epidemiológico – NTEP e o Fator acidentário de prevenção- FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. Tese (Doutorado em Ciência da Saúde). Universidade de Brasília, 2009, 220 p.

PIERUC CETTI, Gustavo Mendonça. *Acidentes e doenças relacionadas ao trabalho: trajetória institucional para estabelecimento do nexo causal e as repercussões na saúde e vida dos trabalhadores do calçado de Franca - SP*. Dissertação (Mestrado em Saúde da Comunidade) – Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2014, 166 p.

PUHL, Adilson Josemar. *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade*. São Paulo: Pillares, 2005.

SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *Responsabilidade civil decorrente de acidentes do trabalho: doutrina e jurisprudência*. Campinas: Aga Juris, 2000.

STF reconhece constitucionalidade no Nexo Epidemiológico de doenças do trabalho. *Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Novo Hamburgo, Campo Bom e Estância Velha*, 22 maio 2020. Disponível em: <http://www.acinh.com.br/noticia/stf-reconhece-constitucionalidade-no-nexo-epidemiologico-de-doencas-do-trabalho>. Acesso em: 03 mar. 2021.

SEÇÃO VIII

CORONAVÍRUS E O DIREITO AMBIENTAL

ECOLOGIA E PANDEMIA

Paulo de Bessa Antunes

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Coordenador do Programa de Pós-graduação. Elisabeth Haub 2019 Environmental Law Visiting Professor (Pace University).

Sumário: 1 Introdução; 2 Urbanização e qualidade do ar; 3 Integração Homem – natureza; 4 Animais e pandemia; 4.1 Os efeitos da pandemia; 5 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia do COVID 19 estabeleceu uma crise humanitária global¹, conforme registrado pelo editorial do conceituado jornal médico The Lancet. Dadas as suas origens naturais, a pandemia do COVID 19, igualmente reforça um dos aspectos mais salientes do pensamento ecológico que é o medo que é considerado a “expressão mais manifesta da ecologia”². Com efeito, a partir da década de 60 do século XX, os “grandes medos” se tornaram cada vez mais presentes na mídia internacional e no imaginário popular. Martine RÉMOND-GOUILLOUD³ aponta que os grandes medos (*les grandes peurs*) são, claramente, uma das origens do Direito Ambiental, tais como Minamata, Terey Canyon, Seveso, Amoco-Cadiz, Three Mile Island, Agente laranja – Love canal, Bhopal, Tchernobil – Sandoz, Exxon-Valdez. Os grandes medos geraram repercussões de monta na sociedade e na mídia, chegando-se a afirmar que “as catástrofes ambientais são o “sal” da cobertura noticiosa”⁴. A amplificação midiática de tragédias, de crimes e dificuldades sociais e econômicas fazem com que o cidadão médio se imagine em um mundo pior do que o dos “tempos dourados do passado”, um “mundo intolerável”⁵.

Esses eventos de grande monta passaram a dar o tom da discussão ambiental que se seguiu. Também não se pode negar a disseminação de diversas distopias que, invariavelmente, se parecem com ambientes futuros poluídos e politicamente autoritários. Diante desse contexto, as pandemias ocupam um lugar de destaque no mundo ficcional.

No Brasil, não nos esqueçamos dos acidentes da (1) Refinaria Duque de Caxias em 1972⁶, do caso de (2) Vila Socó (atual Vila São José), Cubatão⁷ e da contaminação da (3) Cidade dos Meninos, em Duque de Caxias, Rio de Janeiro⁸ e os mais recentes casos de Mariana e Brumadinho que, seguramente, significaram uma nova dimensão de danos ambientais no Brasil.

A pandemia da COVID 19 é, certamente, o maior grande medo do século XXI, até a presente data. A pandemia causada pelo coronavírus, como será brevemente demonstrado, tem

1 WWW.THELANCET.COM. Humanitarian crises in a global pandemic. *www.thelancet.com*, v. 9, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2931749-9>. Acesso em: 15 ago. 2020.

2 ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O Equívoco ecológico*. Tradução de Fátima Leal gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p.15.

3 RÉMOND-GOUILLOUD, Martine. *Du Droit de Détruire – Essai sur le droit de l’ environnemnt*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989, p.75-82.

4 HANNIGAN, John. *Sociologia Ambiental – A Formação de uma Perspectiva Social*. Tradução de Clara Fonseca. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p.88.

5 DUMONT, René. *Un monde intolérable: le libéralisme en question*. Paris: Éditions du Seuil, 1988.

6 Na madrugada de 30 de março 1972, o que parecia “o fim do mundo” conforme manchete do Jornal A Notícia, aconteceu na Refinaria Duque de Caxias. Três tanques de GLP devido a um vazamento de gás, explodiram e deixaram 42 mortos e 40 feridos, segundo números divulgados pelos militares (o país vivia a Ditadura Civil-Militar), a época. Moradores e ex-funcionários, relatam manipulação e que passam de 70 mortes. (ALVES, Maroni. O Dia em que a REDUC explodiu. *DiariodoRio.com*, 1 abr. 2019. Disponível em: <https://diariodorio.com/o-dia-em-que-a-reduc-explodiu/>. Acesso em: 24 jun. 2020).

7 “[U]m operador alinhou inadequadamente e iniciou a transferência de gasolina para uma tubulação (falha operacional) que se encontrava fechada, gerando sobrepressão e ruptura da mesma, espalhando cerca de 700 mil litros de gasolina pelo mangue. Muitos moradores visando conseguir algum dinheiro com a venda de combustível, coletaram e armazenaram parte do produto vazado em suas residências. Com a movimentação das marés o produto inflamável espalhou-se pela região alagada e cerca de 2 horas após o vazamento, aconteceu a ignição seguida de incêndio. O fogo se alastrou por toda a área alagadiça superficialmente coberta pela gasolina, incendiando as palafitas.

O número oficial de mortos é de 93, porém algumas fontes citam um número extra oficial superior a 500 vítimas fatais (baseado no número de alunos que deixou de comparecer à escola e a morte de famílias inteiras sem que ninguém reclamasse os corpos), dezenas de feridos e a destruição parcial da vila. (CETESB. Vila Socó – Cubatão. *CETESB*. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/analise-risco-tecnologico/grandes-acidentes/vila-soco-cubatao/>. Acesso em: 24 jun. 2020).

8 ANTUNES, Paulo de Bessa. Cidade dos Meninos. *((o))eco*, 21 mar. 2005. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/colunas/paulo-bessa/16856-oeco-11797/>. Acesso em: 24 jun. 2020.

suas origens em questões profundamente relacionadas com um padrão de desenvolvimento econômico e, igualmente, com um padrão de apropriação dos bens ambientais. Por outro lado, a pandemia tem servido de motivação para atitudes retrógradas que vem sendo tomadas *worldwide* e que se fundam em concepções equivocadas de liberdade individual e de conhecimento científico, negando o valor das medidas de saúde pública tomadas em benefício da coletividade.

2 URBANIZAÇÃO E QUALIDADE DO AR

A vida dos seres humanos em cidades é bastante antiga, podendo se afirmar que as primeiras cidades foram estabelecidas há aproximadamente 5.000 anos no Egito, na Mesopotâmia e na Índia. Todavia, a maior parte da população mundial não habitava nas cidades. Foi somente após a revolução industrial que a urbanização cresceu dramaticamente e, com ela, toda uma sorte de moléstias associadas, em especial as respiratórias. O século XX foi espetacular no crescimento da urbanização, pois em seu início a população urbana mundial não ultrapassa os 13% da totalidade dos seres humanos, sendo que ao seu final, os habitantes das cidades já representavam cerca de 47% de toda a população mundial⁹. Em 1960 o mundo alcançou o seu primeiro bilhão de habitantes, o segundo em 1985 e o terceiro em 2002. A população mundial alcançará o seu pico em 2064 com cerca de 9,73 bilhões de pessoa e, a partir daí, deverá declinar para um número em torno de 8,79 bilhões em 2100¹⁰. A Organização das Nações Unidas [ONU] estima que até 2050, cerca de 70% da população mundial viverá nas cidades.¹¹ Como foi muito bem observado por Mike Davies¹², a urbanização foi mais rápida do que o previsto pelo Clube de Roma que, em seu relatório, os limites do crescimento traçava um futuro sombrio para a questão demográfica.

Muito embora haja tendência à estabilização da população mundial, em números muito elevados, as cidades atraem cada vez mais pessoas, pois apesar das dificuldades, oferecem melhores condições do que as áreas rurais, na maioria dos países. As 10 maiores cidades do mundo,¹³ na atualidade, são: (1) Tokyo – 37.435.191,00 habitantes; (2) Délhi – 29.399.141,00; (3) Xangai 26.317.104,00; (4) São Paulo 21.846.507,00; (5) Cidade do México 21.671.908,00; (6) Cairo 20.484.965,00; (7) Dacca 20.283.562,00; (8) Mumbai 20.185.064; (9) Pequim 20.035.455,00; (10) Osaka 19.222.665,00. Tal ordem será alterada em 2100, quando as 10 maiores cidades do mundo serão: (1) Lagos, Nigéria – 88.344.661,00; (2) Kinshasa – República Democrática do Congo – 83.493.793,00; (3) Dar Es Salam – Tanzânia 73.678.022,00; (4) Mumbai – Índia 67.239.804,00; (5) Délhi – Índia 57.334.134,00; (6) Cartum Sudão – 56.594.472,00; (7) Niamey – Níger 56.149.120,00; (8) Dacca – Bangla Desh 54.249.845,00; (9) Kolkata – Índia 52.395.315,00; (10) Cabul – Afeganistão 50.269.659,00¹⁴. Como se pode ver,

9 MIDDLETON, Nick. *The Global Casino – An introduction to environmental issues*. 5. ed. London/New York: Routledge, 2013, p.211.

10 VOLLSET, Stein Emil et al. Fertility, mortality, migration, and population scenarios for 195 countries and territories from 2017 to 2100: a forecasting analysis for the Global Burden of Disease Study. *The Lancet*, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2930677-2>. Acesso em: 14 ago. 2020.

11 NAÇÕES UNIDAS. ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050. *ONU News*, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em: 14 ago. 2020.

12 DAVIES, Mike. *Planeta Favela*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006, p.13.

13 WORLD POPULATION REVIEW. World City Populations 2020. *World Population Review*, 2020. Disponível em: <https://worldpopulationreview.com/world-cities>. Acesso em: 15 ago. 2020.

14 ONTARIO TECH UNIVERSITY. City Population 2100. *Ontario Tech University*, 2020. Disponível em: <https://sites.ontariotechu.ca/sustainabilitytoday/urban-and-energy-systems/Worlds-largest-cities/population-projections/city-population-2100.php>. Acesso em: 15 ago. 2020.

cada vez mais as cidades africanas e do sul da Ásia ostentaram os primeiros postos entre as maiores cidades do mundo.

Sabemos que as cidades têm um potencial enorme de atração de novas populações, pois a oferta de empregos é maior do que no campo. Entretanto, a velocidade do crescimento das cidades faz com que seja muito difícil que a infraestrutura necessária acompanhe o ritmo de expansão populacional. Assim, precárias condições de vida acabam prevalecendo diante da falta de serviços básicos necessários para a população. Logicamente, o processo de urbanização e crescimento populacional geram um custo ambiental muito elevado, pois pressionam as florestas, os recursos hídricos e a fauna, sendo certo que o desequilíbrio ambiental é um fator propagador de moléstias. É importante registrar que a urbanização acima mencionada, desde longa data se faz à custa de problemas ambientais e de saúde que são por todos conhecidos. A Londres de Charles Dickens é um bom exemplo do começo acelerado de urbanização e dos problemas sociais e ambientais por ela causados¹⁵. No século XIX as condições de vida dos pobres na Inglaterra foram bem descritas por F. Engels:

Todas as grandes cidades, possuem um ou vários «bairros de má reputação» —onde se concentra a classe operária. E certo que é frequente a pobreza morar em vielas escondidas, muito perto dos palácios dos ricos, mas, em geral, designaram-lhe um lugar à parte, onde, ao abrigo dos olhares das classes mais felizes, tem de se safar sozinha, melhor ou pior. Estes «bairros de má reputação» são organizados em toda a Inglaterra mais ou menos da mesma maneira, as piores casas na parte mais feia da cidade; a maior parte das vezes são construções de dois andares ou de um só, de tijolos, alinhadas em longas filas, se possível com caves habitadas e quase sempre irregularmente construídas. Estas pequenas casas de três ou quatro divisões e uma cozinha chamam-se cottages e constituem vulgarmente em toda a Inglaterra, exceto nalguns bairros de Londres, as habitações da classe operária. Habitualmente, as próprias ruas não são planas nem pavimentadas; são sujas, cheias de detritos vegetais e animais, sem esgotos nem canais de escoamento, mas em contrapartida semeadas de charcos estagnados e mal cheirosos. Para além disso, o arejamento torna-se difícil, pela má e confusa construção de todo o bairro, e como aqui vivem muitas pessoas num pequeno espaço, e fácil imaginar o ar que se respira nestes bairros operários. De resto, as ruas servem de secadouro, quando há, bom tempo; estenderem-se cordas duma casa a casa fronteira, onde se pendura a roupa branca e húmida.¹⁶

Atualmente, tais condições são internacionalmente conhecidas como *slums* (favelas), ainda que não haja um consenso claro sobre o significado do termo e o que, de fato, se constitui em favela. Há, entretanto, uma definição operacional que contempla os seguintes parâmetros: (1) inadequado acesso à água potável, (2) acesso inadequado ao saneamento e a outras infraestruturas, (3) baixa qualidade estrutural das habitações, (4) excesso de população e (5) status residencial inseguro¹⁷. Nas condições específicas do Rio de Janeiro poderíamos acrescentar o domínio territorial por parte de grupos de traficantes de drogas ou de milícias, ou ainda uma combinação dos dois.¹⁸

15 ANTUNES, Paulo de Bessa. Oliver Twist. ((o))eco, 22 dez. 2005. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/colunas/16895-oeco-15133/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

16 ENGELS, Friederich. *A situação da classe trabalhadora em Inglaterra*. Tradução de Anália C. Torres). Porto: Afrontamento, 1975, p.59.

17 UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. *The Challenge of Slums Global Report on Human Settlements*. London: Earthscan, 2003, p.12.

18 BARCELLOS, Christovam; ZALUAR, Alba. Homicídios e disputas territoriais nas favelas do Rio de Janeiro. *Rev Saúde Pública*, 2014, p.94-102. DOI:10.1590/S0034-8910.2014048004822.

Não se desconhece que graves problemas respiratórios estão presentes nas grandes aglomerações urbanas e nas áreas fortemente industrializadas ou que tenham grande circulação de veículos automotores, sendo que, no Brasil, as queimadas também ocupam papel de destaque¹⁹. A primeira grande tomada de consciência para a questão relativa à poluição atmosférica se deu em Londres, no ano de 1952, no episódio conhecido como “grande smog”²⁰, uma grande inversão térmica iniciada aos 3 de dezembro de 1952 e, que em poucos dias, acarretou forte recrudescimento das taxas de internação e morte causadas por problemas respiratórios. “*O cheiro do fumo penetrava nos edifícios pelas portas e janelas abertas.*” No Japão, no ano de 2007, as montadoras de automóveis fizeram acordo com inúmeras pessoas que foram prejudicadas pela poluição atmosférica, pagando-lhes indenizações por danos.

As pioneiras leis modernas de proteção ao meio ambiente foram essencialmente voltadas para a proteção da saúde humana, causa inicial da preocupação ambiental. A primeira grande legislação voltada para a proteção da qualidade do ar foi o *Clean Air Act* (Lei do Ar Limpo) do Reino Unido²¹, aprovada pelo parlamento em 1956, como resposta ao grande smog de 1952; Os Estados Unidos estabeleceram a sua legislação federal de qualidade do ar em 1970²²; a Alemanha em 1974²³.

Em âmbito nacional, uma das primeiras normas a definir o conceito de poluição foi o Decreto-Lei nº 303, de 23 de fevereiro de 1967 que instituiu o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental, editado com base no Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966. De acordo com o artigo 1º da norma, a poluição foi definida como qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente (solo, água e ar), originada por substância sólida, líquida, gasosa ou em qualquer estado da matéria que, direta ou indiretamente fosse “nociva ou ofensiva à saúde à segurança e ao bem-estar das populações”, ou ainda que criasse “condições inadequadas para fins domésticos, agropecuários, industriais e outros”, ou mesmo que ocasionasse danos à flora e à fauna. O Decreto-Lei fixou uma proibição geral de poluição ao determinar em seus artigos 2º e 3º que não se admitiria o despejo de resíduos oriundos de atividades industriais, comerciais, agropecuárias ou domiciliares que poluíssem as águas, o que seria confirmado pelo estabelecimento de “padrões para os despejos” ou por “padrões de qualidade para as águas receptoras.” Disposições similares foram instituídas para as emissões atmosféricas. Nesta altura, é imperioso que se consigne que um dos mais relevantes e controversos princípios do direito ambiental, o princípio da precaução tem a sua origem imediata nas preocupações relativas à qualidade do ar e suas repercussões na saúde humana.²⁴

19 No Brasil, as mortes em decorrência da poluição atmosférica aumentaram 14% em dez anos. Nesse período, o número de óbitos por Doenças Crônicas não Transmissíveis (DCNT) passou de 38.782 em 2006 para 44.228 mortes em 2016. A constatação é do estudo Saúde Brasil 2018, do Ministério da Saúde, que utilizou dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM). O número de mortes evitáveis por essas doenças cresceu, assim como a exposição ao O₃ (poluição) em todo o país, com destaque para os grandes centros urbanos e estados castigados pelas queimadas. (BRASIL. Mortes devido à poluição aumentam 14% em dez anos no Brasil. *Ministério da Saúde*, 06 jun. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/mortes-devido-a-poluicao-aumentam-14-em-dez-anos-no-brasil>. Acesso em: 06 out. 2021).

20 ANTUNES, Paulo de Bessa. Algo além dos aviões de carreira. *((o))eco*, 1 out. 2008. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/columas/paulo-bessa/19798-algo-alem-dos-avioes-de-carreira/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

21 LEGISLATION.GOV.UK. Clean Air Act 1956. *Legislation.gov.uk*, 5 jul. 1956. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/4-5/52/enacted>. Acesso em: 17 ago. 2020.

22 EPA. Clean Air Act Requirements and History. *United States Environmental Protection Agency*. Disponível em: <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview/clean-air-act-requirements-and-history>. Acesso em: 17 ago. 2020.

23 UMWELT BUNDESAMT. Immission control law. *Umwelt Bundesamt*, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://www.umweltbundesamt.de/en/immission-control-law#undefined>. Acesso em: 06 out. 2021.

24 PRECAUTIONARY PRINCIPLE. Welcome to the Precautionary Principle website. *The Precautionary Principle*. Disponível em: <http://www.precautionaryprinciple.eu/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

3 INTEGRAÇÃO HOMEM – NATUREZA

A principal dificuldade para enfrentar às questões relativas à integração Homem – Natureza deriva do fato de que não há uma definição consensual de natureza, sendo “evidente que nem todos têm uma mesma ideia de natureza”²⁵. Apesar de tais dificuldades, uma das bases do pensamento ecológico contemporâneo é o resgate da integração entre o Homem e a natureza, contestando as concepções alicerçadas sobre a dicotomia Homem X Natureza que foram muito comuns no século XIX²⁶. As “naturezas humanas”, conforme anotado por Paul R. EHRLICH²⁷, dependem das naturezas das outras espécies, pois nós coevoluímos com muitas delas, influenciando-se mutuamente. Acrescenta o autor que, frequentemente, esquecemos o papel que desempenhamos na evolução “natural”. E fato, o ambiente que nos cerca, seja ele urbano ou rural é, em grande medida, obra humana. Como, novamente, nos lembra REICHHOLF o “progresso é resultado de mudanças”²⁸. É relevante registrar que, “hoje em dia muitas pessoas têm dificuldade de imaginar que todo o conjunto de raças caninas, com sua variedade de aparências, tenha se originado de lobos”.²⁹ Assim, a integração entre humanos e a natureza é dinâmica e não se pode ter uma concepção fixa e rígida sobre ela.

A atividade humana sobre o planeta faz com que o mundo se modifique em função das necessidades de sobrevivência da Humanidade. Neste sentido, podemos afirmar que a natureza é uma construção humana. Não há, portanto, uma natureza intocada. Evidentemente que a preocupação com a ecologia e com os recursos naturais é função da sobre-exploração de tais recursos e, portanto, corresponde a um momento de sua escassez, ou pelo menos de uma *percepção* de escassez. Não se pode deixar de consignar que, assim como há diversas concepções de natureza, há, igualmente, diferentes ideias relativas às relações entre o Homem e a Natureza. A domesticação das plantas e animais é, sem dúvida, uma forma assumida por tal relacionamento *vis à vis* ao mundo natural. Da mesma forma, a produção industrial de aves, a criação extensiva e intensiva de gado e pequenos animais e, também, a agricultura industrial, são as novas formas de relação Humano – Natureza, o seu “estágio superior”. O que nos cabe indagar é se tal modelo de produção industrial de animais e produção agrícola industrial é capaz de ser sustentável, social, econômica e sanitariamente?

Estudos científicos têm demonstrado que a produção em larga escala de aves, a maior proximidade entre animais e seres humanos, as aglomerações urbanas e tantos outros fenômenos modernos têm contribuído para a expansão de doenças contagiosas que, devido às maiores facilidades de comunicação e ao fenômeno da “miopia econômica” têm propiciado situações de elevado risco social.

Enquanto as possibilidades de aplicabilidade econômica são claramente previstas, desenvolvidas, testadas e, de acordo com todas as regras da arte, esclarecidas, no caso dos riscos é sempre necessário tatear no escuro e então deixar-se surpreender e consternar profundamente com seu aparecimento “imprevisto” ou mesmo “imprevisível”.³⁰

25 ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre e DUPONT, Yves. O Equívoco ecológico. Tradução de Fátima Leal Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p.7.

26 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – rumo à uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34., 2011, p.9.

27 EHRLICH, Paul R. *Human Natures – Genes, Cultures, and the Human Prospect*. Washington: Island Press, 2000, p.44.

28 REICHHOLF, Josef H. *Breve História da Natureza no último milênio*. Tradução de Ana Paula de Oliveira, Luiz Arturo Obojes e M. Estela Heider Cavalheiro. São Paulo: Senac, 2008, p.186.

29 REICHHOLF, Josef H. *Breve História da Natureza no último milênio*. Tradução de Ana Paula de Oliveira, Luiz Arturo Obojes e M. Estela Heider Cavalheiro. São Paulo: Senac, 2008, p.187.

30 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – rumo à uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34., 2011, p.73.

As pandemias modernas demonstram que a industrialização das relações Humanos-Natureza tem sido um elemento importante para a expansão de vírus e outros elementos patogênicos. O novo estágio de tais relações entre o mundo natural e a cultura humana, demanda uma reformulação ampla, sob pena de custos humanos e econômicos elevadíssimos. A artificialização do mundo natural, a industrialização da vida animal e as alterações radicais dos ecossistemas, como regra, podem ter efeitos extremamente nocivos para os humanos. Sabemos que as principais epidemias, pandemias e doenças infecciosas têm origem em animais silvestres, doenças tais como: peste, varíola, raiva, ebola, tifo, febre amarela e AIDS, tiveram origem em animais silvestres. “Em algumas situações, o vírus permanece o mesmo que nas espécies hospedeiras evolutivas e com múltiplas oportunidades para se espalhar de animais para seres humanos”.³¹ Não se culpe, contudo, os animais. A questão está na forma como nós nos relacionamos com eles.

Esta transferência dos vírus de uma espécie para outra, claramente demonstra que não podemos descurar de medidas de segurança e biossegurança necessárias para o atual estágio civilizatório, no qual a mediação tecnológica e industrial entre o Homem e a Natureza é cada vez mais presente. Assim, pesquisa científica, vacinas e medidas de controle sanitário serão, cada vez mais, parte de uma realidade inafastável.

4 ANIMAIS E PANDEMIA

A domesticação dos animais e a agricultura foram decisivos para a evolução e progresso da humanidade. Nas palavras de TOYNBEE³², “a agricultura e a criação de animais foram, com certeza, as mais importantes de todas as invenções humanas até hoje.” A maior proximidade com os animais, entretanto, gerou doenças ao longo da História. Josef H. REICHHOLF³³ nos lembra que os pássaros sempre foram objeto da admiração humana, sendo que na Antiguidade, o augúrio e o auspício eram importantes, porque “se previa o futuro a partir das asas e das vísceras das aves”. As aves, lamentavelmente, têm sido nos últimos tempos, importantes vetores de transmissão de doenças contagiosas.

A humanidade já enfrentou diversas pragas ao longo de sua existência. A Bíblia, por exemplo, fala das 10 pragas do Egito, sendo que das 10, a maioria dizia respeito a danos à natureza, ou doenças causadas por animais. Entretanto, como se sabe, as relações com os animais são ambíguas, pois embora eles sejam portadores e transmissores de muitas moléstias, a vida humana não é viável sem o auxílio deles. A dependência recíproca é inegável. Acredita-se que a primeira referência à peste bubônica esteja na Bíblia³⁴:

Na Antiguidade, as maiores epidemias registradas foram a peste de Atenas, a peste de Siracusa, a peste Antonina, a peste do século III, a peste de Justiniano e a Peste negra do

31 FOOD SAFETY BRASIL. Os coronavírus e as origens ambiental e alimentar em perspectiva. *Food Safety Brasil*, 25 maio 2020. Disponível em: <https://foodsafetybrazil.org/os-coronavirus-origens-ambiental-e-alimentar/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

32 TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe-Terra – Uma história narrativa do mundo*. 2. ed. Tradução de Pereira e Alzira Soares da Rocha. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, p.65.

33 REICHHOLF, Josef H. *Breve História da Natureza no último milênio*. Tradução de Ana Paula de Oliveira, Luiz Arturo Obojes e M. Estela Heider Cavalheiro. São Paulo: Senac, 2008, p.105.

34 1 Samuel 6 Quando já fazia sete meses que a arca do Senhor estava em território filisteu, 2 os filisteus chamaram os sacerdotes e adivinhos e disseram: “O que faremos com a arca do Senhor? Digam-nos com o que devemos mandá-la de volta a seu lugar”. 3 Eles responderam: “Se vocês devolverem a arca do deus de Israel, não mandem de volta só a arca, mas enviem também uma oferta pela culpa. Então vocês serão curados e saberão por que a sua mão não tem se afastado de vocês”. 4 Os filisteus perguntaram: “Que oferta pela culpa devemos lhe enviar?” Eles responderam: “Cinco tumores de ouro e cinco ratos de ouro, de acordo com o número de governantes filisteus, porquanto a mesma praga atingiu vocês e todos os seus governantes. 5 Façam imagens dos tumores e dos ratos que estão assolando o país e dêem glória ao deus de Israel. Talvez ele alivie a sua mão de sobre vocês, seus deuses e sua terra (BÍBLIA ONLINE. 1 Samuel 6. *Bíblia Online*. Disponível em: <https://www.biblionline.com.br/nvi/1sm/6>. Acesso em: 17 ago. 2020).

século XIV.³⁵ Não há uma informação precisa sobre as pandemias da antiguidade, nem sobre o número de vítimas fatais delas resultantes, embora se admita que a peste de Justiniano tenha matado aproximadamente 25% da população mundial à época.

A Peste Negra

foi a maior, a mais trágica epidemia que a história registra, tendo produzido um morticínio sem paralelo. Foi chamada Peste negra pelas manchas escuras que apareciam na pele dos enfermos. Como em outras epidemias, teve início na Ásia Central, espalhando-se por via terrestre e marítima em todas as direções.³⁶

Estima-se que a Peste Negra tenha levado a óbito entre 75 a 200 milhões de pessoas; a sua transmissão, na forma bubônica, ocorre por meio da picada de pulgas infectadas. Já na forma pneumônica, a transmissão se dá por gotículas aerógenas lançadas pela tosse no ambiente.³⁷ Ratos e moscas foram elementos importantes na disseminação da praga. Se considerarmos que a população do mundo entre os anos de 1347 e 1351 era de aproximadamente 400 milhões de habitantes, podemos ter a dimensão da moléstia e dos estragos por ela causados.

A pandemia que, na época contemporânea, deixou a marca mais forte foi a chamada gripe espanhola. A “espanhola” foi um fenômeno impressionante que, nas palavras de John M. BARRY³⁸ matou “mais pessoas em um ano do que a peste bubônica da Idade Média em um século; matou mais pessoas em 24 semanas do que a AIDS em 24 anos”. Ainda segundo BARRY, a pandemia de gripe que eclodiu em 1918 foi “o primeiro grande choque entre a natureza e a ciência moderna”. Apesar do enorme sofrimento e custo humano causado pela gripe espanhola, a pandemia foi também,

uma história de ciência, de descoberta, de como se pensa e de que modo mudar a maneira como se pensa, de como, em meio ao caos absoluto, alguns homens buscaram a frieza da contemplação, a calma absoluta que precede não a filosofia, e, sim, a ação severa e determinada.³⁹

É admitido, com elevado grau de consenso, que a gripe espanhola tenha suas origens nos Estados Unidos, Haskell, Kansas⁴⁰, expandindo-se daí para o mundo inteiro. Na cidade, “os agricultores viviam em grande proximidade com os porcos e as aves, e havia bois, leitões e galinhas por todo lado”⁴¹. Esta proximidade teria favorecido a transferência dos vírus das aves para os humanos.

Não é objetivo deste artigo produzir uma resenha de todas as pandemias, mas apenas indicar, em alguns casos, a importância da transmissão animal, como forma de realçar as correlações entre ecologia e pandemia. É importante lembrar que a gripe provocada pelo

35 REZENDE, JM. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina* [online]. As grandes epidemias da história. São Paulo: Editora Unifesp, 2009, p.73-82. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-08.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

36 REZENDE, JM. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina* [online]. As grandes epidemias da história. São Paulo: Editora Unifesp, 2009, p.73-82. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-08.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

37 BRASIL. Peste: o que é, causas, sintomas, tratamento, diagnóstico e prevenção. *Ministério da Saúde*. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/saude-de-a-z/peste>. Acesso em: 06 out. 2021.

38 BARRY, John M. *A Grande Gripe: A história de gripe espanhola, a pandemia mais mortal de todos os tempos*. Tradução de Alexandre Raposo, Carmelita Dias, Cássia Zanon, Livia Almeida, Maria de Fátima Oliva do Coutto e Paula Diniz. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.13.

39 BARRY, John M. *A Grande Gripe: A história de gripe espanhola, a pandemia mais mortal de todos os tempos*. Tradução de Alexandre Raposo, Carmelita Dias, Cássia Zanon, Livia Almeida, Maria de Fátima Oliva do Coutto e Paula Diniz. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.13.

40 BARRY, John M. *A Grande Gripe: A história de gripe espanhola, a pandemia mais mortal de todos os tempos*. Tradução de Alexandre Raposo, Carmelita Dias, Cássia Zanon, Livia Almeida, Maria de Fátima Oliva do Coutto e Paula Diniz. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.104.

41 BARRY, John M. *A Grande Gripe: A história de gripe espanhola, a pandemia mais mortal de todos os tempos*. Tradução de Alexandre Raposo, Carmelita Dias, Cássia Zanon, Livia Almeida, Maria de Fátima Oliva do Coutto e Paula Diniz. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.103.

vírus H2N2 (1889-1890) levou 1,2 milhões de pessoas a óbito. A pandemia do vírus da gripe asiática H2N2 (1957-1958) matou dois milhões de pessoas e a gripe de Hong Kong – vírus H3N2 (1968-1969) – matou um milhão de doentes. Mais recentes e menos letais, a pandemia da “gripe aviária” H5N1 (1997-2004) causou cerca de 400 óbitos e a pandemia da “gripe suína” H1N1 (2009-2010) levou a morte 17 mil pessoas.⁴²

Assim sendo, parece ser seguro que as origens das modernas pandemias podem ser identificadas na radical transformação da atividade de criação de animais para consumo humano, em função da produção de gelo artificial.⁴³ Com efeito, na década de 70 do século XIX, a tecnologia permitiu a criação de refrigeradores em vagões e porões de embarcações, facilitando o comércio de longo curso de produtos como frutas e carnes e peixes. Isto fez com que as “portas para as grandes criações de animais” fossem abertas. Pesquisas sugerem, inclusive, que o tráfico ilegal de animais possui uma íntima relação⁴⁴ com o crescimento de doenças com origens virais. Com efeito, há um importante tráfico ilegal de animais dos países fronteiriços com a China para este último país, sendo que o Vietnã desempenha um importante papel neste comércio ilegal que terminará sendo vendido nos mercados e restaurantes, bem como para a utilização como matéria prima para a medicina tradicional chinesa de Guangdong, cidade que dista cerca de 500 quilômetros do Vietnã.

A pandemia da COVID 19 tem a mesma origem das pandemias acima citadas: sul da China e, de lá, espalhou-se para o mundo, inclusive o Brasil.

4.1 Os efeitos da pandemia

Programa as Nações Unidas para o Desenvolvimento fizeram levantamento dos impactos econômicos da COVID 19⁴⁵, indicando que

A pandemia COVID-19 é muito mais do que uma crise de saúde: Ela está afetando sociedades e economias em seu âmago. Embora o impacto da pandemia varie de país para país, ele provavelmente aumentará a pobreza e as desigualdades em escala global, tornando o cumprimento dos ODS [Objetivos do Desenvolvimento Sustentável] ainda mais urgente. Sem respostas socioeconômicas rápidas, o sofrimento global aumentará, colocando vidas e meios de subsistência em risco por muitos anos. Respostas de desenvolvimento imediato nesta crise devem ser empreendidas com um olhar para o futuro. As trajetórias de desenvolvimento no longo prazo serão afetadas pelas escolhas que os países fizerem agora e pelo apoio que receberem.⁴⁶

Por sua vez, o Fundo Monetário Internacional admite que a economia global sofrerá, em 2020, uma queda de 4,9%. Para o Brasil, a previsão é de um tombo de 9,1%.⁴⁷ Em termos de custos humanos, a COVID 19 já causou 124.651 óbitos no Brasil (04/09/2020),

42 FOOD SAFETY BRASIL. Os coronavírus e as origens ambiental e alimentar em perspectiva. *Food Safety Brasil*, 25 maio 2020. Disponível em: <https://foodsafetybrazil.org/os-coronavirus-origens-ambiental-e-alimentar/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

43 UJAVARI, Stefan Cunha. *Pandemias – A humanidade em risco*. São Paulo: Editora Contexto, 2011, p.18 ss.

44 BELL, Diana; ROBERTON, Scott; HUNTER, Paul R. Animal origins of SARS coronavirus: possible links with the international trade in small carnivores. *Phil. Trans. R. Soc. Lond.* DOI 10.1098/rstb.2004.1492.

45 UNITED NATIONS. COVID-19: Socio-economic impact. *United Nations*, 2021. Disponível em: <https://www.undp.org/coronavirus/socio-economic-impact-covid-19>. Acesso em: 06 out. 2021.

46 UNITED NATIONS. A UN framework for the immediate socio-economic response to COVID-19. *United Nations*, 2020, p.3. Disponível em: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-04/UN-framework-for-the-immediate-socio-economic-response-to-COVID-19.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

47 NAÇÕES UNIDAS. COVID-19: Recuperação será mais lenta após crise como nenhuma outra, prevê FMI. *Nações Unidas*, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/covid-19-recuperacao-sera-mais-lenta-apos-crise-come-nenhuma-outra-preve-fmi/>. Acesso em: 04 set. 2020.

havendo infectado cerca de 4.040.163 pessoas⁴⁸. Globalmente, foram confirmados no mundo 25.884.895 casos de COVID-19 (279.338 novos em relação ao dia anterior) e 859.130 mortes (6.318 novas em relação ao dia anterior) até 3 de setembro de 2020⁴⁹.

Na América Latina, a estimativa da Comissão Econômica para a América Latina – CEPAL para o desempenho da economia regional em 2020 já era pessimista antes da expansão do Corona vírus. Em dezembro, a comissão previu crescimento de 1,3% para este ano. De acordo com as projeções da Cepal para 2020, se houver uma redução de 1,8% do produto interno bruto em toda a América Latina e Caribe por causa da doença, a taxa de desemprego na região poderá aumentar em dez pontos percentuais. Se o cenário for confirmado, o número de pessoas pobres da região vai subir dos atuais 185 milhões para 220 milhões – contingente maior que a população brasileira (211,2 milhões, nos cálculos do IBGE). O número de pessoas em extrema pobreza (sem recursos para a manutenção da capacidade de trabalho) subirá dos atuais 67,4 milhões para 90 milhões (quase o dobro da população do Estado de São Paulo, 46,1 milhões). Em termos percentuais, o total de pobres pode chegar a 35% da população latino-americana e o total de extremamente pobres, a 14,5%. Segundo a Cepal, os países latino-americanos totalizam 620 milhões de pessoas, mais de um terço dessas são nascidas no Brasil.⁵⁰

A expansão da pandemia gerou enormes discussões, em todo o mundo, assim como no Brasil. Não se trata, porém, de uma novidade. Com efeito, a chamada “Revolta da Vacina”, nos albores do século XX, suscitou discussões políticas bastante parecidas com o negacionismo originado pela COVID 19.⁵¹

A proteção da saúde humana pelo Direito, tem sido vista como intervenção do Estado na vida privada das pessoas e, em seus primórdios encontrou muita resistência, como é o caso da chamada “Revolta da Vacina”, conjunto de acontecimentos político-sociais ocorrido no Rio de Janeiro no início do século XX, em reação à vacinação obrigatória contra a varíola⁵².

48 BBC. Brasil registra [...]. *BBC*, set. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51713943>. Acesso em: 04 set. 2020.

49 OPAS. Folha informativa sobre COVID-19. *Organização Pan-Americana da Saúde*, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 04 set. 2020.

50 ANTUNES, Paulo de Bessa. Para não dizer que não falei da COVID-19. *Gen Jurídico*, 08 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/08/covid-19-calamidade-publica/>. Acesso em: 04 set. 2020.

51 A pandemia de Covid-19 segundo Bolsonaro: da “gripezinha” ao “e daí?”: Comentários e declarações do Presidente Jair Bolsonaro sobre o COVID 19: 27 de fevereiro: “O mundo todo está sofrendo”. 6 de março: “Não há motivo para pânico”. 9 de março: “Está superdimensionado o poder destruidor deste vírus”. 10 de março: “Temos, no momento, uma crise, uma pequena crise. No meu entender, muito mais fantasia, a questão do coronavírus, que não é isso tudo que a grande mídia propala”. 11 de março: “Outras gripes mataram mais do que essa”. 16 de março: “Se eu me contaminei, ninguém tem nada a ver com isso”. 17 de março: “Esse vírus trouxe uma certa histeria e alguns governadores, no meu entender, estão tomando medidas que vão prejudicar e muito a nossa economia”. 20 de março: “Depois da facada, não vai ser uma gripezinha que vai me derrubar”. 22 de março: “Brevemente, o povo saberá que foi enganado por esses governadores e por grande parte da mídia nessa questão do coronavírus”. 23 de março: “A dose do remédio não pode ser excessiva de modo que o efeito colateral seja mais danoso que o próprio vírus”. 24 de março: “Pelo meu histórico de atleta, caso fosse contaminado pelo vírus, não precisaria me preocupar. Nada sentiria. Ou seria, quando muito, acometido de uma gripezinha ou resfriadinho. (...) Algumas poucas autoridades, estaduais e municipais, devem abandonar o conceito de terra arrasada, a proibição de transportes, o fechamento do comércio e o confinamento em massa”. 25 de março: “O que estão fazendo com o Brasil, alguns poucos governadores e alguns poucos prefeitos, é um crime. Eles estão arrebentando com o Brasil. (...) Outros vírus mataram bem mais do que este e não teve essa comoção toda”. 27 de março: “O maior remédio para qualquer doença é o trabalho. (...) Não podemos agir dessa maneira irresponsável. (...) Vão quebrar o Brasil por conta do vírus?”. 29 de março: “O vírus está aí. Vamos ter que enfrentá-lo, mas enfrentar como homem, porra. Não como um moleque. Vamos enfrentar o vírus com a realidade. É a vida. Todos nós iremos morrer um dia.”. 2 de abril: “Tá com medinho de pegar vírus? Brincadeira. E o vírus é uma coisa que 60% vão ter, ou 70%. (...) Eu desconheço qualquer hospital que esteja lotado”. 12 de abril: “Parece que está começando a ir embora essa questão do vírus, mas está chegando e batendo forte a questão do desemprego”. 20 de abril: “Aproximadamente 70% da população vai ser infectada. Não adianta querer correr disso. É uma verdade. (...) Houve uma potencialização das consequências do vírus. (...) Levaram o pavor para o público, histeria”. 28 de abril: “E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê? Eu sou Messias, mas não faço milagre”. 29 de abril: “Não adianta a imprensa querer botar na minha conta estas questões que não cabem a mim” (VANNUCHI, Camilo. A pandemia de Covid-19 segundo Bolsonaro: da “gripezinha” ao “e daí?”. *UOL*, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/camilo-vannuchi/2020/04/30/a-pandemia-de-covid-19-segundo-bolsonaro-da-gripezinha-ao-e-dai.htm>. Acesso em: 04 set. 2020).

52 FIOCRUZ. A Revolta da Vacina. *Fiocruz*, 25 abr. 2005. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>. Acesso em: 03 set. 2020.

É interessante observar que a reação foi contra a efetiva aplicação de norma já existente no Direito brasileiro, pois a vacinação contra a varíola era obrigatória para crianças desde 1837 e para os adultos, a partir de 1846. Curiosamente, apesar da obrigatoriedade, a produção da vacina em escala industrial “só começou em 1884.” Por iniciativa de Oswaldo Cruz, em 1904 foi aprovada a Lei nº 1.261, de 31 de outubro que reintroduzia a vacinação obrigatória contra a varíola. A lei serviu de pretexto político para aqueles que estavam em desfavor do governo Rodrigues Alves, como resultado da Revolta da Vacina houve 945 prisões, 461 deportações, 110 feridos e 30 mortos em menos de duas semanas de conflitos, colimando com a revogação da obrigatoriedade da vacinação obrigatória. Entretanto, “[m]ais tarde, em 1908, quando o Rio foi atingido pela mais violenta epidemia de varíola de sua história, o povo correu para ser vacinado, em um episódio avesso à Revolta da Vacina.”

No Brasil independente, a Lei de 1º de outubro de 1828 que dispunha sobre a competência das Câmaras Municipais, estabelecia em seu artigo 66 e parágrafos combinado com o artigo 71, a competência em matéria de saúde para os legislativos municipais. A Constitucionalização da matéria, entretanto, só ocorreu em 1934 e, desde então tem sido uma constante em todas as Constituições federais que se seguiram. Assim, não há dúvida que a vacinação compulsória em matéria de proteção da saúde pública é medida já incorporada ao patrimônio jurídico nacional.

A Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975 que dispõe sobre as ações de Vigilância Epidemiológica e sobre o Programa Nacional de Imunizações, também estabelece as normas para a notificação compulsória de doenças. De acordo com o diploma legal cabe ao Ministério da Saúde [MS] coordenar as ações relacionadas com o controle das doenças transmissíveis, orientando sua execução inclusive quanto à vigilância epidemiológica, à aplicação da notificação compulsória, ao programa de imunizações e ao atendimento de agravos coletivos à saúde, bem como os decorrentes de calamidade pública. A lei estabelece a possibilidade de vacinação compulsória.

O regulamento da Lei nº 6.259/1975 (Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976) estabelece, em seu artigo 27, que serão obrigatórias em todo o território nacional as vacinas definidas pelo MS, contra as doenças controláveis por essa técnica de prevenção, consideradas relevantes no quadro nosológico nacional. Cabe ao MS elaborar as relações dos tipos de vacina cuja aplicação será obrigatória em todo o território nacional e em determinadas regiões do País, de acordo com comportamento epidemiológico das doenças. Em função da pandemia do COVID 19 foi editada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 que, dentre outras medidas, para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, medidas: determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas, por exemplo (artigo 3º). As medidas compulsórias, evidentemente, não são discricionárias, mas estão vinculadas às evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas em saúde, devendo ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. Além da norma recém mencionada, o Brasil, tem uma vasta produção legislativa para enfrentar a pandemia⁵³, com medidas de natureza econômica, social e sanitária.

Inobstante o fato de que a vacinação obrigatória no Brasil é mais do que centenária,

53 BRASIL. Legislação COVID-19. *Presidência da República*, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

ainda existem movimentos, com as mais diferentes motivações que buscam se abster da compulsoriedade da vacinação. Felizmente, as Cortes de justiça têm, sistematicamente, reafirmado o princípio da vacinação obrigatória quando se tratar de saúde pública. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao decidir questão relativa às relações entre vacinação e liberdade religiosa, entendeu que

A vacinação consiste não apenas em direito individual, mas em direito coletivo, uma vez que tem por objeto a diminuição, ou até mesmo a erradicação de doenças. A interpretação que se faz é que as normas de regência buscam garantir a saúde do indivíduo e, por consequência, de toda a população, sendo, portanto, algo acima da escolha pessoal, vez que envolve a diminuição da exposição ao risco e ao contágio de determinadas doenças e ainda evita o reaparecimento de doenças consideradas erradicadas. Em consideração Ao Princípio Constitucional do Melhor Interesse, não podem os genitores se recusarem a vacinar os filhos quando se busca alcançar o pleno desenvolvimento daqueles, o que, por certo, envolve o direito à saúde em todas as suas formas, incluídas as de prevenção por meio da vacinação. O interesse do menor se sobrepõe a qualquer interesse particular dos genitores. A imposição da imunização não fere o direito à liberdade religiosa, uma vez que não sendo esse absoluto, é passível de ponderação e, assim, não há se falar no direito de escolha dos pais, mas no direito da criança à saúde. (TJ-MG - AC: 10518180076920001 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 12/12/2019, Data de Publicação: 17/12/2019).

No mesmo sentido foi a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

1) De acordo com o art. 14, parágrafo único, do ECA, é obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. Incidência da Portaria nº 3.318/2010, do Ministério da Saúde, que elenca as vacinas obrigatórias para crianças, adolescentes, adultos e idosos. 2) Irretocável a aplicação de medida protetiva para, após avaliação por médico pediatra, submeter o menor às vacinas obrigatórias, observada sua idade. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70053524765, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 18/04/2013) (TJ-RS - AC: 70053524765 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 18/04/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2013).

Assim, não há dúvida que, do ponto de vista sanitário e legal, a vacinação obrigatória e medida adequada e conforme ao ordenamento jurídico. Por tudo que foi demonstrado acima, caso sejam descobertas vacinas contra a pandemia do COVID 19, não há dúvida de que tal vacinação será compulsória, conforme previsto na legislação vigente no País.

5 CONCLUSÕES

A pandemia da COVID 19, assim como muitas doenças contagiosas, tem sua origem na transferência interespecíes de vírus. Tais transferências são amplamente facilitadas pelo crescimento das populações urbanas, produção industrial de animais, más condições sanitárias urbanas e mazelas desenvolvidas no artigo. Do ponto de vista jurídico, o enfrentamento de doenças infecciosas é antigo, sendo certo que o Direito brasileiro, desde o século XIX, possui mecanismos aptos a reduzir os danos sociais de tais moléstias. Entretanto, as doenças infecciosas e epidemias têm sido utilizadas politicamente, como foi o caso da “Revolta da Vacina”, com prejuízos para a sociedade.

As pandemias e epidemias são fenômenos sanitários que acompanham a Humanidade em sua longa convivência com os animais. Entretanto, a transformação das relações Homem – Natureza e, em especial, a produção industrial de animais têm servido de base para o aumento do fenômeno com graves consequências econômicas, sociais e de saúde pública. Logo, uma vez produzidas vacinas eficazes e seguras, a sua utilização compulsória é medida que se faz urgente e, perfeitamente legal, como demonstrado no artigo.

O controle da pandemia, inclusive por meio da vacinação compulsória – caso haja uma vacina eficaz -, é medida juridicamente viável e recomendável do ponto de vista da saúde pública. Economicamente, a pandemia está causando danos que levarão muito tempo para serem recuperados e que, sem um enfrentamento que possa dar segurança sanitária às populações, dificilmente será superado, pois a circulação do coronavírus tem custos sociais e humanos elevadíssimos. O negacionismo é, na prática, a construção de um universo paralelo que somente prejudica a sociedade, a economia e, sobretudo, a saúde das pessoas.

REFERÊNCIAS

ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre e DUPONT, Yves. *O Equívoco ecológico*. Tradução de Fátima Leal Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

ALVES, Maroni. O Dia em que a REDUC explodiu. *DiariodoRio.com*, 1 abr. 2019. Disponível em: <https://diariodorio.com/o-dia-em-que-a-reduc-explodiu/>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Algo além dos aviões de carreira. *((o))eco*, 1 out. 2008. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/colunas/paulo-bessa/19798-algo-alem-dos-avioes-de-carreira/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Cidade dos Meninos. *((o))eco*, 21 mar. 2005. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/colunas/paulo-bessa/16856-oeco-11797/>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Oliver Twist. *((o))eco*, 22 dez. 2005. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/colunas/16895-oeco-15133/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Para não dizer que não falei da COVID-19. *Gen Jurídico*, 08 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/08/covid-19-calamidade-publica/>. Acesso em: 04 set. 2020.

BARCELLOS, Christovam; ZALUAR, Alba. Homicídios e disputas territoriais nas favelas do Rio de Janeiro. *Rev Saúde Pública*, 2014, p.94-102. DOI:10.1590/S0034-8910.2014048004822.

BARRY, John M. *A Grande Gripe: A história de gripe espanhola, a pandemia mais mortal de todos os tempos*. Tradução de Alexandre Raposo, Carmelita Dias, Cássia Zanon, Lívia Almeida, Maria de Fátima Oliva do Coutto e Paula Diniz. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

BBC. Brasil registra [...]. *BBC*, set. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51713943>. Acesso em: 04 set. 2020.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – rumo à uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34., 2011.

BELL, Diana; ROBERTON, Scott; HUNTER, Paul R. Animal origins of SARS coronavirus: possible links with the international trade in small carnivores. *Phil. Trans. R. Soc. Lond.* DOI 10.1098/rstb.2004.1492.

BÍBLIA ONLINE. 1 Samuel 6. *Bíblia Online*. Disponível em: <https://www.biblionline.com.br/nvi/1sm/6>. Acesso em: 17 ago. 2020

BRASIL. Legislação COVID-19. *Presidência da República*, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Mortes devido à poluição aumentam 14% em dez anos no Brasil. *Ministério da Saúde*, 06 jun. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/mortes-devido-a-poluicao-aumentam-14-em-dez-anos-no-brasil>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Peste: o que é, causas, sintomas, tratamento, diagnóstico e prevenção. *Ministério da Saúde*. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/saude-de-a-z/peste>. Acesso em: 06 out. 2021.

CETESB. Vila Socó – Cubatão. *CETESB*. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/analise-risco-tecnologico/grandes-acidentes/vila-soco-cubatao/>. Acesso em: 24 jun. 2020.

DAVIES, Mike. *Planeta Favela*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

DUMONT, René. *Un monde intolérable: le libéralisme en question*. Paris: Éditions du Seuil, 1988.

EHRLICH, Paul R. *Human Natures – Genes, Cultures, and the Human Prospect*. Washington: Island Press, 2000.

ENGELS, Friederich. *A situação da classe trabalhadora em Inglaterra*. Tradução de Anália C. Torres). Porto: Afrontamento, 1975.

EPA. Clean Air Act Requirements and History. *United States Environmental Protection Agency*. Disponível em: <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview/clean-air-act-requirements-and-history>. Acesso em: 17 ago. 2020.

FIOCRUZ. A Revolta da Vacina. *Fiocruz*, 25 abr. 2005. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2>. Acesso em: 03 set. 2020.

FOOD SAFETY BRASIL. Os coronavírus e as origens ambiental e alimentar em perspectiva. *Food Safety Brasil*, 25 maio 2020. Disponível em: <https://foodsafetybrazil.org/os-coronavirus-origens-ambiental-e-alimentar/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

HANNIGAN, John. *Sociologia Ambiental – A Formação de uma Perspectiva Social*. Tradução de Clara Fonseca. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

LEGISLATION.GOV.UK. Clean Air Act 1956. *Legislation.gov.uk*, 5 jul. 1956. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/4-5/52/enacted>. Acesso em: 17 ago. 2020.

MIDDLETON, Nick. *The Global Casino – An introduction to environmental issues*. 5. ed. London/New York: Routledge, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. COVID-19: Recuperação será mais lenta após crise como nenhuma outra, prevê FMI. *Nações Unidas*, 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/covid-19-recuperacao-sera-mais-lenta-apos-crise-como-nenhuma-outra-preve-fmi/>. Acesso em: 04 set. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050. *ONU News*, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em: 14 ago. 2020.

ONTARIO TECH UNIVERSITY. City Population 2100. *Ontario Tech University*, 2020. Disponível em: <https://sites.ontariotechu.ca/sustainabilitytoday/urban-and-energy-systems/Worlds-largest-cities/population-projections/city-population-2100.php>. Acesso em: 15 ago. 2020.

OPAS. Folha informativa sobre COVID-19. *Organização Pan-Americana da Saúde*, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 04 set. 2020.

PRECAUTIONARY PRINCIPLE. Welcome to the Precautionary Principle website. *The Precautionary Principle*. Disponível em: <http://www.precautionaryprinciple.eu/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

REICHHOLF, Josef H. *Breve História da Natureza no último milênio*. Tradução de Ana Paula de Oliveira, Luiz Arturo Obojes e M. Estela Heider Cavalheiro. São Paulo: Senac, 2008.

RÉMOND-GOUILLOUD, Martine. *Du Droit de Détruire – Essai sur le droit de l'environment*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989, p.75-82.

REZENDE, JM. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina* [online]. As grandes epidemias da história. São Paulo: Editora Unifesp, 2009, p.73-82. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-08.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

UJAVARI, Stefan Cunha. *Pandemias – A humanidade em risco*. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

VOLLSET, Stein Emil *et al.* Fertility, mortality, migration, and population scenarios for 195 countries and territories from 2017 to 2100: a forecasting analysis for the Global Burden of Disease Study. *The Lancet*, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2930677-2>. Acesso em: 14 ago. 2020.

TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe-Terra – Uma história narrativa do mundo*. 2. ed. Tradução de Pereira e Alzira Soares da Rocha. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.

UMWELT BUNDESAMT. Immission control law. *Umwelt Bundesamt*, 03 dez. 2020. Disponível em: <https://www.umweltbundesamt.de/en/immission-control-law#undefined>. Acesso em: 06 out. 2021.

UNITED NATIONS. A UN framework for the immediate socio-economic response to COVID-19. *United Nations*, 2020, p.3. Disponível em: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-04/UN-framework-for-the-immediate-socio-economic-response-to-COVID-19.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

UNITED NATIONS. COVID-19: Socio-economic impact. *United Nations*, 2021. Disponível em: <https://www.undp.org/coronavirus/socio-economic-impact-covid-19>. Acesso em: 06 out. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. *The Challenge of Slums Global Report on Human Settlements*. London: Earthscan, 2003.

VANNUCHI, Camilo. A pandemia de Covid-19 segundo Bolsonaro: da “gripezinha” ao “e daí?”. *UOL*, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/camilo-vannuchi/2020/04/30/a-pandemia-de-covid-19-segundo-bolsonaro-da-gripezinha-ao-e-dai.htm>. Acesso em: 04 set. 2020

WORLD POPULATION REVIEW. World City Populations 2020. *World Population Review*, 2020. Disponível em: <https://worldpopulationreview.com/world-cities>. Acesso em: 15 ago. 2020.

WWW.THELANCET.COM. Humanitarian crises in a global pandemic. *www.thelancet.com*, v. 9, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2931749-9>. Acesso em: 15 ago. 2020.

IMPACTOS DO COVID 19 E DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA FLEXIBILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL¹

Annelise Monteiro Steigleder

Doutoranda em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Sumário: 1 Introdução; 2 A crise ambiental e o Covid-19; 3 Simplificação versus flexibilização: a aplicação da Lei da aplicação da Lei da Liberdade Econômica à matéria ambiental; 4 A liberação econômica de atividades de baixo risco; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.411-429, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

A superveniência da pandemia do novo coronavírus COVID 19 paralisou o Planeta, impondo o confinamento e o distanciamento social quase que simultâneo em todas as cidades e regiões, com fortes impactos na oferta e na demanda por bens e serviços, desorganizando as relações de trabalho, de comércio e de crédito. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou que o surto do coronavírus constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e, em 11 de março de 2020, a presença do vírus em mais de 114 países ensejou o reconhecimento oficial da pandemia. As atividades econômicas não essenciais foram paralisadas e os países mergulharam em uma aguda crise econômica de difícil recuperação no curto prazo. Conforme o Banco Mundial, a economia global sofreu um impacto devastador que levará à recessão mais profunda desde a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o cenário econômico é muito crítico, dada a profunda desigualdade socioeconômica que caracteriza a sociedade brasileira. Estima-se que o país atravessará a recessão mais profunda dos últimos 120 anos e a taxa de desemprego deve bater o recorde de 19% da população².

A urgência da recuperação econômica, por sua vez, intensifica o discurso que culminou na publicação da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e das discussões do Projeto da Lei Geral do Licenciamento, que defende a imperiosidade da desburocratização e da simplificação das exigências ambientais, sobretudo quando do licenciamento de atividades utilizadoras de recursos naturais ou potencialmente poluidoras.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta o seguinte problema: considerando-se o grau de proteção jurídica conferido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela Constituição Federal de 1988 e a necessidade de superação da crise econômica agravada pela pandemia, quais são as condições jurídicas e os limites para a simplificação de processos administrativos de liberação de atividades econômicas, sob o marco da Lei da Liberdade Econômica?

Para responder ao problema, apresenta-se o contexto do surgimento da pandemia do novo Coronavírus COVID 19 como relacionado à crise ambiental, que instaura o dilema entre o dever de proteção intransigente do equilíbrio ecológico e a necessidade de aceleração do ritmo da retomada do desenvolvimento econômico, que acaba por produzir riscos e impactos ambientais que podem ser intoleráveis. O dilema incide sobre os critérios jurídicos que diferenciam a simplificação do processo de licenciamento ambiental da flexibilização do regime de proteção jurídica conferido aos bens fundamentais. Conclui-se com a proposição de critérios que devam pautar a interpretação da Lei da Liberdade Econômica, de forma a compatibilizar as suas inovações com o sistema jurídico constitucional.

Justifica-se a relevância da presente investigação pela ainda escassa bibliografia a respeito da Lei da Liberdade Econômica, especialmente no sentido de apurar os seus impactos na proteção jurídica conferida aos bens ambientais e de harmonizá-la com a princiologia constitucional.

Quanto à metodologia, a pesquisa é qualitativa, bibliográfica-documental e adota a abordagem de base lógico-indutiva³.

2 Instituto de Pesquisas Aplicadas (IPEA). Disponível em: <https://folha.uol.com.br>, edição de 11 jul. de 2020. Acesso em: 06 set. 2020.

3 A abordagem de base lógico-indutiva consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11. ed., Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2011, p. 86).

2 A CRISE AMBIENTAL E O COVID-19

Ainda não há certeza científica sobre a origem do COVID-19, que teria aparecido na cidade chinesa de Wuhan em dezembro de 2019, provavelmente como o resultado de alguma mutação de um vírus presente em animais silvestres (morcegos e pangolins) que eram comercializados no mercado de Huanan⁴, mas o fato é que o contágio em progressão geométrica e a escalada do número de mortes decorrentes da pandemia paralisaram a economia mundial, determinando o fechamento de todas as atividades consideradas não essenciais ao longo de diversos meses, de forma não concomitante, em quase todas as cidades do planeta. Enquanto este artigo era escrito, ainda se vivenciava um período de redução de atividades econômicas, determinada pela exigência do distanciamento social, que deve perdurar até meados de 2021 diante da falta de uma vacina, único antídoto para o contágio.

A pandemia expôs a gravidade da crise ambiental compreendida como uma crise “civilizacional, espiritual e uma crise de visão do mundo”⁵, que exalta a insustentabilidade da apropriação quantitativa e qualitativa do ambiente, uma vez, que, além de provocar a extinção de espécies e o exaurimento dos componentes naturais do ambiente, conduz para o empobrecimento progressivo do ser humano. A presença de animais silvestres no mercado chinês é sintomática da crise e denuncia a destruição de habitats e da biodiversidade, que vem acompanhada da crise climática e de processos insustentáveis de urbanização, potencializando o consumo de energia e de recursos naturais, ao mesmo tempo em que elimina dejetos, efluentes e emissões atmosféricas.

Novas pandemias podem surgir, pois o COVID 19 não é o primeiro vírus transmitido para o ser humano por animais silvestres. Ujvari esclarece que a SARS (Síndrome Respiratória Aguda Severa), que se tornou uma pandemia no ano de 2003, infectando 8 mil pessoas e causando mais de 900 mortes, distribuídas em 30 países, teve origem no civeta (*Civettictis civetta*), um mamífero selvagem que vive nas montanhas asiáticas, e é caçado pelo ser humano para abastecer restaurantes de comidas exóticas localizados nas cidades chinesas⁶ e para a produção de café.⁷ Em seu estudo, Ujvari, em 2011, alertou que “a possibilidade de uma nova pandemia por algum vírus semelhante ao de 2003 é considerável e virá, provavelmente, dos morcegos”⁸, o que acabou se concretizando no final de 2019 com o coronavírus COVID 19.

Ujvari alerta que a introdução de espécies de fauna exótica, que depois se tornam invasoras, é um fator que aumenta o risco de propagação de vírus, como se deu no caso do mosquito *Aedes aegypti*, responsável pelas epidemias de dengue, que chegou ao Brasil, provavelmente, em embarcações africanas durante os séculos de tráfico negreiro, na forma de ovos e larvas. No presente, o contágio é exponencialmente intensificado pelo fluxo de pessoas ao redor do planeta, o que explica o fato de o COVID 19, em seis meses ter atingido áreas remotas da Amazônia, onde vivem tribos indígenas, provavelmente contaminadas pelo

4 Conforme consta de artigo publicado por Arthur Gruber, professor do Departamento de Parasitologia do Instituto de Ciências Biomédicas da USP, há probabilidade de que o vírus transmitido a humanos tenha sido um produto químico oriundo da recombinação entre um vírus próximo ao RaTG12 de morcego e um segundo vírus próximo do vírus de pangolim. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em: 04 de set. 2020.

5 UNGER, Nancy Mangabeira. *Fundamentos filosóficos do pensamento ecológico*. São Paulo: Loyola, 1992, p.20.

6 UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011, p.10.

7 Disponível em: <https://www.worldanimalprotection.org.br/not%C3%ADcia/conheca-o-mamifero-asiatico-explorado-para-produzir-cafe-mais-caro-do-mundo>. Acesso em: 08 set. 2020.

8 UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011, p.21.

contato com garimpeiros e desmatadores.⁹

O paradoxo é que a restauração dos ambientes naturais, necessários para a conservação da biodiversidade e para a prevenção contra novas pandemias, depende de uma maior intervenção estatal nas atividades econômicas, tanto em caráter *ex ante*, quando do licenciamento ambiental e urbanístico, como *ex post*, mediante a intensificação da fiscalização das atividades com potencial lesivo. No entanto, esta não parece ser a racionalidade adotada pela Lei da Liberdade Econômica, que apregoa a intervenção estatal mínima, com a adoção do princípio “da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, inciso III).

Dentre as novidades legislativas, consta a dispensa do controle estatal para as atividades econômicas consideradas de “baixo risco” (art. 3º, inciso I), muito embora a lei prescreva que o direito de desenvolver atividade econômica em qualquer horário e dia da semana, inclusive feriados, deva observar “as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público” (alínea “a”); e explicita a não incidência do silêncio positivo para os casos em que houver expressa vedação legal¹⁰, como se dá no licenciamento ambiental por força do art. 14, §3º, da Lei Complementar 140/2011¹¹.

Nesse mesmo percurso reducionista da intervenção estatal, cumpre assinalar o Projeto de Lei 3729/2004 (Lei Geral do Licenciamento Ambiental)¹², que pretende modificar o principal instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV, da Lei 6938/81, e Lei Complementar 140/2011). A função do licenciamento ambiental é procedimentalizar a avaliação dos impactos ambientais e determinar medidas de prevenção, mitigação e de compensação ambiental, que representam condicionantes à tolerabilidade dos impactos negativos licenciados. Se o projeto de lei for aprovado tal como consta de sua terceira versão, implicará, consoante análise da ONG Amigos da Terra, a exclusão da avaliação de impactos indiretos; a normatização do licenciamento por adesão e compromisso como regra para todos os empreendimentos que não causem significativo impacto ambiental, a autorização para que estados e municípios possam dispensar o licenciamento ambiental para determinadas atividades por meio de decisões discricionárias, a dispensa de licenciamento para atividades agropecuárias localizadas em propriedades inscritas no Cadastro Ambiental Rural - CAR, dentre outras críticas que se somam às preocupações da Associação Brasileira de Avaliação de Impacto¹³.

É preciso esclarecer que a crítica tecida neste estudo não se direciona à simplificação do licenciamento ambiental. Reconhece-se a relevância de que os ritos sejam mais céleres e eficientes, da adoção de tecnologia que permita a digitalização dos procedimentos e o acesso da população aos pareceres e estudos que subsidiam a tomada de decisões, de que haja espaço para o consenso entre os empreendedores e o Poder Público, e que é inadmissível

9 Informações disponíveis em: <https://amazonia.org.br/2020/08/dupla-ameaca-covid-19-e-grileiros-avancam-sobre-territorio-dos-xikrin/>. Acesso em: 08 set.2020.

10 Art. 3º, inciso IX – São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do país (...) IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

11 Art. 14, § 3º - O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.

12 Disponível em: <https://amigosdaterra.org.br/organizacoes-repudiam-nova-versao-do-projeto-de-lei-geral-de-licenciamento/>. Acesso em: 05 set. 2020.

13 FONSECA, Alberto. *Nota Técnica - Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental*: análise crítica e propositiva do projeto de lei à luz das boas práticas internacionais e da literatura científica. Ago. 2019. Disponível em: <http://avaliacaodeimpacto.org.br>. Acesso em: 05 set. 2020.

que um processo de licenciamento demore meses para ser analisado e acarrete a exigência de documentos irrelevantes para a avaliação da viabilidade técnica e locacional do empreendimento.

A pandemia, como qualquer crise, pode representar uma oportunidade para a revisão de antigas práticas e de conceitos obsoletos e pode ser um incentivo para a adoção imediata de novos recursos tecnológicos, que vinham sendo adiados pelos órgãos ambientais, mas que agora sem impõem, sob pena de sua não adoção implicar a paralisação total da máquina administrativa e dos serviços prestados aos cidadãos. Há vários exemplos positivos em curso, no sentido de redução dos prazos para que os órgãos ambientais analisem a viabilidade ambiental de projetos considerados prioritários para o enfrentamento da pandemia¹⁴, de digitalização de procedimentos administrativos que permitam as análises dos pedidos de licenciamento, a realização de reuniões virtuais, a emissão de licenças e a assinatura de termos de compromisso¹⁵.

A preocupação é que, no intuito de reduzir exigências de comando e controle a pretexto de simplificar o licenciamento e atrair investimentos econômicos, sob a pressão de superar os traumas do COVID 19, se acabe reduzindo o nível de proteção assegurado constitucionalmente ao meio ambiente. Dito de outra forma, teme-se que a simplificação seja um cavalo de Troia para a flexibilização que, na presente reflexão, tem o sentido de redução da proteção jurídica constitucionalmente conferida a determinados bens jurídicos (vida, saúde, meio ambiente). Por isso, é preciso clarear o que está sendo simplificado, qual o resultado concreto das medidas agilizadoras sobre o meio ambiente e demais bens jurídicos afetados em sua materialidade, quais os critérios técnicos que justificam o enquadramento de determinadas atividades como de “baixo risco”, e quais os aspectos procedimentais que podem ser dispensados, sem o comprometimento da qualidade da decisão final pelo deferimento ou pelo indeferimento da licença.

3 SIMPLIFICAÇÃO VERSUS FLEXIBILIZAÇÃO: A APLICAÇÃO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA À MATÉRIA AMBIENTAL

D'Oliveira reconhece que o termo simplificação pode ter uma conotação negativa e trata de esclarecer que não deve ser compreendida como uma forma de redução da proteção jurídica outorgada pela Constituição Federal aos bens fundamentais¹⁶. Afirma que a simplificação implica racionalização, celeridade, redução de custos e melhora na relação entre a Administração Pública e os particulares. Encontra fundamento nos princípios da eficiência, da proporcionalidade, da celeridade, da subsidiariedade e do tratamento diferenciado das atividades econômicas conforme o impacto envolvido, nos termos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal de 1988.

Com amparo na doutrina de Cass Sustein¹⁷, D'Oliveira propõe que a simplificação da legislação ambiental seja promovida através da ampliação do poder discricionário estatal, da revisão das normas, consoante análise de custo/benefício das medidas normativas e regulatórias; na utilização de linguagem mais acessível ao público; da utilização de incentivos

14 Uma resolução do Distrito Federal estipula prazo de dois dias de análise sobre a viabilidade de projetos considerados prioritários para a prevenção e enfrentamento do COVID 19. Disponível em: <http://ibram.df.gov.br/pandemia-licenca-ambiental-para-obras-especificas-ganha-novas-regras/>. Acesso em: 08 set. 2020.

15 O Estado de Minas Gerais adotou uma série de medidas na digitalização de seus procedimentos na área ambiental para viabilizar análises e reuniões pelo sistema de teletrabalho. Disponível em: <http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticia/tecnologia-facilita-licenciamento-ambiental-durante-pandemia>. Acesso em: 08 set. 2020.

16 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013.

17 SUNSTEIN, Cass R. *Simpler. The future of government*. New York: Simon & Schuster eBook, 2013.

econômicos, do emprego da arquitetura de escolhas e de *nudges*; da adoção de formas não adversariais de solução de conflitos e de intervenção preventiva nas atividades econômicas que forem de médio e alto risco¹⁸.

Não discordamos de D'Oliveira, no que diz respeito à importância da simplificação dos ritos procedimentais para que o cidadão possa ter as suas solicitações apreciadas em um tempo razoável, pois a excessiva demora, além de representar um desestímulo às atividades econômicas, no Brasil, empurra muitos empreendimentos para a ilegalidade, na expectativa de, depois, promoverem a regularização administrativa. Então, nos parece procedente a agilização das estruturas administrativas, com a eliminação de procedimentos redundantes e desnecessários à formação dos motivos determinantes dos atos administrativos liberatórios de atividades potencialmente poluidoras ou suscetíveis de causar impactos ambientais.

No entanto, a identificação do que deve e pode ser simplificado precisa passar por um escrutínio que considere a competência dos entes federativos para legislar sobre direito ambiental e os impactos concretos sobre o nível de proteção da qualidade ambiental. O enquadramento de uma atividade econômica como de “baixo risco”, sem a prévia elaboração de uma matriz de riscos construída com amparo em dados técnico-científicos idôneos e a dispensa irrefletida de estudos técnicos que ampliem o olhar sobre os impactos negativos dos empreendimentos, por exemplo, pode ensejar a vulnerabilização do bem ambiental, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988.

Sarlet, ao tratar da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, ensina que “o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental”¹⁹. Há um dever de progressividade na proteção jurídica dos direitos fundamentais, que não admite retrocessos e a adoção de patamares de proteção insuficientes, sob o reconhecimento da necessidade de abordagens preventivas e precaucionais, que impeçam a ocorrência de danos a bens jurídicos que não são substituíveis.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade de uma lei estadual que reduzia a proteção jurídica de áreas de preservação permanente, afirmou que “a definição do âmbito normativo de um direito fundamental e, por via de consequência, sua redução, deve guardar correlação com a finalidade de interesse público que se espera efetivar, porquanto os atos legislativos, assim como os demais atos estatais, estão sujeitos a uma espécie de reserva de proporcionalidade”²⁰. Além disso, submetem-se à incidência dos princípios da vedação do retrocesso, da vedação da proteção insuficiente, da precaução e da prevenção, que, em conjunto, determinam o dever de progressividade²¹.

Portanto, toda e qualquer iniciativa no sentido de regulamentação ou desregulamentação das matérias ambientais é vinculada à consideração do sentido e da finalidade do art. 225 da Constituição Federal de 1988. Não pode flexibilizar a proteção substantiva do meio ambiente, que não se encontra na esfera de disponibilidade dos poderes públicos²².

18 *Nudge* é qualquer aspecto da arquitetura de escolha, baseado em técnicas de psicologia comportamental, que altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível sem proibir nenhuma opção. (D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013, p. 23).

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.322.

20 Supremo Tribunal Federal, ADI 4988, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 19 set. 2018.

21 BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p.62-63.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.323.

Por sua vez, essa proteção substantiva acarreta deveres estatais voltados à obtenção de um resultado concreto, que se identifica com a inexistência de dano e com um determinado estado de qualidade ambiental dos diversos componentes que integram o meio ambiente e que propiciam saúde, qualidade de vida e bem estar, bens jurídicos estes que compõem o núcleo jurídico de proteção do meio ambiente como um direito fundamental.

Para propiciar esse resultado concreto, exige-se a observância de um procedimento adequado, que também se coloca como dever estatal. Ou seja, o direito fundamental ao ambiente equilibrado ostenta uma face procedimental²³, que exige participação democrática e uma série de instrumentos de avaliação de impactos para subsidiar os processos decisórios, como o Estudo de Impacto de Vizinhança, o Estudo de Tráfego e Circulação, o Estudo de Impacto Ambiental, a Avaliação Ambiental Estratégica, os laudos de cobertura vegetal, etc., necessários à avaliação de riscos e de impactos, de tal forma a que o Poder Público, quando licenciar uma determinada atividade, possa formar a convicção de que os riscos envolvidos são toleráveis, ou que, pelo menos, sob o ponto de vista jurídico, não ultrapassam os limites estabelecidos nos parâmetros normativos previstos para aquela específica atividade (níveis de emissão de ruídos, de poluentes atmosféricos, limites relacionados à supressão de vegetação, etc.). É nesse contexto que serão exigidas as obrigações ambientais voltadas à prevenção, à mitigação e à compensação de impactos negativos, que se afiguram como deveres jurídicos e condicionantes para a licitude da atividade e que promovem a internalização das externalidades ambientais negativas por aqueles que se beneficiam da atividade econômica, em atenção aos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador.

Os deveres fundamentais estão relacionados aos direitos fundamentais como duas faces de uma mesma moeda²⁴, e justificam a imposição de obrigações de fazer, não fazer e de suportar que façam aos interessados em exercer atividades que possam colocar em risco o meio ambiente. As obrigações de não-fazer, normalmente impostas por normas proibitivas, tendem a corresponder à abstenção de provocar danos no bem de uso comum do povo; as obrigações de suportar ou tolerar relacionam-se a restrições a direitos de propriedade e ao exercício de liberdades por parte de terceiros; e as obrigações de fazer traduzem-se na imposição de comportamentos positivos e são colocadas como condicionantes às atividades econômicas, que oneram o particular e cujo descumprimento pode acarretar sanções²⁵.

Gomes colaciona como exemplo de obrigações de fazer, a exigência por parte da Administração Pública do emprego das “melhores técnicas disponíveis” no contexto de atividades que podem implicar riscos de impactos elevados para o ambiente, advertindo que se sujeitam aos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Desta formulação, decorre a impossibilidade de discriminação de empreendedores que ostentem situação semelhante e a proibição de que as obrigações sejam excessivamente onerosas ou que sejam imotivadas²⁶.

23 As facetas do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado são desenvolvidas por GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.53. O autor sustenta, com amparo na teoria de Robert Alexy, que o direito fundamental ao ambiente contempla o direito à proteção estatal, o direito à organização e ao procedimento e o direito a prestações em sentido estrito. Nesse sentido ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 3. reimpr., 2014.

24 NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. Teoria, modalidades e aspectos controvertidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.330. Na presente pesquisa, optou-se em utilizar a noção de dever de proteção em sentido amplo, com amparo em Niebuhr e na literalidade do caput do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público e à coletividade “o dever” de proteger o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

25 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.190-191.

26 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.198-199.

O dever de proteção ambiental é atravessado pelos princípios da precaução e da prevenção, a partir dos quais é imposta ao Estado a tarefa de garantir a intangibilidade de direitos e valores fundamentais perante os riscos e os impactos não mitigáveis, porém considerados toleráveis após um juízo de proporcionalidade em um processo fundamentado no qual ocorrerá a ponderação de todos os direitos e aspectos técnicos envolvidos²⁷. Gomes esclarece que “o princípio da precaução resulta de uma preocupação política, a saber, aumentar ao máximo o limite de ingerência consentida à Administração nos casos de atividade potencialmente lesiva ao ambiente e à saúde pública”²⁸. Este aumento de cautela é proporcional à fragilidade dos bens ambientais expostos aos riscos e atrai a incidência do princípio do *in dubio pro natura*.²⁹

Os deveres de preventividade objetiva e de não lesividade são também explorados por Marinoni³⁰, para quem as normas que encerram direitos fundamentais implicam uma valoração de ordem objetiva, da qual decorrem deveres de proteção que impõem ao Estado a obrigação de especificar proibições ou imposições de condutas, em uma perspectiva material. As determinações estatais devem ser proporcionais e adequadas para enfrentar as potencialidades de dano, sob pena de o licenciamento ambiental ser questionado judicialmente.

Por estes motivos, os esforços no sentido da simplificação dos procedimentos administrativos de controle estatal devem ser precedidos de avaliação de impacto regulatório, em que o custo-benefício da regulamentação/desregulamentação seja expressamente considerado e explicitado no que concerne aos efeitos materiais sobre a qualidade ambiental e da saúde humana, inclusive para possibilitar o controle social.

Nessa perspectiva, D'Oliveira adverte que a simplificação da legislação ambiental deve ser precedida de estudos específicos como a análise retrospectiva periódica, que busca monitorar as políticas públicas, reavaliando sua efetividade e adequação à realidade fática, e a avaliação de impacto regulatório, instrumentos estes que imprimem racionalidade e evidências empíricas para subsidiar as revisões da legislação ambiental e também para a experimentação dos efeitos das normas³¹.

Vale ressaltar que, no âmbito dos países que integram a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, registram-se esforços no campo da legística³² de se construir sistemas de avaliação prévia de impacto das leis e das normas jurídicas, que considerem a imposição de restrições a direitos ou de obrigações, como parte da definição de objetivos e de instrumentos de atuação pública proposta no projeto de lei.

Dentre as restrições a direitos inserem-se os padrões ambientais e sanitários que regulam as atividades econômicas em virtude de seus potenciais impactos negativos na saúde humana na qualidade do ar, das águas, do solo, etc. Portanto, sob o enfoque da

27 Nesse sentido também é o entendimento de AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo legal e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 220.

28 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, p. 253.

29 Sobre o princípio *in dubio pro natura*, ver: Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1818008/RO, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 13 out. 2020.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p.179.

31 D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013, p.25.

32 A legística é um ramo da ciência da legislação que trata da qualidade da norma jurídica, considerando que, ao intervir, por meio da regulação, no comportamento dos agentes, o Estado pode promover aumento da eficiência, da segurança, do crescimento econômico e dos ganhos de bem estar social. Porém, se a regulação é produzida arbitrariamente, produz efeitos prejudiciais à sociedade. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE produziu uma Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória (OCDE – Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation) que contém um roteiro com os atributos de uma boa regulação. Ver a respeito: BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Ministério da Justiça. Direção Geral da Política de Justiça. Coimbra: Almedina, 2010; BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, fev. 2018.

OCDE, deveriam ser objeto de impacto regulatório as normas que estabelecem padrões de emissões de poluentes e de qualidade ambiental e as exigências de avaliações de impacto, pois são normas que implicam custos regulatórios para os agentes privados, restringindo direitos e afetando a margem de lucratividade do empreendimento, mas que são plenamente justificadas como forma de proteção do meio ambiente, como macrobem ambiental, corrigindo falhas de mercado.

No Brasil, o art. 5º. da Lei da Liberdade Econômica prevê que:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

A análise de impacto regulatório a que se refere tal dispositivo é objeto do Decreto Federal 10.411, de 30 de junho de 2020, que define o seu conceito³³ e prevê as suas hipóteses de incidência³⁴ e as metodologias para sua realização (art. 7º). No entanto, o referido decreto contempla a possibilidade de dispensar a avaliação de impacto regulatório em casos de urgência (art. 4º, inciso I) e quando o ato normativo reduzir exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios³⁵ (art. 4º, inciso VII), hipóteses estas que poderiam ser invocadas quando da expedição de algum ato normativo justificado com amparo na pandemia do COVID 19, e é aí que reside o risco de redução do nível de proteção substantiva outorgada ao bem jurídico ambiental.

Muito provavelmente, as circunstâncias da pandemia, por se revestirem de um caráter de excepcionalidade, irresistibilidade e de imprevisibilidade em escala globalizada, tendem a criar um estado de exceção e de emergência, que justificaria afastar a exigência da avaliação de impacto regulatório. A pandemia tem sido invocada, a depender das peculiaridades do caso concreto, como uma situação de força maior na responsabilidade contratual e extracontratual, pelos obstáculos criados ao cumprimento das obrigações³⁶. Embora, no direito ambiental dada a incidência da teoria do risco integral³⁷, não gere o efeito de excluir a responsabilidade civil pela reparação dos danos, a pandemia serve de justificativa para prorrogar o prazo

33 Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;

34 Art. 3º A edição, a alteração ou a revogação de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será precedida de AIR.

35 Conforme o art. 2º, inciso IV, do Decreto, entende-se por custos regulatórios “a estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados”;

36 A respeito, ver KROETZ, Maria Candida do Amaral. *COVID19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade extracontratual*. CONJUR, 29 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 07 set. 2020.

37 Superior Tribunal de Justiça, *Jurisprudência em Teses*, Brasília, 18 de março de 2015, nº 30, Enunciado 10: “10) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC).” Em idêntico sentido é o Enunciado 01, da Edição 119 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, datada de 08 fev. 2019.

do cumprimento de obrigações e para a suspensão de algumas exigências, no contexto do licenciamento, reputadas não essenciais³⁸. Mitigou o rigor das contratações públicas³⁹ e determinou a adoção de audiências públicas virtuais para discussão de licenciamentos ambientais e revisão de Planos Diretores, o que foi considerado legítimo pelo Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, ao revisar uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁰ que havia considerado lesiva ao princípio democrático a realização de audiência pública virtual para discussão do EIA/RIMA de um Autódromo⁴¹. Vale mencionar que, um dia antes da decisão do Ministro Toffoli, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA publicou a Resolução 494/2020, datada de 11 de agosto, por meio da qual permitiu, durante o período da pandemia e em caráter excepcional e temporário, a realização de audiências públicas virtuais⁴².

Portanto, decisões pela simplificação da legislação ambiental, a pretexto de que “a economia não pode parar”, poderão vir a ser tomadas sem base empírica que avalie previamente os riscos envolvidos. Um exemplo é a substituição de licenças para determinadas atividades e obras por declarações dos responsáveis técnicos, em um regime de expedição automática e sujeito à fiscalização *a posteriori*. Trata-se de prática que vem sendo adotada em outros países, consoante se depreende do exemplo de Madri, que passou a exigir declarações responsáveis na área urbanística, em substituição às vistorias por agentes públicos⁴³.

Estas medidas, embora, aparentemente, possam ser justificadas pela impossibilidade de realização de vistorias presenciais, podem ensejar o que Sartori denomina de “perigo oposto”, enunciado da seguinte forma: “toda conduta, se ultrapassa um certo limite (o que tende a provocar o rompimento do seu equilíbrio) se inverte, transforma-se no seu ‘oposto’, isto é, provoca efeitos contrários aos que se produzia anteriormente”⁴⁴.

Nas áreas ambiental e urbanística, a ausência de controle estatal prévio de atividades suscetíveis de causarem riscos pode acarretar, caso ocorram danos ao meio ambiente e a terceiros, a responsabilidade civil por omissão do Poder Público, elevando os custos sociais envolvidos em uma opção regulatória aparentemente simplificadora, na medida em que cria responsabilidades para o empreendedor e seu responsável técnico. A omissão restará caracterizada porque o

38 Uma decisão da diretoria da CESTESB determinou a suspensão dos prazos de cumprimento de condicionantes e atendimento a notificações. Dentre as condicionantes suspensas estão as medidas definidas pelos planos de intervenção para áreas contaminadas que se revelarem inviáveis pelo comprometimento da mobilidade de mão-de-obra especializada. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/blog/2020/03/31/cetesb-suspende-prazos-administrativos-em-funcao-da-pandemia-da-covid-19/>. Acesso em: 08 set. 2020.

39 A Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, relativa às medidas de enfrentamento da pandemia do coronavírus no âmbito das licitações públicas, cria a hipótese de dispensa temporária de realização de licitações, de dispensa de estudos preliminares, quando se tratar de contratação de bens e serviços comuns, de simplificação do projeto básico e traz a figura do pregão simplificado. O objetivo é conferir maior celeridade para os procedimentos de contratação de bens, serviços e insumos destinados direta ou indiretamente ao enfrentamento da pandemia.

40 O Poder Judiciário do Rio de Janeiro, apreciando pedido de liminar em ação civil pública, suspendeu a realização da audiência pública para apresentação de EIA/RIMA do novo autódromo do Rio de Janeiro por meio exclusivamente eletrônico, pois entendeu que o expediente prejudicaria a participação democrática (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo n.0097479-87.2020.8.19.0001, 14ª Vara da Fazenda Pública, Juíza Neusa Alvarenga Leite, julg. 20 maio 2020).

41 Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Provisória, 469, Min. Dias Toffoli, decisão de 12 ago. 2020.

42 Art. 3º O órgão ambiental competente definirá os procedimentos técnicos relativos à realização de Audiência Pública Virtual, de modo a garantir a efetiva participação dos interessados, conforme previsto na legislação, devendo ser observados os seguintes passos:

I - ampla divulgação e disponibilização do conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA;

II - viabilização, observada a segurança sanitária dos participantes, de ao menos um ponto de acesso virtual aos diretamente impactados pelo empreendimento e, caso se faça necessário, de outros pontos, conforme a análise do caso pela autoridade licenciadora;

III - discussão do RIMA;

IV - esclarecimento das dúvidas; e

V - recebimento dos participantes das críticas e sugestões.

43 Notícia publicada no periódico Voz Pópuli, edição de 19 jun. 2020. Disponível em: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/arquitectos-plan-madrid-licencias-urbanisticas_0_1316868706.html. Acesso em: 07 set. 2020.

44 SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 134.

Estado absteve-se de exercer o controle preventivo que poderia ter evitado o dano, quando do exercício da atividade potencialmente lesiva pelo particular. Por conseguinte, haverá causalidade normativa, pela violação de deveres jurídicos, entre a inércia estatal e o dano.

Neste incremento dos custos a serem suportados pela coletividade reside o perigo oposto. O projeto de lei que altera o licenciamento ambiental e as diversas leis estaduais que estão promovendo a simplificação de trâmites procedimentais, com a adoção da “declaração responsável” ou da “licença por adesão e compromisso – LAC”⁴⁵ não foram precedidas de avaliação de impacto regulatório e de estudos empíricos baseados em monitoramento de atividades potencialmente poluidoras. Por isso, não há evidências no sentido da ausência de riscos para os bens jurídicos pela adoção de um procedimento autodeclaratório. Diante disso, a confiança na boa fé do empreendedor, que consta como um dos princípios da Lei de Liberdade Econômica (art. 2º, II), deve ser cautelosa, pois, na eventualidade da ocorrência de danos ambientais, a responsabilidade civil será imputada solidariamente ao Estado-licenciador.

4 A LIBERAÇÃO ECONÔMICA DE ATIVIDADES DE BAIXO RISCO

A dispensa de licenciamento para atividades de baixo risco alinha-se com a noção de que o Estado deve atuar subsidiariamente em relação ao empreendedor⁴⁶, corrigindo falhas de mercado.

O art. 3º, inciso I, da Lei de Liberdade Econômica, foi regulamentado pelo Decreto Federal 10.178/2019, cujo art. 3º estipula que o órgão ou a entidade responsável pela decisão administrativa acerca do ato público de liberação classificará o risco da atividade em nível de risco I, para os casos de risco leve, irrelevante ou inexistente; nível de risco II, para os casos de risco moderado; ou nível de risco III, para os casos de risco alto.

Para a correta interpretação desta legislação, alguns esclarecimentos são necessários. O enquadramento da atividade como de “baixo risco” deve ser compatibilizado com a Lei Complementar 140/2011, que trata da competência da União, dos Estados e dos Municípios para o licenciamento ambiental. A definição das atividades de impacto ambiental de âmbito local que serão licenciadas pelos Municípios compete ao Conselho Estadual do Meio Ambiente (art. 9º, inciso XIV, “a”, LC 140/2011), considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade. Daí que os Municípios somente poderão definir atividade de baixo risco no que se refere ao rol de atividades que já foi definido como de impacto local pelo Conselho Estadual. É preciso cautela para que não se confundam “baixo risco” com “baixo impacto”, de tal sorte a se abrir uma brecha na legislação municipal que signifique permitir que os Municípios classifiquem as atividades como baixo risco.

Além disso, a resolução do Conselho não pode discrepar das normas federais gerais porventura existentes, atentando para o disposto no art. 24, §§1º e 2º, da Constituição Federal, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional uma resolução do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Ceará, que criou hipóteses de dispensa de licenciamento ambiental para a realização de atividades impactantes e degradadoras do meio ambiente⁴⁷.

45 É o caso dos Estados da Bahia (Lei Estadual 12.377/2011), Rio Grande do Sul (Lei Estadual 15.434/2020), Goiás (Lei Estadual 20.694/2019) e Ceará (Lei Estadual 14.882/2011).

46 TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 45.

47 Supremo Tribunal Federal, ADI n.6288-Ceará, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24 set. 2010.

A fim de se evitar critérios incoerentes e conflitivos, compreende-se que os Municípios tampouco poderiam enunciar o que se entende por atividade de risco II, que permitem o licenciamento simplificado nos termos do art. 9º do Decreto Federal 10.178/2019. É que, conforme o art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, os Municípios somente têm competência para legislar sobre assunto de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual existentes. O enquadramento do nível de risco das atividades não é uma matéria de interesse local e, por isso, depende de regulação prévia por parte do Estado.

Quanto aos critérios para o enquadramento do nível de risco das atividades, o art. 4º do Decreto Federal 10.178/2019 afirma que:

Art. 4º O órgão ou a entidade, para aferir o nível de risco da atividade econômica, considerará, no mínimo:

I - a probabilidade de ocorrência de eventos danosos; e

II - a extensão, a gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso.

Parágrafo único. A classificação do risco será aferida preferencialmente por meio de análise quantitativa e estatística.

Observe-se que os critérios de “probabilidade de ocorrência de eventos danosos” e “extensão, gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso” nada mais são do que uma outra forma de expressar o conceito de risco de impacto negativo, que é tratado pela Lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e pela Lei Complementar 140/2011. A Lei 6938/81 condiciona a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ao prévio licenciamento ambiental (art.10). Idêntica redação tem o art. 2º, inciso I, da Lei Complementar 140/2011.

Ora, os termos “potencialmente poluidores” ou “capazes, sob qualquer forma de causar degradação” sinalizam o risco de impacto negativo que tende a ser qualificado juridicamente como um dano, caso não seja mitigado e compensado no contexto da responsabilidade *ex ante*. Os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, presentes no art. 9º, XIV, alínea “a”, da Lei Complementar, também sinalizam o grau de risco a ser enfrentado através do licenciamento.

Outro aspecto muito relevante atinente ao art. 4º do Decreto 10.178/2019 refere-se à natureza jurídica da decisão que classifica o risco de uma determinada atividade. Seria tal decisão discricionária?

Cumpra esclarecer que o ato administrativo pode ser vinculado ou discricionário⁴⁸. É vinculado quando a lei define previamente os contornos do agir administrativo em todos os seus aspectos, restringindo a liberdade decisória do gestor público. Por sua vez, o ato discricionário é produzido quando a lei confere à administração certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, na consecução do interesse público⁴⁹. No modelo neoconstitucionalista de controle de juridicidade, os atos discricionários devem harmonizar-se com o conjunto de regras e princípios constitucionais, embora estes não esclareçam *ex ante* que tipo de conduta é especificamente exigível do gestor

48 Para Freitas, a distinção entre atos vinculados e atos discricionários é de intensidade da subordinação à legalidade estrita (FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.32).

49 CRETILLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 150.

público. Trata-se, portanto, de uma possibilidade regulatória que demanda maior atenção em termos de controle social, pois inexistente uma moldura previamente tipificada na lei.

Uma certa dose de discricionariedade na legislação é inevitável diante da complexidade envolvida na tarefa de dar efetividade à lei, em regra dotada de abstração e dependente de interpretações e escolhas. No direito ambiental, em virtude das especificidades e dos conhecimentos técnicos que envolvem os bens jurídicos protegidos pela legislação, a discricionariedade é mais frequente, e se manifesta por meio da alusão a princípios jurídicos, os quais são dotados de ampliada margem interpretativa por implicarem juízos ponderativos⁵⁰. Também as normas técnicas e os conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, “compatibilização com o entorno”, “proteção da paisagem”, “atividade de baixo risco” ou de “significativo impacto ambiental”, suscitam dúvidas a respeito da liberdade do intérprete para preencher o seu conteúdo à luz do caso concreto.

Consideramos que as normas jurídicas que remetem para conceitos indeterminados que dependem de conhecimento técnico-científico, como é o caso dos conceitos científicos presentes na legislação ambiental e dos padrões urbanísticos e ambientais, não envolvem interpretação baseada em juízo de valor pessoal, oportunidade e conveniência. Envolvem, ao contrário, a necessidade de o intérprete valer-se de conhecimento abalizado e tecnicamente fundamentado, que extraia a interpretação que melhor atende ao interesse público primário, compreendido como interesse da coletividade, e que realize os valores presentes nos princípios constitucionais relacionados ao bem jurídico objeto da decisão⁵¹.

Nesta perspectiva, entendemos que a classificação do risco das atividades, no âmbito da Lei da Liberdade Econômica e de seu decreto regulamentador, não é discricionária. Veja-se que o art. 4º, parágrafo único, do Decreto 10.178/2019, afirma que “a classificação do risco será aferida preferencialmente por meio de análise quantitativa e estatística”. A menção a “preferencialmente” não significa juízo de oportunidade e conveniência, mas a relevância de que a classificação das atividades de risco se dê com amparo em evidências técnico-científicas, afastando-se qualquer juízo pessoal do administrador público.

Embora o Decreto 10.178/2010 não explicita em maiores detalhes como deverá ser efetuada a classificação de risco, há dispositivos nesta norma que apontam para o elevado ônus argumentativo do gestor público no exercício da tarefa classificatória. O art. 5º deste diploma legal obriga que todas as hipóteses de atos públicos de liberação de atividades econômicas estejam classificadas em, no mínimo, um dos níveis de risco, e que pelo menos uma hipótese esteja classificada no nível de risco I (caso em que há dispensa de atos liberatórios). No entanto, o parágrafo único do art. 5º prevê que esta exigência poderá ser afastada mediante justificativa da autoridade máxima do órgão ou da entidade. Evidentemente, esta justificativa há de ser técnica, e não pode ser estruturada em termos de oportunidade e conveniência do gestor público, sob pena de ferir os princípios da impessoalidade, da legalidade e da motivação dos atos administrativos.

Por isso, o art. 6º do Decreto Federal 10.178/2019 deve ser interpretado com cuidado. Quando estipula que o ato normativo que classificar os riscos das atividades “poderá estabelecer critérios para alteração do enquadramento do nível de risco da atividade

50 PLATJOUW, Froukje Maria. *Environmental Law and the ecosystem approach*. Maintaining ecological integrity through consistency in Law. England and New York: Routledge, 2016, p. 124. Sobre o tema: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodium, 2019, p.184.

51 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.95.

econômica, mediante a demonstração pelo requerente da existência de instrumentos que, a critério do órgão ou da entidade, reduzam ou anulem o risco inerente à atividade econômica”, este dispositivo não pode produzir, sob pena de inconstitucionalidade, uma situação de barganha, por meio da qual o Estado licenciador tolera a exposição da sociedade a uma condição de médio ou alto risco, em troca de um ato ou contrato que preveja instrumentos de responsabilização própria ou de terceiros em relação aos riscos inerentes à atividade econômica, seguro ou prestação de caução (hipóteses previstas no art. 6º, incisos II, III e IV, pois o dano não interessa à sociedade. O meio ambiente é um macrobem jurídico indisponível e de interesse difuso, motivo pelo qual é inconstitucional qualquer transação que crie um risco de dano intolerável para o bem jurídico.

Além disso, o ato de classificação do risco da atividade não é um ato mágico que converte o preto em branco. A classificação do risco precisa ser guiada por critérios técnico-científicos, porque o art. 225, parágrafo 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado o dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Ou seja, não há exceção ao controle estatal para as atividades de “baixo risco”, do que se depreende que apenas as atividades de risco “irrelevante ou inexistente” poderão ser dispensadas do controle estatal prévio.

A dispensa de controle *ex ante* para atividades classificadas no nível de risco I e a possibilidade de liberações simplificadas e automáticas para as atividades classificadas no nível de risco II, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 2º, do Decreto 10.178/2019, pressupõe que já esteja em pleno funcionamento o sistema de fiscalização e de monitoramento dos impactos reais produzidos pelo efeito cumulativo e sinérgico das atividades, e em condições de ser sindicado pela sociedade.

Um último comentário a respeito da Lei da Liberdade Econômica aplicada ao direito ambiental refere-se à vedação da aprovação tácita prevista no art. 3º, inciso IX, da Lei 13.874/2019, quando ocorre o decurso do prazo para análise do pedido de expedição de ato liberatório de atividade econômica. Em primeiro lugar, há que observar o disposto no art. 14, §3º, da Lei Complementar 140/2011, atinente ao licenciamento ambiental, segundo o qual “o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva”. Em segundo lugar, mesmo que inexistisse tal previsão na Lei Complementar 140/2011, cumpre concluir pela inconstitucionalidade material deste dispositivo pela grave ameaça de danos que impõe sobre o meio ambiente. Portanto, sempre que o ato liberatório de atividade econômica puder implicar algum risco para bens fundamentais, em que se inserem os bens dotados de valor histórico, artístico e cultural, é descabido cogitar de emissão tácita.

A previsão de autorização tácita, diante do chamado “silêncio positivo”, é vedada para atos liberatórios que possam afetar o planejamento urbano e o ordenamento territorial, nos termos da Diretiva 2006/123 do Parlamento Europeu e do Conselho, justamente em virtude do elevado risco de desorganização espacial das cidades pela possibilidade de inserção de edificações e outros projetos em desconformidade com o plano de ordenamento do solo. Daí que o instituto da emissão tácita, transplantado para o Brasil a partir da experiência de países europeus, deve ser interpretado com muitas reservas, pois cria um risco desproporcional aos direitos fundamentais.

Retomando o tema da relação entre a pandemia do COVID-19 e o licenciamento ambiental, acredita-se que a urgência da recuperação econômica do país deve pressionar

por novas desregulamentações, inclusive porque já se encontra em tramitação na Câmara de Deputados o mencionado Projeto de Lei 3729/2004, que pretende flexibilizar uma série de exigências do licenciamento ambiental⁵². Não há espaço neste artigo para examinar as modificações normativas propostas, mas cumpre destacar que, com a eventual dispensa de estudos técnicos e da oitiva de outros órgãos públicos, pode haver a redução do escopo dos impactos analisados no processo decisório, com o risco de que o direito material seja vulnerabilizado pela violação do princípio do devido processo legal que se associa à dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Também a unificação das etapas do licenciamento (licença prévia, de instalação e de operação) pode negligenciar os deveres precaucionais distribuídos no curso do procedimento de tomada de decisão, já que à cada etapa corresponde um objetivo específico de confrontação do projeto com as características socioambientais do território.

Não obstante, mesmo em um contexto excepcional como o da pandemia do COVID 19, mantém-se o dever de o Estado regulador observar o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, segundo o qual as consequências práticas da decisão administrativa simplificadora dos atos de liberação de atividades econômicas devem ser levadas em consideração⁵³. Trata-se aqui do critério determinante que permitirá se diferencie entre opções simplificadoras e opções flexibilizadoras que forem incorporadas à legislação.

Será aceitável a decisão que busque agilizar o procedimento decisório e que, ao final, proporcione consequências ambientalmente sustentáveis, identificadas com um estado de inexistência de dano ambiental ou de riscos intoleráveis. Certamente, medidas enérgicas de monitoramento e controle *ex post* deverão ser implementadas para permitir a correção de rumo em tempo hábil, caso a dispensa de determinada exigência tenha se mostrado precipitada.

Respondendo ao problema proposto neste artigo, entende-se que, na formação das decisões regulatórias e administrativas, que afastam determinadas exigências tidas por excessivamente onerosas, caberá atentar para os seguintes critérios: a) adoção de avaliação de custo-benefício, que contemple dimensões e custos sociais e ambientais, que pelo caráter irrepitível dos bens envolvidos, devem prevalecer no balanceamento com os aspectos econômicos; b) incidência dos princípios da proibição de retrocesso social, da vedação da proteção insuficiente, da precaução e da prevenção, de modo que, havendo dúvida, se mantenham as exigências procedimentais (*in dubio pro natura*); c) a aplicação dos deveres de precaução e de prevenção deve considerar escalas geográficas ampliadas e o risco de os impactos negativos se manifestarem a médio e longo prazos; d) dever de internalização das externalidades ambientais negativas por aqueles que se beneficiam da atividade econômica; e e) exigência de monitoramento e fiscalização dos efeitos práticos das decisões regulatórias.

Para a avaliação de custo-benefício, será necessário considerar as consequências concretas da retirada da exigência de determinado estudo ou de controle prévio sobre o bem jurídico que se quer proteger, de tal forma a garantir que não se configure um estado de proteção insuficiente deste bem jurídico. O desafio será incorporar indicadores de sustentabilidade ambiental e critérios de monitoramento na avaliação de custo-benefício, que possam ser transparentes e sindicáveis, tema este muito pouco desenvolvido no direito brasileiro.

52 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em: 05 set. 2020.

53 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020, p.93.

Além disso, a pandemia do coronavírus COVID-19 explicita, como critério para a tomada de decisões, a importância da adoção da abordagem da “saúde única”, sob o reconhecimento de que a saúde humana, dos animais e dos ecossistemas são correlacionados. Nessa perspectiva, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões - COM (2020) 380 final, intitulada “Estratégia de Biodiversidade da UE para 2030 – Trazer a natureza de volta às nossas vidas”, afirma que

As sociedades saudáveis e resilientes só podem existir se for concedido à natureza o espaço de que ela necessita. A recente pandemia de COVID-19 torna ainda mais urgente a necessidade de proteger e restaurar a natureza. A pandemia está a aumentar a sensibilização para a ligação entre a nossa própria saúde e a saúde dos ecossistemas. Está a demonstrar a necessidade de cadeias de abastecimento e padrões de consumo sustentáveis, que não excedam os limites do planeta, refletindo o fato de o risco de aparecimento e propagação de doenças infecciosas aumentar à medida que a natureza é destruída. Por isso, a proteção e a restauração da biodiversidade e o bom funcionamento dos ecossistemas são fundamentais para reforçar a nossa resiliência e prevenir o aparecimento e a propagação de futuras doenças.

A indicação das consequências da decisão, consoante explicita Vitorelli, deve constar da motivação dos atos administrativos, exigindo-se que a ponderação seja explícita e contemporânea à produção do ato: “quanto mais relevante ou impactante for, sobre o grupo social, o ato administrativo a ser praticado, mais minuciosas devem ser as ponderações acerca das consequências”, e que, quanto mais abstrato for o valor jurídico que o ato pretender concretizar, mais detalhada haverá de ser a motivação⁵⁴. Caso a motivação seja inadequada ou insubsistente, restará configurado vício de legalidade, com a possibilidade de responsabilização do gestor.

Veja-se que o esforço de Vitorelli e de D’Oliveira é propiciar racionalidade fundada em evidências para a tomada de decisões administrativas, o que, de resto, tem sido afirmado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra a Medida Provisória 966/2020, em que se discutiu a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento da pandemia do novo coronavírus⁵⁵. A Corte afirmou que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em conta a observância, pelas autoridades: a) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; b) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Ainda, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente das normas e critérios técnicos aplicáveis à matéria e da observância dos princípios da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

54 VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020, p. 101.

55 Supremo Tribunal Federal ADIs 6421 e 6422 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 20 e 21 de mai. 2020. As ações diretas tinham por objeto a MP 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei 4.657/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB), com a redação dada pela Lei 13.655/2018 e, ainda, os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamentam o referido art. 28.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do arcabouço doutrinário e normativo a respeito dos espaços discricionários legados à Administração Pública, que podem ensejar iniciativas para a simplificação das exigências ambientais e dos ritos procedimentais, motivada pelo cenário de urgência na retomada das atividades econômicas, conclui-se que, no Estado Democrático de Direito, não há mais lugar para o atropelo e o improvisado. A relação entre o planejamento das políticas públicas e o exercício do controle estatal através de instrumentos de comando e controle, que veiculam a responsabilidade ambiental *ex ante* como expressão do dever estatal de impedir os danos ambientais, é incontroversa e exige o recurso a análises empíricas prévias que possam demonstrar os impactos concretos das opções regulatórias, no médio e longo prazos, e também considerando-se a realidade espacial sobre a qual incidirão as atividades econômicas.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais impede que se possa criar estados de exceção, mesmo em situações tão dramáticas como a da pandemia do COVID 19, impondo que se considerem as consequências futuras sobre os bens fundamentais que podem resultar vulnerabilizados e, inclusive, agravar cenários de degradação ambiental que favoreçam a superveniência de novas pandemias.

Há um dever de conformação do agir administrativo aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e de aperfeiçoamento da legislação existente, no sentido de que acompanhem as exigências incrementais destas mesmas normas. A pandemia do COVID 19 não pode representar uma autorização para a degradação ambiental e para o retrocesso. Pelo contrário, há de ser uma oportunidade para reflexão sobre o atual modelo civilizatório, que até o momento baseou-se na exploração ilimitada da natureza e na poluição, e que deixe como legado o avanço tecnológico na esfera administrativa, responsável pela digitalização dos processos, pela criação de balcões digitais para atendimento dos cidadãos e pela ampliação do acesso aos dados dos licenciamentos.

Quanto à aplicação da Lei da Liberdade Econômica à matéria ambiental, conclui-se que os Municípios não têm competência para o enquadramento dos níveis de risco das atividades, a que se refere o art. 3º, inciso I, desta lei, e os arts. 3º e 4º do Decreto Federal 10.178/2019. Portanto, esta competência legislativa deve ser exercida pela União e pelos Estados, com amparo em matriz de risco fundada em evidências empíricas que permitam segurança ao regulador em relação ao dever estatal de controle de atividades que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 3. reimpr., 2014.

AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo legal e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p.55-72.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*. Ministério da Justiça. Direção Geral da Política de Justiça. Coimbra: Almedina, 2010.

BRASIL. *Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, fev. 2018.

BRASIL, Lei 6938/81. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

BRASIL, Lei Complementar 140/2011. Fixa normas para a cooperação entre a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

BRASIL, Lei 13.874/2019. Institui a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica.

BRASIL, Decreto Federal 10.178/2019. Regulamenta a Lei 13.874/2019.

BRASIL, Decreto Federal 10.411/2020. Disciplina a avaliação de impacto regulatório.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal ADIs 6421 e 6422 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20 e 21 de maio 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4988, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19 set. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 6288, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.set.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1818008/RO, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3 out. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. *O princípio da integração ambiental e a simplificação do Estado*. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2013.

FONSECA, Alberto. *Nota Técnica - Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental: análise crítica e propositiva do projeto de lei à luz das boas práticas internacionais e da literatura científica*. Ago. 2019. Disponível em: <http://avaliacaodeimpacto.org.br>. Acesso em: 05 set. 2020.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *COVID19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade extracontratual*. CONJUR 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 07 set. 2020.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O fato consumado em matéria ambiental*. Salvador: Juspodium, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Processo administrativo ambiental*. Teoria, modalidades e aspectos controvertidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PASOLD, Cesar Luis. *Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 11. ed., Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2011.

PLATJOUW, Froukje Maria. *Environmental Law and the ecosystem approach*. Maintaining ecological integrity through consistency in Law. England and New York: Routledge, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SUNSTEIN, Cass R. *Simpler. The future of government*. New York: Simon & Schuster eBook, 2013.

TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

UJVARI, Stefan Cunha. *Pandemias. A humanidade em risco*. São Paulo: Contexto, 2011.

UNGER, Nancy Mangabeira. *Fundamentos filosóficos do pensamento ecológico*. São Paulo: Loyola, 1992.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago., 2020.

PANDEMIA E AS LIMITAÇÕES SISTÊMICAS DO DIREITO AMBIENTAL PARA DEMANDAS COMPLEXAS¹

André Rafael Weyermüller

Pós-doutor em Direito pela PUC-Rio. Doutor e Mestre pela Unisinos. Especialista em Direito Ambiental pela Feevale. Professor na graduação e mestrados da Unisinos e Feevale. Advogado.

Pedro Ernesto Neubarth Fernandes

Mestre em Direito Público pela Unisinos. Advogado.

Sumário: 1 Introdução; 2 A pandemia da Covid-19 na sociedade complexa e de riscos; 3 Direito ambiental e pandemia: uma perspectiva sistêmica; 4 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.430-444, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia de 2020 repercute nos mais diversos aspectos da vida no mundo todo. Sociedades de culturas tão diferentes acabaram atingidas por uma onda de contaminação por um coronavírus provavelmente oriundo da interação entre pessoas e animais silvestres na China, pois as informações disponíveis indicam que um mercado popular na cidade de Wuhan foi o epicentro da pandemia.

O amplo aparato de transportes que estão disponíveis atualmente contribuiu para a velocidade de propagação do vírus por todo mundo. A globalização dos mercados e transportes elevou a complexidade dos riscos aos quais a sociedade global está exposta. Nunca antes houve tanta interação, trocas e circulação de informações, porém nunca antes se teve tantas possibilidades e variáveis que necessitam de controle e previsibilidade, sobretudo na temática ambiental.

Nesse contexto, o Direito desempenha papel importante na tentativa de estabelecer critérios aplicáveis ao controle de processos de exploração do meio ambiente. As estruturas tradicionais baseadas na norma e nos dispositivos estatais de controle e fiscalização fazem frente a parte da complexidade da Sociedade de Risco. Porém, demandas complexas como as interações entre a sociedade e o meio ambiente e seus efeitos imprevisíveis, fogem aos elementos tradicionais de controle e geram ainda mais riscos e insegurança.

A Teoria dos Sistemas Autopoieticos formulada por Niklas Luhmann, permite uma observação mais apurada do fenômeno social, ao conceber a autorreferência dos sistemas sociais como Direito e Economia. Tais sistemas operam a partir de sua diferenciação em relação aos demais e têm como elemento essencial a comunicação, a qual é improvável. A superação das dificuldades comunicativas inerentes aos sistemas sociais é o desafio constante do Direito frente as inúmeras possibilidades definidas a partir do processo de decisão. Assim, o risco mais evidente está na decisão. Como o futuro depende das decisões tomadas hoje, essa perspectiva de análise se mostra muito adequada.

A intervenção constante da sociedade no meio ambiente natural revela a profunda dificuldade em se estabelecer controle sobre as expectativas. Como o sistema do Direito, com sua lógica operativa sistêmica baseada no código binário legal/ilegal, tem limitações importantes em termos aplicados, surge a necessidade de aprimorar instrumentos capazes de fazer frente às novas demandas, sobretudo ambientais.

O Problema de pesquisa centra-se na constatação da realidade complexa que a sociedade global está inserida, partindo para a avaliação e descrição da complexidade da interação sociedade/meio ambiente tomando por base as possíveis ligações que podem ser estabelecidas entre a pandemia do coronavírus com as falhas no cuidado e na tutela de questões ambientais que podem estar ligadas a eventos pandêmicos. Assim, as deficiências do sistema do Direito indicam limitações ao Direito Ambiental, ramo especializado que objetiva a tutela de bem jurídico bastante amplo e essencial.

Busca-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica, conhecer essa realidade e diagnosticar dificuldades enfrentadas pelo sistema do Direito, sobretudo, com foco no Direito Ambiental, em fazer frente a demandas que podem estar relacionadas com o surgimento e disseminação de doenças. A metodologia de pesquisa parte de um nível exploratório com pesquisa bibliográfica, sendo o método aplicado o dedutivo.

O meio ambiente natural tem mecanismos que fogem ao controle dos sistemas sociais. Cada vez mais se revelam dificuldades em prever e controlar as resultantes negativas da interação destrutiva da sociedade global com seu substrato natural.

2 A PANDEMIA DA COVID-19 NA SOCIEDADE COMPLEXA E DE RISCOS

A sociedade contemporânea enfrenta cada vez mais problemas de abrangência global, os quais tendem a ser agravados em virtude do modelo social e da dinâmica de interações entre as nações que é complexa e revestida de riscos múltiplos. Uma realidade que Beck² escreve como Sociedade de Risco, na medida em que a produção de riquezas e o desenvolvimento é sistematicamente acompanhada pela produção de riscos cada vez mais abrangentes e imprevisíveis, como os ambientais e tecnológicos. Ulrich Beck refere que o risco está relacionado com as consequências futuras das ações humanas e que:

[...] toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global. Está íntimamente relacionado con el proceso administrativo y técnico de decisión. Anteriormente, esas decisiones se tomaban con normas fijas de calculabilidad, ligando medios y fines o causas y efectos. La 'sociedad del riesgo global' ha invalidado precisamente esas normas.³

Em outras palavras, a capacidade da sociedade contemporânea em produzir bem-estar e desenvolvimento, está diretamente relacionada com a capacidade de lidar com os riscos gerados durante esse processo irreversível. Pode-se destacar, portanto, que em virtude da realidade de uma sociedade de risco global, se impõe a necessidade de debate e enfrentamento da destruição sistemática da natureza, cujos efeitos colaterais são característicos de risco muito alto para a presente e para as futuras gerações.

Diante dessa realidade, vivencia-se um problema mundial inerente à própria existência da espécie humana, uma profunda crise institucional social,⁴ que se formatou como consequência da incapacidade de lidar de forma adequada com os riscos produzidos e que se fazem presentes na dinâmica da sociedade, sendo cada vez mais evidentes em virtude de um fenômeno complexo e multifacetado que se designa por globalização, termo que tem

adquirido muchas connotaciones emotivas y se ha convertido en una cuestión muy controvertida en el discurso político actual. Por un lado, la globalización se ve como una fuerza benigna e irresistible que puede ofrecer prosperidad económica a las personas en todo el mundo. Por el otro, se le culpa de ser la fuente de todos los males contemporáneos.⁵

Importante destacar que a globalização ou mundialização, que de acordo com Jung e Rocha,⁶ é “a busca pela afirmação de um processo da extensão global e das relações sociais, capaz de envolver toda a territorialidade de nosso pequeno planeta azul”, bem como um processo histórico que já não distingue mais a sociedade pelo seu passado e futuro.⁷ A sociedade global vive sérios problemas relacionados aos riscos que ela própria produz, contudo é apenas uma das características da sociedade contemporânea que é cada vez mais complexa, uma vez que

2 BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

3 BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002, p. 5.

4 BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

5 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Ginebra, 2004, p. 27.

6 JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. *Ecocomplexidade: adoção de um Tribunal pelo Mercosul*. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2019, p. 50.

7 ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; CLAM, Jean (Orgs.). *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

as sociedades contemporâneas, diante de sua alta complexidade e impossibilidade sistêmica, devem estar cientes de que sofrerão com os resultados de suas ações presentes no futuro, não podendo, assim, eximir-se dos riscos que escolheram correr, tampouco dos quais não escolheram ou sequer possuem controle, pois suas consequências são resultantes de eventos assumidos e intrínsecos à própria espécie humana.⁸

Essa complexidade crescente associada a produção de riscos se evidencia muito claramente em virtude da pandemia decorrente do coronavírus (COVID-19). Como lidar com esses novos contextos resultantes da pandemia de 2020 é uma questionamento que se impõe. Quais são as possibilidades de uma nova pandemia ainda mais letal surgir, é um risco que precisa ser enfrentado. A capacidade humana de lidar com esses riscos está diretamente relacionada a necessária capacidade de observar os fatos ocorridos no passado visando aprender lições úteis de como agir no presente visando se antecipar ao que ocorrerá no futuro. Em outros termos, precisa desenvolver capacidades adaptativas.⁹

Além de capacidade de adaptação a novos cenários complexos, as posturas antecipadoras são fundamentais e são objeto da principiologia de Direito Ambiental com a ideia de precaução. O contexto de incertezas está relacionado à operacionalidade da precaução, sobretudo num mundo de globalização e tecnologias que representam riscos, típicos da contemporaneidade, onde o cuidado com o planeta precisa ser considerado na ponderação de possibilidade de danos futuros. Partindo da noção de antecipação a eventos indesejáveis no futuro, o Princípio da Precaução está relacionado com diversos cenários de riscos, como de uma tecnologia no futuro, com o consumo de alimentos transgênicos ou que contenham nanotecnologias e ainda em relação ao meio ambiente de forma ampla como em relação à saúde. Anthony Giddens¹⁰ defende a precaução relacionada com o “pensamento verde” e suas amplas aplicações. Sob a perspectiva econômica, o princípio possivelmente seja limitador, pois, considerando sua essência, impediria atividades sobre as quais não se pode afirmar com segurança se representa ou não um risco futuro.

A pandemia que se abateu sobre a sociedade global em 2020 tem muito a ensinar, talvez preparando as estruturas econômicas e sociais para outras situações similares que devem ocorrer no futuro. As lições do passado foram em parte aprendidas, mas não evitaram que um novo vírus se alastrasse por praticamente a totalidade dos países e regiões do mundo. Mesmo com os instrumentos tecnológicos hoje disponíveis, ao contrário do passado, as consequências foram profundas. Infelizmente os eventos relacionados a pandemia são recorrentes na história humana. Riccon Ferraz,¹¹ escreve que os primeiros sinais de Pandemia são de catalogados de 170 d.C.:

No tempo dos imperadores romanos Lucius Verus (F. 169 d.C.) e Marcus Aurelius Antoninus (F. 180 d.C.) surge uma primeira epidemia (165-180 d.C.), com propagação a todo o império. Conhecida por Peste Antonina, pode bem ter sido a primeira pandemia. [...] palavra esta que deriva do grego pandemos e que significa “de todos as pessoas”, sinônimo de um surto da

8 WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 44-46.

9 WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014.

10 GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

11 RICCON FERRAZ, Amélia. As grandes Pandemias da História. *Rev. Ciência Elementar*. Porto: v. 8, n.2, 2020, p.1-2. Disponível em: <https://rce.casadasciencias.org/rceapp/art/2020/025/>. Acesso em: 23 ago. 2020.

doença de extensa distribuição geográfica. Com início no cerco das tropas romanas à cidade de Selêucia na Mesopotâmia, rapidamente se difundiu, fruto das movimentadas rotas comerciais e militares existentes. Galeno de Pérgamo (séc. II d.C.), médico deste segundo imperador, expoente máximo da Medicina Romana - idolatrado nos centros de ensino e assistência no Ocidente durante séculos – tratou doentes com esta patologia em Roma e, da sua experiência, deu notícia de forma dispersa nos seus escritos.

Daquele período até os dias atuais, diversas foram as ocorrências de pandemia enfrentadas pela humanidade, com destaque para a mais mortífera de todas, a Peste Negra. Foi uma doença que acometeu boa parte da população do ocidente, tendo sido responsável pela morte de cerca de um terço da população durante o século XIV, com repercussões profundas na história.¹²

Mais recentemente em termos históricos, em 1918, enfrentou-se outra pandemia que ficou conhecido como a Gripe Espanhola, a qual surgiu na esteira do final da Primeira Guerra Mundial, quando um grande número de países estava passando por sérias limitações devido a quatro anos de uma guerra trágica que nunca tinha sido imaginada em suas consequências. A designação “espanhola” veio do fato da Espanha ter ficado neutra na guerra, e isso permitiu maior liberdade de informações pela imprensa, uma vez que notícias negativas podiam abalar o *front* interno. Assim, a doença foi divulgada pela imprensa espanhola e acabou vinculada ao país que nada tinha com a origem do vírus.

Em 1918, quando as hostilidades tinham deixado um longo rastro de destruição, uma sucessão de eventos militares e diplomáticos levaram ao armistício em novembro. Nesse contexto, em cerca de cinco meses, a doença já tinha se alastrado por boa parte do mundo aumentando ainda mais a tragédia da guerra:

Há estimativas de pelo menos 21 milhões de óbitos. Algumas estimativas chegam até a 50 milhões. Um fato que chama atenção é a ocorrência predominante de óbitos entre os adultos jovens e crianças. Houve ainda notícias de pessoas que embarcaram no metrô de Nova York, em Coney Island, apenas com sintomas inespecíficos, como cansaço, e foram encontradas mortas na estação de Columbus Circle, 45 minutos depois. Há ainda relatos de que povoados inteiros de esquimós desapareceram completamente em regiões longínquas do Alasca. Dados dos patologistas britânicos apontavam a hemorragia pulmonar como a principal causa de óbito, o que não se havia ainda observado nas epidemias ocorridas em 1873 e 1889. Mas a epidemia não se restringiu ao hemisfério norte. Há dados impressionantes de que um de cada 20 habitantes de Gana, na África Ocidental, morreu da infecção pelo vírus Influenza entre 1º de setembro e 1º de novembro de 1918.¹³

A pandemia de 1918 acabou provocando mais mortes que a própria guerra que recém findava. Uma tragédia sem precedentes, mas que não foi a única durante o século XX. Importante lembrar a “gripe asiática” de H2N2 ocorrida entre 1957 e 1958 que iniciou na China e se espalhou pelo mundo com consequências importantes, pois vitimou mais de um milhão de pessoas. Ainda, a “Gripe de Hong Kong” de H3N2, de 1958 e o HIV a partir

12 RICON FERRAZ, Amélia. As grandes Pandemias da História. *Rev. Ciência Elementar*. Porto: v. 8, n.2, 2020, p.3. Disponível em: <https://rce.casadasciencias.org/rceapp/art/2020/025/>. Acesso em: 23 ago. 2020.

13 MATOS, Haroldo José de. A próxima pandemia: estamos preparados?. *Revista Pan-Amazônica de Saúde*. Ananindeua, v.9, n.3, 2018, p.9-10. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-62232018000300009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 09 set. 2020.

de 1981, são outros eventos similares que abalaram o mundo. O século XXI não ficou isento da disseminação de um vírus, pois a Influenza A (H1N1) também causou consequências importantes em 2009.

Atualmente, a sociedade global enfrenta uma nova ameaça, na forma de uma síndrome respiratória aguda grave provocada por um coronavírus (SARS-CoV-2), doença essa que foi detectada pela primeira vez em meados de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, na China. Inicialmente foi descrita como uma “pneumonia de etiologia desconhecida” com febre alta que não estava respondendo ao tratamento medicamentoso, motivo esse pelo qual, no final de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi informada e os casos foram oficialmente relatados e inseridos no Banco Nacional de Saúde da China.¹⁴

Os estudiosos Chris R. Triggler, Devendra Bansal, Elmoubasher Abu Baker Abd Farag, Hong Ding e Ali A. Sultan,¹⁵ escrevem a respeito desse novo vírus que ameaça a humanidade e que, em virtude da ausência de uma vacina ou medicamentos com eficácia conhecida, houve uma resposta altamente variável à ameaça durante os primeiros meses de 2020. Em outras palavras, ocorreu um aumento muito rápido no número de casos, bem como uma rápida disseminação global, em todos os continentes, com exceção da Antártica.

Essa ampla disseminação do vírus pelo mundo revela um aspecto concreto da globalização e da interdependência entre os fenômenos sociais e ambientais. A pandemia afetou profundamente a economia e, por consequência, a sociedade. Cada país tem sua capacidade adaptativa e recursos para enfrentar crises. As desigualdades sociais ficaram mais evidentes e as formas de solução dos problemas daí decorrentes ainda mais complexos.

A pandemia, com suas consequências sociais e econômicas, também pode ser avaliada como um evento ambiental, uma vez que a sua origem, possivelmente associada a interação com animais silvestres, indica que eventos pandêmicos podem ser compreendidos no contexto das diversas interações que ocorrem entre sociedade e natureza.

A pandemia pode ser entendida como uma espécie de resposta negativa da natureza ao conjunto dos agressores, os humanos, como defendeu Fritjof Capra¹⁶ recentemente. Vislumbrando o planeta como um grande organismo vivo, Gaia, é possível utilizar essa afirmativa como uma metáfora profunda da relação humana com o meio ambiente e que precisa ser considerada na tomada de decisões que repercutirão no futuro.

Muitos elementos da dinâmica da atual pandemia precisam ser explicados pela ciência para que se possa aprender com a experiência. Muitas incertezas pairam sobre a sociedade global. A relação causal entre pandemias e questões ambientais tem um indicativo forte, mas não completamente compreendido, de estarem relacionadas. A busca por soluções aos problemas ambientais favorece o controle sobre os riscos no futuro. Trata-se de decisões que devem ser tomadas na atualidade para repercutirem positivamente no futuro no que pertine ao controle dos riscos. O Direito Ambiental, enquanto subsistema social e instrumento da sociedade para o regramento da relação com o meio ambiente natural, apresenta limitações frente as novas demandas e pode ser melhor compreendido em seu papel por meio de uma perspectiva sistêmica.

14 TRIGGLE, Chris R; BANSAL, Devendra; FARAG, Elmoubasher Abu Baker Abd; DING, Hong; SULTAN, Ali A. *COVID-19: Learning from Lessons To Guide Treatment and Prevention Interventions*. mSphere. [s.l.]: v. 5, n.3, 2020, p.1. Disponível em: <https://msphere.asm.org/content/5/3/e00317-20>. Acesso em: 23 ago. 2020.

15 TRIGGLE, Chris R; BANSAL, Devendra; FARAG, Elmoubasher Abu Baker Abd; DING, Hong; SULTAN, Ali A. *COVID-19: Learning from Lessons To Guide Treatment and Prevention Interventions*. mSphere. [s.l.]: v. 5, n. 3, 2020, p. 2 e 3. Disponível em: <https://msphere.asm.org/content/5/3/e00317-20>. Acesso em: 23 Ago. 2020.

16 CAPRA, Fritjof. Pandemia é resposta biológica do planeta, diz físico Fritjof Capra. [Entrevista concedida à] *Folha de São Paulo*. Data da entrevista: 09 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fronteiras-do-pensamento/2020/08/pandemia-e-resposta-biologica-do-planeta-diz-fisico-fritjof-capra.shtml>. Acesso em: 04 dez. 2020.

3 DIREITO AMBIENTAL E PANDEMIA: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

A relação próxima entre a pandemia e o meio ambiente implica em analisar a realidade sob perspectivas mais abrangentes que possam dar conta da complexidade. O Direito Ambiental, enquanto especialidade ou ramo do Direito, também pode ser localizado como um subsistema social que atua com suas referências sobre essas interações. As limitações desse subsistema se fazem sentir em demandas ambientais diversas, sobretudo naquelas em que uma atividade, ação humana ou tecnologia, representem risco e incerteza. Um processo pandêmico em andamento é caso concreto dessas incertezas.

Para realizar uma observação mais apurada e sofisticada do fenômeno social, com foco no Direito, a perspectiva da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann¹⁷ é uma base teórica apropriada. Essa elaborada teoria sociológica é oportuna para a observação da complexidade social, pois a teoria Luhmann explica que as múltiplas possibilidades de ocorrências dentro da sociedade produzem os sistemas sociais funcionalmente diferenciados como o Direito, a Economia e a Política, os quais tem autonomia entre si, sendo a comunicação entre eles uma improbabilidade sistêmica. Essa autonomia do sistema em relação aos demais se dá a partir de seus elementos que o diferencia dos outros sistemas. Na formulação de Luhmann, um sistema que é capaz de se auto-produzir de forma independente (operativamente fechado) é um sistema autopoiético. Para Luhmann:

na autopoiese, o sistema é a unidade da diferença entre sistema/ambiente. A teoria da autopoiese parte do pressuposto de que são os sistemas o centro de tomada de decisões, a partir das organizações. Por isso, os sistemas têm como função principal a sua auto-organização, a sua auto-observação e a definição de seus limites: a definição de seus horizontes. Como se construir um mínimo de racionalidade num mundo altamente e complexo, onde se têm centenas, milhares de sentidos possíveis? Observa-se o mundo a partir do sistema; que, finalmente, é o único ponto de partida que se pode ter.¹⁸

Diante disso, o sistema do Direito é um bom exemplo desse fenômeno, pois busca agir como uma operação que objetiva a redução da complexidade social frente à impossibilidade de uma única moral comum, motivo pelo qual é possível se manter a ordem e coesão social.¹⁹

O sistema social do Direito, portanto, é um sistema diferenciado, pois trata-se de um sistema operacionalmente fechado e autorreferente, capaz de não separar-se por completo da sociedade e dos demais sistemas sociais, bem como definindo seus próprios limites.²⁰ De forma exemplificativa, pode-se dizer que diante da atual situação pandêmica, poderia o sistema do Direito agir como:

a palavra de ordem ou o norte interpretativo deve ser dados aos agentes públicos pela comunidade científica séria e responsável que poderá delimitar o que é imprescindível restringir e o que seria excessivo proibir, ou que não surtiria qualquer resultado positivo para reduzir contaminações ou evitar mortes, cumprindo-se, assim, a proteção do interesse público primário,

17 LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2009.

18 ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José L. Bolzan (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2008, p. 179.

19 MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005.

20 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ou seja, conferir a sociedade o que realmente ela necessita, não havendo dúvidas de que nossa Constituição da República prevê instrumentos hábeis para eventual restrição de direitos em período de pandemia[...].²¹

Em outras palavras, ao agir de uma forma específica estaria gerando irritações sistêmicas profundas, uma vez que “quando cogitamos a abertura dos sistemas para algo novo, há sempre uma grande agitação em seu interior diante da elevação da insegurança e dos riscos”.²² Contudo, mesmo diante de tal possibilidade de abertura sistêmica face a pandemia do coronavírus, uma questão ainda nos resta sem resposta, qual seja a conexão existente entre a sociedade complexa e de risco, o coronavírus e o meio ambiente como objeto do Direito Ambiental.

A Constituição Brasileira estabelece no artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Tal entendimento, inclusive, fora objeto de inovação com a realização da RIO 92, onde houve acréscimo de conscientização quanto a temática ambiental, consagrara como sendo de importância para a sociedade global. Porém, a implementação concreta mostrou-se ser muito mais complicada do que as expectativas, não apenas da esfera de atuação pública, mas em todas as camadas sociais, o que impediu uma plena autonomia e efetivação das políticas ambientais.²³

Essas diretrizes não se afastam da realidade mesmo diante das graves dificuldades enfrentadas para garantir um meio ambiente adequado, pelo contrário, continuam sendo objeto de desenvolvimento e engajamento social. Porém, infelizmente, há setores em que não se vê uma evolução consistente como no caso dos fatores climáticos, pois mesmo com os objetivos traçados na COP 21, em Paris, quanto a emissão de gases de efeito estufa, não vem sendo atingidos, tanto é que a temperatura do planeta terra segue em elevação.²⁴ Assim, problemas ambientais globais têm sérias dificuldades de sofrer intervenção pelo Direito Internacional, assim como há sérias dificuldades em se encaminhar demandas ambientais pelos Estados com seus elementos normativos.

Pesquisas recentes constataram que os vinte últimos anos foram os mais quentes já registrados, sendo que os anos de 2015 a 2018 ocupam os quatro primeiros lugares do ranking. Caso essa tendência não se altere, as temperaturas poderão subir entre 3°C e 5°C, até 2100, fator esse que leva a problemáticas drásticas as quais podem ser irreversíveis, como o derretimento das calotas polares, que por sua vez afetaria diretamente não apenas seres humanos, mas também toda a vida do planeta.²⁵ Esse contexto de mudanças climáticas implica em diversas alterações relevantes nos sistemas naturais que podem afetar drasticamente a vida humana.

21 BEVILACQUA, Luiz Alberto Segalla; CALDAS, Tania Alencar de. Os Direitos Constitucionais em tempos de Pandemia. *Teoria & Prática: Revista de Humanidades, Ciências Sociais e Cultura*. [s.l.]: v.2, n.1, 2020, p.52. Disponível em: <http://isca.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/28>. Acesso em: 23 ago. 2020.

22 JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiético. *Rev. Fac. Der. Montevideo*: n.43, 2017, p.47. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2301-06652017000200032&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 23 ago. 2020.

23 WEYERMÜLLER, André Rafael. Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção. Curitiba: Juruá, 2014, p. 353.

24 WEDY, Gabriel. Breves considerações sobre a Política Nacional da Mudança do Clima e a necessidade de sua reforma. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n.77, 2017. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel_Wedy.html. Acesso em: 23 ago. 2020.

25 GIBBENS, Sarah. *Temporada de furacões no Atlântico em 2020 deve ser ativa e possivelmente destrutiva*. National Geographic. [s.l.]: 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/07/temporada-de-furacoes-no-atlantico-em-2020-deve-ser-ativa-e-possivelmente>. Acesso em: 23 ago. 2020.

A inegável problemática climática, em grande parte produzida pela sociedade global, causa resultantes negativas em níveis diferentes de intensidade e afeta diferentemente os países conforme sua capacidade de adaptação. A origem da pandemia, relacionada com o contato de humanos com determinadas espécies selvagens, indica que essa relação prejudica a dinâmica ambiental e pode provocar graves consequências em virtude de mecanismos naturais que ainda não estão completamente conhecidos e, assim, representam mais uma fator de risco. A expansão de áreas urbanas sobre habitats tradicionais, o desmatamento e a falta de controle na captura e consumo de animais silvestres, são temas claramente de competência do Direito Ambiental. Também ainda é incerto afirmar que existe uma relação causal entre a pandemia e os problemas ambientais já conhecidos, mas em termos de nexos causais mais amplos é possível entender que sim. Wedy esclarece que:

[...] não existem evidências diretas de que a mudança climática esteja influenciando a disseminação da Covid-19, mas esta, no mínimo, altera a forma de relacionamento do homem com os animais não-humanos e isso é relevante para o aumento do risco de infecções.²⁶

Contudo, mesmo diante dessa assertiva, pode-se constatar que as causas das mudanças climáticas, embora não estejam diretamente ligadas a atual pandemia, podem aumentar sim o risco de novos eventos desse tipo, pois considerando apenas o desmatamento, tem-se um aumento consistente da perda de habitats naturais de diversas espécies que acabam procurando áreas urbanas e passarão a ter contato mais constante com humanos, podendo surgir dessa relação não natural o compartilhamento de doenças que antes estavam restritas a ambientes selvagens.²⁷

Além do desmatamento, outro exemplo pertinente é a ocupação irregular de áreas verdes, problema esse cada vez mais presente e diretamente relacionado ao crescimento populacional, que dificulta não apenas o isolamento social necessário, como aumenta a possibilidade de disseminação de doenças virais pela falta de saneamento básico, o que também escancara as desigualdades sociais e os diferentes níveis de adaptação dependendo do índice de desenvolvimento econômico. Quintslr, Britto e Dias defendem que:

[...] parece-nos inegável o fato de que os mais vulneráveis econômica e socialmente serão os mais impactados pela epidemia. Entretanto, não é possível negligenciar os efeitos que um vírus que se propaga de forma tão eficaz quanto uma gripe tem sobre grupos economicamente favorecidos e sobre seus estilos de vida.²⁸

É possível constatar que a pandemia do coronavírus, assim como qualquer outro processo pandêmico que possa vir no futuro, pode ser ainda mais letal conforme for a incapacidade dos Estados em conseguir lidar com as problemáticas ambientais do século XXI, como a falta de tratamento de esgoto, do desmatamento e o aquecimento global.

26 WEDY, Gabriel. *Green new deal, mudanças climáticas e a Covid-19*. Consulto Jurídico. [s.l.]: 13 Jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas-climaticas-covid-19#_ftn10. Acesso em: 23 ago. 2020.

27 WEDY, Gabriel. Breves considerações sobre a Política Nacional da Mudança do Clima e a necessidade de sua reforma. *Revista de Doutrina TRF 4*, Porto Alegre, n.77, 2017. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel_Wedy.html. Acesso em: 23 ago. 2020.

28 QUINTSLR, Suyá; BRITTO, Ana Lúcia; DIAS, Mariana. *Coronavírus: reflexões acerca da pandemia global e sua relação com o direito à água e ao esgotamento sanitário*. Observatório das Metrópoles. [s.l.]: 02 abr. 2020. Disponível em: https://www.observatoriodasmetrolopes.net.br/coronavirus-reflexoes-acerca-da-pandemia-global-e-sua-relacao-com-o-direito-a-agua-e-ao-esgotamento-sanitario/?utm_source=Facebook&utm_medium=Post&utm_campaign=Facebook_627&utm_content=Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20pandemia%20e%20a%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20urbanos. Acesso em: 26 ago. 2020.

Importante destacar que, em relação ao coronavírus, ainda não está comprovado ser possível a contaminação por esgotos,²⁹ contudo esse se mostra cada vez mais presente, situação essa que pode ser observada na Região do Vale dos Sinos, no Rio Grande do Sul, onde a carga viral do coronavírus apresenta elevados volumes de concentração, situação essa que pode estar ocorrendo em diversas outras Regiões do globo.

Não se comprovou até aqui a relação do surgimento ou disseminação do vírus com a degradação ambiental de forma geral. No entanto, essas incertezas pontuais crescem ainda mais complexidade e insegurança que vem a reforçar a constatação de estarmos vivendo numa Sociedade de Risco. Possivelmente a forma mais adequada de lidar com tais possibilidades e incertezas sobre as consequências da degradação ambiental, seja por meio de

investimentos públicos e privados que podem evitar outro surto pandêmico ao promover o combate as emissões de gases de efeito estufa, ao desmatamento e, especialmente, a proteção da biodiversidade global, que pode perder um milhão de espécies já nos próximos anos. O Estado e a iniciativa privada devem assim apoiar a ciência, investir mais em pesquisas e, em especial, na construção de respostas efetivas e imediatas para o combate as pandemias.³⁰

A adoção das mencionadas medidas podem representar um possível caminho, ou até soluções através da mitigação do riscos que tornam-se parte da realidade e submetem a humanidade as incertezas do futuro, as quais não pode mais ser objeto de controle efetivo, sobretudo em virtude da impossibilidade de se precisar sua ocorrência.³¹

As diversas demandas novas que surgem com passar do tempo e com o incremento tecnológico e o aproveitamento exagerado do meio ambiente indicam que cada vez mais difícil se torna a relação da sociedade com o meio. O grande número de possibilidades e as interligações de fatores sociais com naturais revelam cenários de crescente incertezas e também de dificuldades de controle por meio de mecanismos sociais como o sistema do Direito e seu subsistema mais especializado designado por Direito Ambiental. O tema precisa ser avaliado numa perspectiva mais abrangente que pode ser encontrada na Teoria dos Sistemas.

Luhmann formulou um referencial teórico que indica que a comunicação entre os sistemas sociais é uma improbabilidade. A questão da comunicação tem especial importância para a teoria, pois “el análisis social se ocupa únicamente de la comunicación. Comunicación y no otra cosa es la operación con la que la sociedad como sistema social se produce y reproduce autopoieticamente”.³²

Nessa perspectiva, a teoria da comunicação se baseia na improbabilidade, o que implica em dificuldades a superar para produzir comunicação, a qual é improvável em virtude do isolamento da consciência de cada indivíduo. Dependendo do conteúdo do que é comunicado, a aceitação fica dependente de juízos pessoais baseados em contextos

29 SOUZA E SOUZA, L.; SARAIVA SOARES, A.; RICCI NUNES, B.; COSTA, F.; SILVA, L. F. Presença do novo coronavírus (SARS-CoV-2) nos esgotos sanitários: apontamentos para ações complementares de vigilância à saúde em tempos de pandemia. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia (Health Surveillance under Debate: Society, Science & Technology)* – Visa em Debate, v.8, n.2 jun. 2020, p.4. Disponível em: <https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1624>. Acesso em: 26 ago. 2020.

30 WEDY, Gabriel. Green new deal, mudanças climáticas e a Covid-19. *Consultor Jurídico*. [s.l.]: 13 Jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas-climaticas-covid-19#_ftn10. Acesso em: 23 ago. 2020

31 WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 55.

32 LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992, p. 40.

que sofrem diversas influências e resultados distintos. Essa perspectiva tem importantes implicações ao ser projetada para a sociedade.

Assim, sendo improvável a comunicação entre Direito e Economia, muito mais improvável a comunicação ou interferência do sistema do Direito em relação ao meio ambiente, que é um sistema natural, logo não social e que não opera na mesma lógica. As lógicas operativas dos sistemas sociais não se aplicam aos complexos mecanismos naturais tão afetados pela ação humana. Dessa forma, há que se esperar cada vez mais limitações do Direito Ambiental em dar respostas adequadas aos problemas ambientais. Isso implica em dificuldades cada vez maiores no controle dos riscos e na produção de respostas adequadas aos problemas ambientais.

A complexidade da sociedade contemporânea com suas múltiplas fontes de risco, não pode mais ser abarcada plenamente por instrumentos de controle tradicionais e suas insuficiências. As questões ambientais são especialmente sensíveis especialmente devido à abordagem multidisciplinar que exigem. Uma perspectiva a cerca das dificuldades comunicativas identifica impossibilidades concretas e pode se concentrar em ações direcionadas para a superação das dificuldades. Assim,

sem comunicação não podem formar-se sistemas sociais. Por conseguinte, as improbabilidades do processo de comunicação e forma em que as mesmas se superam e se transformam em probabilidades regulam a formação dos sistemas sociais. Assim, deve entender-se o processo de evolução sociocultural como a transformação e ampliação das possibilidades de estabelecer uma comunicação com probabilidades de êxito, graças a qual a sociedade cria as suas estruturas sociais; e é evidente que não se trata de um mero processo de crescimento, mas de um processo selectivo que determina que tipos de sistemas sociais são viáveis e o que terá de excluir-se devido à sua improbabilidade.³³

O autor avança na questão ecológica, mesmo que de maneira exemplificativa. Na perspectiva que denomina como “comunicação ecológica”, Luhmann se fixa em como a sociedade se torna mais consciente sobre questões ambientais que repercutem sobre ela e são determinantes para o reconhecimento dos riscos criados a partir da interação com os elementos naturais, os quais existem como problemas quando ocorre uma comunicação específica sobre os problemas ambientais.³⁴

Os instrumentos normativos disponíveis ao Direito Ambiental têm limitações de operação quando confrontados com temas de complexidade elevada como as consequências incertas da interação humana com elementos naturais podendo ser uma das causas de eventos pandêmicos. Na dinâmica do desenvolvimento de uma pandemia isso fica ainda mais evidente, pois o controle de possíveis causas ambientais como desmatamento e consumo de animais silvestres depende de fatores diversos como órgãos de controle, vontade política, condições materiais de fiscalização e até elementos culturais.

Princípios e regras de Direito Ambiental podem fazer frente à boa parte dos problemas ambientais corriqueiros onde os nexos causais são evidentes e controláveis por meio de responsabilização penal, administrativa e cível. Porém, temáticas mais abrangentes como mudanças climáticas, exigem um incremento considerável de eficácia na atuação pela via do Direito.

33 LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. 3. ed. Lisboa: Veja, 2001, p. 43-44.

34 WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014.

As grandes temáticas globais relacionadas as mudanças climáticas, a destruição sistemática de habitats e espécies e até os deslocamentos humanos em virtude de causas ambientais, dificilmente poderão ser controladas com efetividade no futuro. Possivelmente a pandemia de 2020 seja o prelúdio de problemas muito mais abrangentes como a falta de água, alterações nas áreas cultiváveis, elevação dos níveis de oceanos, eventos climáticos extremos e, possivelmente, outro evento global relacionado à saúde em decorrência das intrincadas relações causais naturais, completamente incontroláveis sob o ponto de vista tecnológico.

Respostas precisam ser construídas para todas as questões que se colocam hoje como essenciais. Os instrumentos jurídicos disponíveis ao subsistema do Direito Ambiental não são aptos para abranger toda a complexidade da sociedade, seja no Brasil, seja em qualquer parte do mundo, guardadas as proporções. Agir com precaução, ou seja, com vistas a antecipar os efeitos das incertezas, parece ser um caminho a ser reforçado. Promover a colaboração estreita entre os sistemas da Economia e do Direito em benefício do meio ambiente, parece ser essencial.

Riscos, meio ambiente e sociedade global são temas que precisam fazer parte das pautas nacionais e internacionais. Tecnologia e inventividade humana precisam ser aplicadas com sabedoria nessa quadra da história, pois os sinais hoje visíveis são indicativos de mudanças profundas e irreversíveis.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do coronavírus acendeu um alerta importante em relação ao futuro da sociedade global. Trata-se de tema complexo e difícil controle. A importância dada à saúde tomou uma proporção muito diferente daquela que se tinha antes da pandemia atingir o planeta em sua quase totalidade. A grande concentração urbana e a capacidade de deslocamentos fez com que o evento se desenvolvesse de maneira muito rápida e com consequências diferentes de acordo com as capacidades diferentes dos países em enfrentar a pandemia.

Os riscos, como visto, sempre presentes na história humana, atingem um nível muito diferente na atualidade. A confiança na tecnologia e na solução de problemas complexos por esses meios, parecia um porto seguro em meio ao mar de agressões ambientais crescentes em benefício do bem estar e do desenvolvimento. Essa confiança sofreu sério abalo com a pandemia de 2020, uma vez que as limitações da técnica se revelaram muito evidentes. A busca por vacinas foi a resposta da inventividade humana para um problema de fundo ambiental.

Pode-se concluir que, possivelmente, a pandemia revelou o paradoxo da tecnologia e da ciência, a qual foi chamada a responder a uma emergência que pode se repetir a qualquer momento. A história humana teve vários eventos pandêmicos trágicos que se sucederam e que servem de lembrete sobre o que espera a humanidade no futuro.

A relação entre problemas ambientais e o surgimento de uma pandemia tem contornos claros, mas não pode ser de todo descrito como fato e muito como incerteza. O tempo e o estudo sobre os eventos atuais poderão revelar o nível de relação entre as duas coisas, porém já se pode constatar que problemáticas crônicas como desmatamento, destruição de habitats, extinção de espécies, ocupação desenfreada de áreas sensíveis e contatos desnecessários e predatórios entre humanos e animais silvestres entre outros, formam um contexto muito propício ao surgimento de eventos biológicos de transmissão de vírus entre espécies com consequências gravíssimas.

As consequências econômicas severas podem contribuir para a formação de uma espécie de consciência acerca das fragilidades da sociedade global e os riscos que ela

está cada vez mais exposta. Espera-se que o sofrimento humano desse período pandêmico seja suficiente para formar uma base coletiva de consciência que possa proporcionar uma evolução positiva na relação com o meio ambiente e, assim, possibilitar uma atuação mais concreta do Direito Ambiental.

Entre as diversas possibilidades de análise dessa realidade, escolheu-se analisar as limitações que o Direito Ambiental tem em promover as devidas ações de ordem legal sobre os problemas antes referidos. Se não há como estabelecer com certeza o quanto que as agressões ao meio ambiente são determinantes para o surgimento de uma pandemia, pode-se, ao menos, avaliar essas possibilidades como riscos que devem ser mitigados para que as fragilidades da sociedade global sejam reforçadas no futuro.

Os instrumentos tradicionais de previsibilidade e controle não dão conta da complexidade. Logo, há limitações sistêmicas evidentes na atuação do Direito Ambiental e é preciso evoluir por meio de ajustes normativos e reforço nas estruturas de Estado destinadas a tutela do meio ambiente. Porém, talvez mais importante que isso, seja o desenvolvimento de uma consciência abrangente sobre a importância de se combater agressões ao meio ambiente, para que, dessas posturas se possa evoluir para um relação menos desastrosa com os elementos vitais para a vida humana.

Nada pode afastar os riscos inerentes da jornada humana. Tudo que pode ser feito depende da compreensão que se tem do papel e do lugar da humanidade nesse contexto. O tempo de utilitarismo sobre o ambiente precisa passar e dar lugar a uma nova perspectiva de adaptação de posturas e hábitos, além de necessários refinamentos nos instrumentos jurídicos de proteção do Meio Ambiente.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI, 2002.

BEVILACQUA, Luiz Alberto Segalla; CALDAS, Tania Alencar de. *Os Direitos Constitucionais em tempos de Pandemia. Teoria & Prática*: Revista de Humanidades, Ciências Sociais e Cultura. [s.l.]: v. 2, n. 1, 2020. Disponível em: <http://isca.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/28>. Acesso em: 23 ago. 2020.

CAPRA, Fritjof. Pandemia é resposta biológica do planeta, diz físico Fritjof Capra. [Entrevista concedida à] *Folha de São Paulo*. Data da entrevista: 09 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fronteiras-do-pensamento/2020/08/pandemia-e-resposta-biologica-do-planeta-diz-fisico-fritjof-capra.shtml>. Acesso em: 04 dez. 2020.

GIBBENS, Sarah. *Temporada de furacões no Atlântico em 2020 deve ser ativa e possivelmente destrutiva*. National Geographic. [s.l.]: 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/07/temporada-de-furacoes-no-atlantico-em-2020-deve-ser-ativa-e-possivelmente>. Acesso em: 23 ago. 2020.

GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. *Ecocomplexidade: adoção de um Tribunal pelo Mercosul*. São Leopoldo: Trajetos Editorial, 2019.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; ROCHA, Leonel Severo. O Décimo Segundo Camelo no Poder Judiciário: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoietico. *Rev. Fac. Der. Montevideo*: n.43, 2017. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2301-06652017000200032&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 23 ago. 2020.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Comunicazione ecologica: può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?* Traduzione e introduzione di Raffaella Sutter. Milano: Franco Angeli, 1992.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. 3. ed. Lisboa: Veja, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005.

MATOS, Haroldo José de. A próxima pandemia: estamos preparados?. *Revista Pan-Amazônica de Saúde*. Ananindeua, v.9, n.3, 2018. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-62232018000300009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 09 set. 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Ginebra, 2004.

QUINTSLR, Suyá; BRITTO, Ana Lúcia; DIAS, Mariana. *Coronavírus: reflexões acerca da pandemia global e sua relação com o direito à água e ao esgotamento sanitário*. *Observatório das Metrópoles*. [s.l.]: 02 abr. 2020. Disponível em: https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/coronavirus-reflexoes-acerca-da-pandemia-global-e-sua-relacao-com-o-direito-a-agua-e-ao-esgotamento-sanitario/?utm_source=Facebook&utm_medium=Post&utm_campaign=Facebook_627&utm_content=Reflex%C3%B5es%20sobre%20a%20pandemia%20e%20a%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20urbanos. Acesso em: 26 ago. 2020.

RICON FERRAZ, Amélia. As grandes Pandemias da História. *Rev. Ciência Elementar*. Porto: v.8, n.2, 2020. Disponível em: <https://rce.casadasciencias.org/rceapp/art/2020/025/>. Acesso em: 23 ago. 2020.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José L. Bolzan (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre; São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Observação sobre a observação Luhmaniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; CLAM, Jean (Orgs.). *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA E SOUZA, L.; SARAIVA SOARES, A.; RICCI NUNES, B.; COSTA, F.; SILVA, L. F. Presença do novo coronavírus (SARS-CoV-2) nos esgotos sanitários: apontamentos para ações complementares de vigilância à saúde em tempos de pandemia. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia (Health Surveillance under Debate: Society, Science & Technology)* – Visa em Debate, v.8, n.2 jun. 2020. Disponível em: <https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/1624>. Acesso em: 26 ago. 2020.

TRIGGLE, Chris R; BANSAL, Devendra; FARAG, Elmoubasher Abu Baker Abd; DING, Hong; SULTAN, Ali A. COVID-19: *Learning from Lessons To Guide Treatment and Prevention Interventions*. mSphere. [s.l.]: v.5, n.3, 2020. Disponível em: <https://msphere.asm.org/content/5/3/e00317-20>. Acesso em: 23 ago. 2020.

WEDY, Gabriel. Breves considerações sobre a Política Nacional da Mudança do Clima e a necessidade de sua reforma. *Revista de Doutrina TRF 4*, Porto Alegre, n. 77, 2017. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Gabriel_Wedy.html. Acesso em: 23 ago. 2020.

WEDY, Gabriel. Green new deal, mudanças climáticas e a Covid-19. *Consultor Jurídico*. [s.l.]: 13 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-13/ambiente-juridico-green-new-deal-mudancas-climaticas-covid-19#_ftn10. Acesso em: 23 ago. 2020.

WEYERMÜLLER, André Rafael. *Água e Adaptação Ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção*. Curitiba: Juruá, 2014.

WEYERMÜLLER, André Rafael. *Direito Ambiental e Aquecimento Global*. São Paulo: Atlas, 2010.

CORONAVÍRUS E DIREITO SOCIOAMBIENTAL: ENTRE O “COLAPSO ECOLÓGICO” E A PROTEÇÃO JURÍDICA INTEGRAL QUE ESTÁ POR VIR

Alessandra Marchioni

Doutora em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil. Professora Associada 1 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Brasil. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Meio Ambiente (NEDIMA). Pesquisadora Rede Internacional de Cátedras de Estudos sobre a Dívida Pública (RICDP).

Sumário: 1 Introdução; 2 A barbárie que está por vir; 3 Direito ambiental brasileiro: entre os “assaltos aos ecossistemas” e a proteção integral; 4 Como se não bastasse... uma agenda ambiental “da morte”; 5 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A necropolítica¹ praticada pelo governo federal não se restringe à população vítima do coronavírus, mas é ainda mais destrutiva na área ambiental. Sem dúvida, o chamado “holocausto biológico” não surgiu com a atual administração, mas dela recebe alguma colaboração, a continuar a implementação da denominada “agenda (anti)política ambiental”.

Pela abordagem social e ambiental, o Brasil abriga a maior floresta tropical do mundo. As dezenas de milhares de espécies que lá habitam coexistem em graus moderados de competição e predação. Desse modo, quaisquer perturbações nesses ecossistemas (desmatamento, degradação, queimadas, urbanização ou mudança do uso do solo ou de hábitos alimentares dos humanos) podem provocar uma ruptura no equilíbrio silvestre, com capacidade de fazer emergir uma nova zoonose.

Do ponto de vista jurídico, a “evolução” legislativa-ambiental tem sido marcada por valorações ético-jurídicas sobre o meio ambiente, embora bastante diferenciadas, na forma e no tratamento, ao longo do tempo. De qualquer modo, funciona mais como combinação e sobreposição parcial entre normativas e decisões judiciais, a partir de perspectivas que variam desde a fragmentação até a integralidade da proteção.

Esse ensaio tem como objetivo descrever um conjunto de relações que associam o “colapso ambiental” ao aparecimento de patogêneses, como é o caso do Coronavírus. Essa advertência científica pretende incluir a hipótese de desmatamento e o “colapso dos ecossistemas da Amazônia” na origem de uma nova pandemia. Num segundo momento, busca apresentar as fases de evolução legislativa ambiental, enfatizando a ruptura com o modelo privatista e fragmentado do direito, típicos desde o período colonial. Por último, procura apresentar um conjunto de (anti) políticas ambientais, próprias do atual governo, em que a estrutura “integral” do direito socioambiental: princípios, objetivos, órgãos e instrumentos estão sobre ataque e desmonte.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo-indutivo e realizado estudo descritivo teórico em simultaneidade ao descritivo empírico, relacionado às questões socioambientais. Ainda, foi utilizada a metodologia jurídica de análise, tomando-se o método observacional e a utilização da pesquisa descritiva, com base na documentação direta e indireta.

2 A BARBÁRIE QUE ESTÁ POR VIR

No início de 2018, a Organização Mundial da Saúde (OMS) incluiu uma “doença X” na lista de patologias que poderiam trazer “perigo internacional”². “A doença X, dizia ela, provavelmente resultaria de um vírus animal e surgiria em algum lugar do planeta onde o desenvolvimento econômico aproximaria humanos e animais selvagens”. Conforme Peter Daszak³: “A doença X se espalharia rápida e silenciosamente; explorando redes humanas de viagens e comércio, alcançaria vários países e seria difícil de conter”. Essa “doença X” pode ser qualquer doença, a exemplo da COVID-19. Em todo o caso, certo é que, para um

1 Para fins desse ensaio, toma-se como “necropolítica”, o termo caracterizado por Achille Mbembe: o uso do poder social e político para ditar como algumas pessoas podem viver e como algumas devem morrer.

2 OPAS. Folha informativa sobre COVID-19. *Organização Pan-Americana da Saúde*, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 10 set. 2020.

3 MOUTERDE P. Coronavirus: la dégradation de la biodiversité en question. *Le Monde.fr*, 07 abr. 2020. Disponível em: https://www.lemonde.fr/sciences/article/2020/04/04/coronavirus-la-degradation-de-la-biodiversite-en-question_6035591_1650684.html. Acesso em: 12 set. 2020.

número cada vez mais crescente de cientistas, não há dúvidas sobre a íntima ligação entre o surgimento dessas doenças e os danos causados ao meio ambiente.

No trabalho publicado em 2008, Kate Jones⁴ e sua equipe de pesquisadores identificaram 335 doenças infecciosas emergentes entre 1940 e 2004, desse total: 60% delas eram originárias da vida selvagem. O estudo também constatou que, se por um lado, o número de pessoas que sofrem de doenças infecciosas continua a diminuir, de outro, o número de epidemias vem aumentando desde 1940, atingindo seu auge na década de 1980. Além disso, 3/4 das doenças novas ou emergentes, que vêm afetando os seres humanos são zoonoses, ou seja, doenças transmitidas por animais⁵.

Entre esses patógenos estão: o vírus Marburg, que apareceu na Alemanha em 1967; o vírus Ebola, detectado pela primeira vez em 1976 no Zaire, atual República Democrática do Congo (RDC); o vírus da AIDS, descoberto nos Estados Unidos em 1981; o patógeno Hendra, identificado na Austrália em 1994; o vírus SARS, responsável pela síndrome respiratória aguda grave (SARS) em 2002, na China; o coronavírus da síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS-CoV) na Arábia Saudita em 2012.

Para Kate Jones⁶, dentre os fatores que desencadearam essas zoonoses está a mudança no uso dos solos⁷: a intensificação das ocupações humanas em áreas com vegetação originária associada à conversão dessas terras em agriculturáveis, alteraram a biodiversidade dos ecossistemas, ao mesmo tempo em que aproximam as populações humanas das florestas e da fauna silvestre. O empobrecimento dos ecossistemas incapacita a resposta epidemiológica das espécies e restringe as respostas imunológicas dos organismos⁸.

Segundo Serge Morand:

Estamos modificando profundamente as interações entre a fauna silvestre e seus próprios patógenos e destruindo a auto-regulação de ecossistemas que mantinham a circulação de vírus em baixa intensidade, observa ecologista em saúde e pesquisador do CNRS- CIRAD baseado na Tailândia. As mudanças agrícolas, a destruição de habitats naturais e a criação industrial de animais favorecem pontes epidemiológicas de animais silvestres para animais e para homens⁹.

4 JONES, K. E. *et al. Nature Review*, n. 451, 2008, p.990-993.

5 Muitas das doenças virais, mesmo aquelas com as quais já estávamos acostumados, como sarampo e varíola, surgiram das nossas relações com os animais. O sarampo, por exemplo, veio da Ásia, fruto do reiterado convívio entre bois, vacas e humanos. Esses criavam gado, abatiam os animais, manipulavam sua carne e seu sangue. Nessas condições, ao longo de centenas de anos, num mundo como o nosso, repleto de vírus, em algum momento uma mutação permitiu que um vírus bovino invadisse e se estabelecesse no organismo humano (BENSUSAN, N.. Nós, os outros animais, a devastação do planeta e a pandemia nossa de cada dia. *Blog ISA*, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/nos-os-outros-animais-a-devastacao-do-planeta-e-a-pandemia-nossa-de-cada-dia>. Acesso em: 12 set. 2020).

6 JONES, K. E. *et al. Nature Review*, n. 451, 2008, p.990-993.

7 Outras doenças encontram na destruição ambiental seu gatilho. Os surtos de ebola estão ligados à conversão de áreas de floresta em monoculturas e surgem repetidamente em várias regiões da África. No momento, por exemplo, o Congo enfrenta um novo surto, considerado como uma emergência internacional pela Organização Mundial da Saúde (OMS). A Amazônia enfrenta seguidamente epidemias de malária e de leishmaniose, doenças cujo vínculo com o desmatamento está bem estabelecido.

8 As mudanças climáticas e as modificações nas condições dos *habitats* originais podem forçar migrações entre espécies de animais e obrigá-los a contatos improváveis, se não fossem os efeitos da degradação socioambiental. Nesse sentido, não são apenas os morcegos ou pangolins repositórios dos vírus. Animais com o casco fendido como bois, camelos, porcos, lhamas, veados e outros da mesma ordem (*artiodactyla*) também abrigam vírus com o potencial zoonótico (BENSUSAN, N.. Alice no país da pandemia. *Blog ISA*, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/alice-no-pais-da-pandemia>. Acesso em: 12 set. 2020).

9 MORAND, S.. La crise de la biodiversité favorise les maladies infectieuses émergentes. *Charlie Hebdo.fr*, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://charliehebdo.fr/2020/02/international/la-crise-de-la-biodiversite-favorise-les-maladies-infectieuses-emergentes/>. Acesso em: 12 set. 2020.

Como destaca Bensusan¹⁰ e Magela¹¹, com o fim de garantir a sobrevivência da própria espécie na natureza, em condições de alteração do próprio agente ou das condições ambientais, ocorre o que se chama de “patobiocenose”. Nesse contexto de desequilíbrio, os vírus passam a se multiplicar de forma acelerada, em razão de suas características genéticas: sua cadeia de RNA (ácido ribonucleico) ou de DNA; transformando-se rapidamente, podendo tornar-se prevalentes, ou não, a depender de seu processo de adaptação ao ambiente, outros seres, como os seres humanos, limitam a sua adaptação à condição de diversidade genética, presente na espécie¹².

Desde a “grande fome” no século XIX, na Irlanda, onde as batatas geneticamente iguais foram cultivadas e atingidas por uma praga biológica, levando à morte milhares de pessoas e conduzindo outras tantas à migração forçada, até a gripe aviária e a gripe suína, precipitadas pela presença de animais geneticamente semelhantes em regimes cruéis de confinamento, já se observa o papel da diversidade biológica para o melhoramento da resistência genética a doenças, o que evita o perecimento de toda uma população de organismos¹³.

Assim, trata-se de um erro, acreditar que tudo não passa de um desastre natural, de um acidente ou de uma casualidade: o que se vê hoje é consequência das formas de produção prevalentes no planeta¹⁴. “Vale dizer, há uma íntima conexão entre a Terra e ser humano. Se agredimos a Terra, nos agredimos também a nós mesmos e vice-versa”¹⁵.

A voracidade do modo de acumulação de riqueza é tão devastadora que, segundo alguns cientistas, inaugurou-se uma nova era geológica: a Antropoceno¹⁶. Isso significa dizer que: quem ameaça a vida e acelera a sexta extinção em massa do planeta¹⁷, é o próprio ser humano. Por essa perspectiva, a era da “produção de morte em massa” pode também ser denominada “Necroceno”, pois como a Terra¹⁸ e a humanidade¹⁹ estão interligadas, formando

10 BENSUSAN, N.. Nós, os outros animais, a devastação do planeta e a pandemia nossa de cada dia. *Blog ISA*, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/nos-os-outros-animais-a-devastacao-do-planeta-e-a-pandemia-nossa-de-cada-dia>. Acesso em: 12 set. 2020.

11 DAMASIO, K.. Enquanto o desmatamento dispara, pesquisadores alertam para o risco de novas epidemias. *National Geographic Brasil*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/05/enquanto-desmatamento-dispara-pesquisadores-alertam-para-o-risco-de-novas>. Acesso em: 12 set. 2020.

12 As florestas tropicais, por serem particularmente ricas em biodiversidade, também são muito ricas em microorganismos. Mas nem todos são patogênicos: pelo contrário, a grande maioria deles tem funções essenciais e positivas. “O risco de contrair um patógeno está ligado ao perigo microbiológico, associado à diversidade biológica e aos ecossistemas em geral, mas também à exposição das populações e a sua vulnerabilidade” (GUÉGAN *apud* MOUTERDE P. Coronavirus: la dégradation de la biodiversité en question. *Le Monde.fr*, 07 abr. 2020. Disponível em: https://www.lemonde.fr/sciences/article/2020/04/04/coronavirus-la-degradation-de-la-biodiversite-en-question_6035591_1650684.html. Acesso em: 12 set. 2020).

13 BENSUSAN, N.. Alice no país da pandemia. *Blog ISA*, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/alice-no-pais-da-pandemia>. Acesso em: 12 set. 2020.

14 BENSUSAN, N.. Nós, os outros animais, a devastação do planeta e a pandemia nossa de cada dia. *Blog ISA*, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/nos-os-outros-animais-a-devastacao-do-planeta-e-a-pandemia-nossa-de-cada-dia>. Acesso em: 12 set. 2020.

15 BOFF, L.. Coronavírus: uma represália de Gaia, da mãe Terra? *IHU on line*, 12 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597038-coronavirus-uma-represalia-de-gaia-da-mae-terra>. Acesso em: 12 set. 2020.

16 A denominação “Antropoceno” foi proposta pelo químico atmosférico Paul Crutzen em 2000 nos autos do Encontro Internacional do Programa de Geosfera-Biosfera (IGBP), ocorrido no México. O antropoceno é uma época, no sentido geológico do termo, referindo-se a uma “epocalidade” no que concerne à espécie humana. A era do *homo destructor* é a primeira época geológica em que uma força geologicamente determinante é ativamente consciente de seu papel geológico e modificadora de sua própria natureza.

17 Em 2009, a Revista *Nature* publicou um estudo em que os cientistas identificavam nove processos biofísicos do Sistema Terra, que em sendo mantidas o grau predatório das intervenções humanas, levarão à extinção de nossa espécie: mudanças climáticas, acidificação dos oceanos, depleção do ozônio estratosférico, uso de água doce, perda de biodiversidade, interferência nos ciclos globais de nitrogênio e fósforo, mudança no uso do solo, poluição química, taxa de aerossóis atmosféricos. Ao que todos os processos se interregulam (DANOWSKI, D.; CASTRO, E. V.. *Há um mundo por vir?* Ensaio sobre os medos e os fins. Florianópolis: Ed. Instituto Socioambiental (ISA), 2014).

18 Modernamente, cientistas vindos das ciências da vida e do universo comprovaram, empiricamente, que ela não só possui vida, mas ela mesma é viva. Emerge como um Ente vivo, um superorganismo que se comporta como um sistema que combina todos os fatores e as energias cósmicas de tal forma que sempre se mantém viva e que produz permanentemente as mais diversas formas de vida (BOFF, L.. Coronavírus: uma represália de Gaia, da mãe Terra? *IHU on line*, 12 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597038-coronavirus-uma-represalia-de-gaia-da-mae-terra>. Acesso em: 12 set. 2020).

19 É necessário prestar atenção à distribuição social dos impactos planetários, os quais nem sempre são facilmente quantificáveis. A desigualdade na disponibilidade de água potável, por exemplo, dificilmente poderá ser solucionada por uma redistribuição global. Assim, seguindo os passos de Ailton Krenak estamos de acordo com a afirmação de que existem diversas “humanidades”. (KRENAK, A.. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019).

uma única e complexa unidade, a “produção de morte em massa” atinge tanto a natureza, como o interior da própria humanidade²⁰.

No dizer de Deborah Danowski e Eduardo de Castro²¹, a ruína de nossa civilização global poderá arrastar consigo parcelas consideráveis da população, a começar pelas massas miseráveis, sobreviventes geopolíticos do “sistema mundial”, até alcançar o colapso da natureza, que atingirá a todos os seres vivos. Conforme Isabelle Stengers²² a “barbárie está por vir” e será tão bárbara quanto o sistema técnico-econômico dominante, capitalismo mundial integrado, continuar sua *fuite en avant*.

De acordo com a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO)²³, o aumento das doenças infecciosas emergentes coincidiu com o crescimento acelerado das taxas de desmatamento tropical (250 milhões de hectares) registradas nos últimos 40 anos.

Com 5,5 milhões de km², a Amazônia é maior floresta tropical e abriga um terço da biodiversidade do planeta. As dezenas de milhares de espécies que ali habitam coexistem em graus moderados de competição e predação. Cada uma, por sua vez, abriga parasitas como vírus, protozoários e bactérias que também convivem harmoniosamente no ciclo silvestre. Desse modo, quaisquer perturbações nesses ecossistemas (desmatamento, degradação, queimadas, urbanização ou mudança do uso do solo ou de hábitos alimentares dos humanos) podem provocar uma ruptura no equilíbrio silvestre, com capacidade de fazer emergir uma nova zoonose²⁴. Segundo Laporta, “há uma grande probabilidade de que, do desmatamento ou do processo de colapso dos ecossistemas da Amazônia, se origine uma nova pandemia”²⁵.

Nesse contexto, não por acaso, as regiões que foram alvo de “60% de toda degradação ambiental” da floresta tropical em 2019, somando as maiores taxas de desmatamento e queimada, veem, agora, suas populações expostas à contaminação da Covid-19²⁶. Segundo dados do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, o entorno dos dez principais *hotspots*²⁷ amazônicos, áreas ameaçadas pela presença constante de infratores ambientais, como madeireiros, grileiros e garimpeiros, são também as regiões que necessitam de maior proteção aos povos e populações da Amazônia²⁸.

Desde 1º de agosto de 2019, quando tem início o calendário anual do desmatamento, até 21 de maio de 2020, o Sistema de Detecção do Desmatamento em Tempo Real (Deter) do Instituto Nacional de Pesquisas Especiais (Inpe)²⁹, já emitiu 28.709 alertas de supressão da

20 BOFF, L.. Coronavírus: uma represália de Gaia, da mãe Terra? *IHU on line*, 12 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597038-coronavirus-uma-represalia-de-gaia-da-mae-terra>. Acesso em: 12 set. 2020.

21 DANOWSKI, D.; CASTRO, E. V. *Há um mundo por vir?* Ensaio sobre os medos e os fins. Florianópolis: Ed. Instituto Socioambiental (ISA), 2014.

22 STENGERS, I. *Au temps des catastrophes: résister ala barbarie qui vient*. Paris: Les Empecheurs de Penser en Rond 1; La Decouverte, 2009.

23 FAO. FAO: Incentivos gera redução de desmatamento no Brasil. *Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura*, 18 jul. 2016. Disponível em: <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/426091/>. Acesso em: 10 set. 2020.

24 DAMASIO, K.. Enquanto o desmatamento dispara, pesquisadores alertam para o risco de novas epidemias. *National Geographic Brasil*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/05/enquanto-desmatamento-dispara-pesquisadores-alertam-para-o-risco-de-novas>. Acesso em: 12 set. 2020.

25 DAMASIO, K.. Enquanto o desmatamento dispara, pesquisadores alertam para o risco de novas epidemias. *National Geographic Brasil*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/05/enquanto-desmatamento-dispara-pesquisadores-alertam-para-o-risco-de-novas>. Acesso em: 12 set. 2020.

26 DINIZ, Carolina. ‘Teremos um novo colapso’: cientistas alertam que dados da Covid-19 em queda podem saltar após relaxamento de medidas de isolamento em Manaus. *G1*, 07 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/07/teremos-um-novo-colapso-cientistas-alertam-que-dados-da-covid-19-em-queda-podem-saltar-apos-relaxamento-de-medidas-de-isolamento-em-manaus.ghtml>. Acesso em: 11 set. 2020.

27 Um hotspot de biodiversidade ou *hotspot* ecológico é uma região biogeográfica que é simultaneamente uma reserva de biodiversidade, que pode estar ameaçado de destruição.

28 AMAZONAS ATUAL. MPF reforça pedido para combate ao desmatamento em dez áreas críticas na Amazônia. *Amazonas Atual*, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/mpf-reforca-pedido-para-combate-ao-desmatamento-em-dez-areas-criticas-na-amazonia/>. Acesso em: 11 set. 2020.

29 BRASIL. Deter. *Coordenação Geral de Observação da Terra*. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/deter/deter>. Acesso em: 11 set. 2020.

cobertura vegetal em 6.058,51 km² da Amazônia Legal. Praticamente um quinto desta área identificada pelo Deter (1.048,38 km) sofreu corte raso a partir de 13 de março, dia em que foi notificado o primeiro paciente diagnosticado com Covid-19, no Estado do Amazonas³⁰.

Já o Prodes, outro programa do Inpe, que calcula a taxa anual oficial de desmatamento, identificou que 9.762 km² da vegetação da Amazônia foi ilegalmente suprimida entre 1º de agosto de 2018 a 31 de julho de 2019, um aumento de 30% do desflorestamento, em relação ao mesmo período do ano anterior e o maior valor registrado na última década. A remoção da cobertura vegetal em terras indígenas cresceu 74% e dobrou nas Unidades de Conservação Federais.

Apesar dos crescentes índices de desmatamento ilegal na Amazônia³¹, o Ministério Público Federal -MPF constatou que a União “não vem adotando as medidas previstas no Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia”. Houve um “afrouxamento da atividade fiscalizatória federal, exemplificada pelo número de autos de infração lavrados pelo Ibama por ilícitos ambientais”³².

No Amazonas, o MPF aponta que apenas quatro operações de fiscalização aconteceram em 2019, contra 45 em 2018. Ressalta também que o Ibama lavrou apenas 201 autos de infração – no ano anterior, foram 360. “O mesmo fenômeno de afrouxamento de fiscalização se verificou no Instituto Chico Mendes de Biodiversidade -ICMBio, órgão responsável pelo enfrentamento de ilícitos ambientais em unidades de conservação federais”, tendo como base o fato de que foram realizadas apenas 13 das 83 ações de fiscalização programadas para 2019³³.

3 DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO: ENTRE OS “ASSALTOS AOS ECOSISTEMAS” E A PROTEÇÃO INTEGRAL

O Brasil, em nada diferindo de outras nações, alavancou o progresso convencido de que para “crescer” era preciso “destruir”. Sem questionamento, aceitava-se que o progresso e o bem-estar social derivavam da dominação e exclusão da natureza. As gerações da sociedade industrial, certamente, aceleraram a trajetória centenária do “assalto aos ecossistemas”, trata-se de um processo de “degradação intergeracional”, onde os ataques ao meio ambiente praticados pela geração seguinte fazem-se por continuidade e adição³⁴.

Essa súbita *colisão* entre humanos e terra, entre a comunicação do geopolítico com o geofísico, contribui de modo decisivo para o desmoronamento da distinção fundamental da episteme moderna, distinção entre as ordens cosmológicas e antropológicas separadas desde o século XVII³⁵.

Isso equivale dizer que por maiores e mais ágeis que sejam os esforços governamentais, parlamentares e jurídicos-judiciais em favor do meio ambiente, todos estarão condenados ao

30 DAMASIO, K. Enquanto o desmatamento dispara, pesquisadores alertam para o risco de novas epidemias. *National Geographic Brasil*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/05/enquanto-desmatamento-dispara-pesquisadores-alertam-para-o-risco-de-novas>. Acesso em: 12 set. 2020.

31 O Relatório Planeta Vivo 2018, lançado pela WWF, no final de outubro, mostrou que após 1970 o país destruiu 20% da Amazônia e 50% do Cerrado e este processo de desmatamento e destruição da vegetação natural pode atingir um ponto de não retorno, com consequências dramáticas sobre a população brasileira e mundial. (FACHIN, P. Agenda ambiental do próximo governo não é só prejudicial ao país, mas uma ameaça ao planeta. Entrevista especial com José Eustáquio Diniz Alves. *IHU on line*, 08 nov. 2018. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/584464-agenda-ambiental-de-bolsonaro-nao-e-so-prejudicial-ao-pais-mas-uma-ameaca-ao-planeta-entrevista-especial-com-jose-eustaquio-diniz-alves>. Acesso em: 13 set. 2020).

32 ASCOM MPF. MPF reforça pedido para combate ao desmatamento em dez áreas críticas na Amazônia. *Revista MPF*, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/mpf-reforca-pedido-para-combate-ao-desmatamento-em-dez-areas-criticas-na-amazonia/>. Acesso em: 12 set. 2020.

33 ASCOM MPF. MPF reforça pedido para combate ao desmatamento em dez áreas críticas na Amazônia. *Revista MPF*, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/mpf-reforca-pedido-para-combate-ao-desmatamento-em-dez-areas-criticas-na-amazonia/>. Acesso em: 12 set. 2020.

34 BENJAMIN, H.. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. *Fórum Lusófono sobre Redação Normativa e Direito do Ambiente (IUCN)*, Cabo Verde, 23-27 de nov. 1998.

35 DANOWSKI, D.; CASTRO, E. V.. *Há um mundo por vir?* Ensaio sobre os medos e os fins. Florianópolis: Ed. Instituto Socioambiental (ISA), 2014.

fracasso, caso não se supere a estratificação natureza e cultura.

No Brasil, a “evolução” legislativo-ambiental tem sido marcada por valorações ético-jurídicas do ambiente, que embora bastante diferenciadas, na forma e no tratamento da questão ambiental, funcionam mais por suas combinações e sobreposições parciais entre as normativas³⁶. Mesmo no período atual, em que há flagrante alteração e substituição das fontes de direito.

Assim, enquanto até a década de 60 quase não existiam normas protetivas socioambientais, mas apenas iniciativas pontuais na sua maior parte relegadas ao tratamento pulverizado, assistemático e privatístico dos “direitos de vizinhança”, nas décadas posteriores, até a Política Nacional do Meio Ambiente de 1981, já se observa uma preocupação com largas categorias de recursos naturais, impondo controles legais às atividades de exploração. Se na primeira fase, havia um comprovado *laissez-faire* ambiental, em que a “conquista de fronteiras” era o que importava. Na segunda fase, a percepção da degradação ambiental operava no plano ético, pelo utilitarismo, nos planos formal e material, pela fragmentação das relações socioambientais, incluindo o próprio aparato jurídico³⁷.

A reorientação ética e normativa somente viria a ocorrer com a Lei Federal 6938/1981, denominada Política Nacional do Meio Ambiente, quando o meio ambiente passou a ser protegido de maneira integral, com autonomia valorativa e com garantias de implementação perante a justiça. A lei não apenas estabeleceu os princípios, objetivos e estrutura organizacional específica da/para a política ambiental, como incorporou no ordenamento jurídico instrumentos de prevenção e proteção, para além da conservação já existente. Instituiu-se ao lado do estudo de impacto ambiental, o regime de responsabilidade civil objetiva para o dano ambiental, a qual viria a ser complementada com a Lei de Crimes Ambientais em 1998, ambas com legitimação de ação para o Ministério Público.

A lacuna nas ordens constitucionais anteriores a 1988, assim como a compreensão restritiva à prevenção e à proteção socioambiental, impuseram sério óbice à regulamentação legal sobre o controle das atividades nocivas ao meio ambiente, pois faltando base incontroversa, os titulares deveriam recorrer à proteção da saúde ou ao regramento que protegesse a produção e o consumo. Ora, em nenhum desses casos é possível confundir uns e outros, se bem que possam convergir em algumas situações específicas, como no caso da proteção sanitária e a Covid-19. Não obstante, os aspectos da proteção socioambiental são absolutamente mais abrangentes, alcançando todas as influências e interações de ordem física, química e biológica que permita, abrigue e reja a vida em todas as suas formas (art 3 Lei Federal 6938/1981).

Segundo o entendimento interpretativo sobre a norma constitucional em vigor, essa omissão teria sido superada pela previsão do art. 225 da Constituição Federal, o qual estabeleceu a titularidade de “todos os seres vivos”, seres humanos ou não, ao exercício do “direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Essa garantia se entrelaça à adoção constitucional do princípio da função social da propriedade, já que ambos resguardam “processos ecológicos essenciais”³⁸.

A norma constitucional também entrecruza direitos e deveres socioambientais explícitos

36 BENJAMIN, H.. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. *Fórum Lusófono sobre Redação Normativa e Direito do Ambiente (IUCN)*, Cabo Verde, 23-27 de nov. 1998.

37 Entre os exemplos de normas fragmentadas estão: o Código Florestal de 1965, os Códigos de Caça e Pesca de 1967, o Código de Mineração de 1967, etc.

38 BENJAMIN, H.. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. *Fórum Lusófono sobre Redação Normativa e Direito do Ambiente (IUCN)*, Cabo Verde, 23-27 de nov. 1998.

(direito ao meio ambiente sustentável, art. 225) e implícitos (direito à vida e à saúde, art. 5, I, art. 6, art. 196), e também direitos materiais (preservação da fauna e flora, art. 225§1, VII) e instrumentais (estudo prévio de impacto ambiental, art. 225, §1, IV). As competências de exercício (art. 23) e de legislação (art. 24) são comuns e concorrentes, aos entes federativos da administração pública nacional, mas, no caso da fiscalização, também é atributo dos cidadãos organizados.

Para além daqueles deveres impostos ao Estado, uma série de outras ações estatais são disponibilizadas, com o fim de enfrentar as causas e as consequências da degradação ambiental, inclusive por força dos “princípios da prevenção” e da “precaução”, conforme haja previsão quanto à (in)certeza científica em relação aos impactos ambientais.

Já em caso da omissão de parte do Estado, em face de medidas protetivas legislativas e executivas, que deveriam ter assegurado a eficácia e a efetividade do direito fundamental em questão, tem cabimento o controle judicial, tanto sob a via abstrata quanto difusa. De acordo com Odete Medauar³⁹:

[...]cabe ao Judiciário apreciar o cumprimento, por parte do Legislativo ou por parte do Executivo, das diretrizes constitucionais ou legais relativas à proteção ambiental, para que tornem efetivas e não sejam desrespeitadas ou ignoradas. Resta claro, assim, que no caso das omissões do Executivo, há muito consideradas pelo Judiciário na esfera da responsabilidade civil, não de ser apreciadas em matéria de defesa do meio ambiente, para que as autoridades sejam obrigadas a adotar as medidas permanentes, com fundamento sobretudo na Constituição Federal.

O controle judicial de políticas públicas ambientais é também mecanismo conferido ao cidadão (s), individual ou coletivamente organizados, já que considerada atividade política de controle dos poderes estatais, com fundamento constitucional no próprio *caput* do art. 225, ao estabelecer o dever, não apenas do poder público, mas também da “coletividade”, no sentido de defender e proteger o ambiente para as presentes e futuras gerações⁴⁰.

As omissões ou ações predadoras impetradas pelo Poder Público e por particulares não podem esquivar-se do controle do cidadão, perfeitamente legítimo no marco jurídico constitucional de um Estado Democrático de (e, portanto, subordinado ao) Direito⁴¹.

4 COMO SE NÃO BASTASSE... UMA AGENDA AMBIENTAL “DA MORTE”

Em novembro de 2018, o professor José Eustáquio Alves, (ENCE/IBGE) afirmava em entrevista ao Instituto Humanitas:

A agenda ambiental do presidente eleito é prejudicial não só ao Brasil, mas é uma ameaça ao planeta. Reforçar a produção desregulada de *commodities* agrícolas e minerais pode transformar o país em grande emissor de gases de efeito estufa (GEE), agravando os efeitos do aquecimento global, que deve se voltar como um bumerangue contra o próprio Brasil. O governo Bolsonaro,

39 MEDAUAR, O. Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais? In: DÍSEP, Clarissa Ferreira M.; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

40 SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, a. 20, p.42-110, jan.-jul., 2019.

41 SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, a. 20, p.42-110, jan.-jul., 2019.

tudo indica, deve reforçar o setor produtivo do agronegócio e da mineração, podendo, também, de uma forma ou de outra, favorecer as atividades dos grileiros, dos bandidos que se apossam das terras públicas e dos garimpeiros ilegais. As eleições de 2018 foram péssimas para as áreas protegidas da Amazônia. As terras indígenas e áreas de conservação – que funcionam como defesa contra a devastação da floresta e a “defaunação” – podem se transformar em uma nova fronteira para o latifúndio, a pecuária, a monocultura e a mineração⁴²

No mesmo sentido, Adriana Ramos, consultora do Instituto Socioambiental (ISA), entrevistada pela Carta Capital, em dezembro de 2018, previa:

O indicado para a pasta do Meio Ambiente não é um quadro técnico. Sua indicação, de viés ideológico, é coerente com a fragilização da gestão ambiental sinalizada pelas manifestações anteriores do presidente eleito. De resto, Jair Bolsonaro já manifestou o desejo e fez a promessa de juntar em uma só pasta os ministérios da Agricultura e do Meio Ambiente. Não pegou bem nem com os ruralistas. Ele recuou. Também já disse mais de uma vez que o Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente) opera uma “indústria da multa”, que pune – por convicção ideológica e/ou interesses econômicos escusos – os produtores rurais brasileiros, não raro o fazendo em conluio com forças internacionalistas que podem chegar até a ameaçar a soberania territorial brasileira⁴³

Na mesma época, para a Carta Capital, Claudio Ângelo, coordenador do Observatório do Clima, instituto da Fundação Getúlio Vargas (FGV), complementou:

É a primeira vez que teremos um ministro do Meio Ambiente que assumidamente se opõe à agenda ambiental, que questiona a veracidade do aquecimento global, que põe em dúvida todos os avanços conquistados pelo Brasil desde a ECO 1992. Toda a política ambiental brasileira, ancorada nos pressupostos e aferimentos científicos, é agora colocada sobre questionamento. É muito grave.⁴⁴

Assim, sem qualquer surpresa, antes mesmo de tomar posse, o novo presidente já anunciava que acabaria com o Ministério do Meio Ambiente (MMA), submetendo-o ao da Agricultura. A forte repercussão negativa fez Jair Bolsonaro voltar atrás, mas não desistir de seu objetivo: desorganizar os quadros funcionais das instituições e limitar suas competências. A partir da nomeação do ministro Ricardo Salles, uma enxurrada de medidas e decretos vem atingindo conquistas históricas relativas à política nacional e ao direito do meio ambiente, ferindo de morte os dispositivos constitucionais sobre a matéria.

Nos primeiros 100 dias, o governo Bolsonaro empenhou-se em realizar uma “agenda antiambiental”, entre as medidas destacavam-se: a) o esvaziamento do Ministério do Meio Ambiente (MP 870/19-art.21; Decreto 9672/19; Decreto 96667/19): extinção de secretarias, transferência da Agência Nacional da Água para outro ministério, transferência do Serviço Florestal para outro ministério; b) a desestrutura do licenciamento ambiental (IN 8/2019;

42 FACHIN, P. Agenda ambiental do próximo governo não é só prejudicial ao país, mas uma ameaça ao planeta. Entrevista especial com José Eustáquio Diniz Alves. *IHU on line*, 08 nov. 2018. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/584464-agenda-ambiental-de-bolsonaro-nao-e-so-prejudicial-ao-pais-mas-uma-ameaca-ao-planeta-entrevista-especial-com-jose-eustaquio-diniz-alves>. Acesso em: 13 set. 2020.

43 SEGALLA, V. Com Salles no ministério, Bolsonaro abre “guerra” contra meio ambiente”. *Carta Capital*, 11 dez. 2018. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/por-que-os-ambientalistas-acham-que-o-pais-vai-dar-marcha-re-em-2019/>. Acesso em: 13 set. 2020.

44 SEGALLA, V. Com Salles no ministério, Bolsonaro abre “guerra” contra meio ambiente”. *Carta Capital*, 11 dez. 2018. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/por-que-os-ambientalistas-acham-que-o-pais-vai-dar-marcha-re-em-2019/>. Acesso em: 13 set. 2020.

Decreto 9669/19): inclui a delegação de processos a cargo do IBAMA, cria uma secretaria de apoio ao licenciamento e desapropriações; c) o enfraquecimento e perda de autonomia do IBAMA e ICMBio (atos informais e ofícios circulares): proibição de comunicação entre os órgãos e a sociedade, “lei da mordada”, decisões dos órgãos ignoram as auditorias técnicas em desfavor dos empreendimentos⁴⁵.

Diante dessas reorientações e decisões do governo Bolsonaro, em atitude inédita, os ex-ministros de Estado do Meio Ambiente firmaram um comunicado conjunto em 08 de maio de 2019:

A governança socioambiental no Brasil está sendo desmontada, em afronta à Constituição[...]

Estamos assistindo a uma série de ações, sem precedentes, que esvaziam a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas do Ministério do Meio Ambiente, entre elas: a perda da Agência Nacional de Águas, a transferência do Serviço Florestal Brasileiro para o Ministério da Agricultura, a extinção da secretaria de mudanças climáticas e, agora, a ameaça de «descrição» de áreas protegidas, apequenamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente e de extinção do Instituto Chico Mendes. [...] Nas últimas três décadas, a sociedade brasileira foi capaz, através de sucessivos governos, de desenhar um conjunto de leis e instituições aptas a enfrentar os desafios da agenda ambiental brasileira nos vários níveis da Federação[...]

Estamos diante de um risco real de aumento descontrolado do desmatamento na Amazônia. Os frequentes sinais contraditórios no combate ao crime ambiental podem transmitir a ideia de que o desmatamento é essencial para o sucesso da agropecuária no Brasil. A ciência e a própria história política recente do país demonstram cabalmente que isso é uma falácia e um erro que custará muito caro a todos nós. [...]

O discurso contra os órgãos de controle ambiental, em especial o Ibama e o ICMBio, e o questionamento aos dados de monitoramento do INPE, cujo sucesso é autoevidente, soma-se a uma crítica situação orçamentária e de pessoal dos órgãos[...]

Pela mesma moeda, há que se fortalecer as regras que compõem o ordenamento jurídico ambiental brasileiro, estruturadas em perspectiva sistêmica, a partir da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente de 1981. O Sistema Nacional de Meio Ambiente precisa ser fortalecido especialmente pelo financiamento dos órgãos que o integram [...]

Tampouco podemos deixar de assinalar a nossa preocupação com as políticas relativas às populações indígenas, quilombolas e outros povos tradicionais, iniciada com a retirada da competência da Funai para demarcar terras indígenas. Há que se cumprir os preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988 [...]

É urgente que o Brasil reafirme a sua responsabilidade quanto à proteção do meio ambiente e defina rumos concretos que levem à promoção do desenvolvimento sustentável e ao avanço da agenda socioambiental, a partir de ação firme e comprometida dos seus governantes⁴⁶.

Para o cientista Antonio Oviedo, membro pesquisador do Programa de Monitoramento do Instituto Socioambiental (ISA), um conjunto de pautas ambientais e humanas estão ameaçadas em se mantendo os objetivos políticos da atual gestão do Ministério do Meio Ambiente, seriam

45 GREENPEACE BRASIL. Retrocessos ambientais marcam os 100 dias do governo Bolsonaro. *Greenpeace blog*, 09 abr. 2019. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/retrocessos-ambientais-marcam-os-100-dias-do-governo-bolsonaro/>. Acesso em: 12 set. 2020.

46 BELLESA, M. Ex-ministros do Meio Ambiente condenam “desmonte da governança socioambiental”. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, 08 maio 2019. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/reuniao-ex-ministros-de-meio-ambiente>. Acesso em: 13 set. 2020.

elas:(i) agricultura sustentável e segurança alimentar por meio da aprovação desenfreada de agrotóxicos e ausência de propostas para a agricultura familiar;(ii) reconhecimento e demarcação de terras indígenas e territórios quilombolas por meio da desestruturação da Funai;(iii) direitos dos povos indígenas por meio das tentativas de descumprimento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que garante o direito de consulta prévia aos povos indígenas sobre projetos e obras que impactam seus territórios;(iv) licenciamento ambiental por meio das inúmeras propostas de flexibilização da legislação, que podem ampliar os casos de desastres ambientais, como o de Brumadinho e Mariana;(v) cumprimento das metas da Política Nacional de Mudanças climáticas por meio do não cumprimento dos prazos e metas, e reduções de 86% do orçamento para enfrentar as mudanças climáticas;(vi) combate ao desmatamento por meio da reestruturação do Ministério do Meio Ambiente;(vii) consolidação das áreas protegidas ao invés de revisão geral das 334 unidades de conservação no Brasil, atualmente administradas pelo Instituto Chico Mendes de Biodiversidade - ICMBio⁴⁷.

Nesse sentido, não pode haver dúvidas quanto a identificação e coerência entre as ações e omissões governamentais e a pauta reivindicada pela Frente Parlamentar da Agropecuária: 1. Alteração da Portaria nº 115 IBAMA, sobre a proibição do manejo florestal do pequizeiro pela Portaria 32, que possibilita ao órgão licenciador em não encontrando alternativa técnica e locacional para a implantação do empreendimento, autorizar o corte proibido por lei.; 2. Articulação política para o Projeto de Lei do Licenciamento Ambiental (3.729/2004) e a dispensa de licenciamento para atividades agropecuárias, a criação do licenciamento autodeclaratório e a flexibilização das exigências ambientais em todo país; 3. Articulação política para aprovação do PL 6.299/2003, que cuida de defensivos agrícolas e cria um novo marco legal; 4. Revisão do Decreto 6.514/2008, das Infrações e a assinatura do Decreto 9.760/2019: a medida muda o Decreto 6.514/2008, que dispõe sobre infrações cometidas contra o meio ambiente, a aplicação de sanções administrativas e o processo administrativo para apuração dessas infrações no âmbito federal; 5. Revisão da composição, competências e perfil dos conselheiros do Conama por meio do Decreto 9.806/2019, que reduziu o número de conselheiros do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama)⁴⁸; 6. Revogação das resoluções do CONAMA 302/2002, 303/2002, 369/2006, e portarias do MMA 443, 444 e 445, sobre espécies ameaçadas de extinção⁴⁹; 7. Revisão do Decreto 9.179/2017, sobre conversão de multas ambientais, contemplada pelo Decreto 9.760/2019; 8. Revisão dos atos de criação das reservas da biosfera de todos os biomas, um total de 334 unidades de conservação federais. 9. Revisão da IN (Instrução Normativa) do Ibama, que cuida da conversão de multas,

47 FACHIN, P. A atual política nacional para o meio ambiente e o incentivo ao crime ambiental. Entrevista com Antonio Oviedo. *IHU on line*, 24 maio 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/589434-politica-nacional-para-o-meio-ambiente-e-enfraquecida-por-uma-avalanche-de-acoes-que-convidam-ao-crime-ambiental-entrevista-especial-com-antonio-oviedo>. Acesso em: 12 set. 2020.

48 O número de conselheiros encolheu de 96 para 23 e o plenário passou a ser presidido apenas pelo presidente do Ibama, cargo antes compartilhado com o presidente do Instituto Chico Mendes (ICMBio). Havia uma cadeira para cada um dos 26 estados e o Distrito Federal, e agora são cinco, com um estado de cada região. Os mais de 5 mil municípios brasileiros terão apenas dois representantes. A sociedade civil, na qual estavam incluídos ambientalistas, representantes dos trabalhadores rurais, dos povos indígenas, dos povos tradicionais, dos policiais militares e corpos de bombeiros e da academia –, ocupava 23 assentos. Agora são apenas quatro. O novo Decreto excluiu também representações regionais. E os novos membros serão escolhidos por sorteio, com mandato de apenas um ano. O decreto veta que um conselheiro da sociedade civil seja reconduzido. O encolhimento do órgão está sendo questionado pela Frente Parlamentar Ambientalista, que já apresentou Projeto de Decreto Legislativo para sustar o decreto que “representa um “ataque às instituições e mecanismos de elaboração, fiscalização e monitoramento do meio ambiente”. No final de maio, o Instituto Brasileiro de Proteção Ambiental (Proam) protocolou representação na Procuradoria-geral da República (ASCOM MPF. MPF reforça pedido para combate ao desmatamento em dez áreas críticas na Amazônia. *Revista MPF*, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/mpf-reforca-pedido-para-combate-ao-desmatamento-em-dez-areas-criticas-na-amazonia/>. Acesso em: 12 set. 2020).

49 Em meados de 2019, o Ministério da Agricultura pediu ao MMA a suspensão do cadastro de espécies aquáticas consideradas em risco de extinção e da Portaria 445/2014, o Livro Vermelho dos animais aquáticos em risco de extinção. Isso porque o cadastro teria gerado repercussão negativa no setor pesqueiro e prejuízos econômicos. Oficialmente, a pasta dirigida por Tereza Cristina (DEM-MS) afirmou ter feito o pedido de análise das espécies consideradas em risco de extinção por discordar da metodologia utilizada na elaboração da lista. Tal metodologia foi desenvolvida pela *International Union for Conservation of Nature* (IUCN), que reúne mais de 1.250 organizações, governos, agências governamentais e ONGs.

contemplada parcialmente pelo Decreto 9.760/2019, que trata também das infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações; 10. Regulamentação do decreto que institui a cota de Reserva Ambiental (Decreto 9.640/2018)⁵⁰; 11. Proposição da alteração da Lei 9.985/2000 e Decreto 4.340/2002, a fim de assegurar ao proprietário da terra dentro de UC, que seja indenizado no prazo máximo de 05 anos; 12. Implementação do Programa de Conversão de Multas, do artigo 42 do novo Código Florestal, para as multas lacradas antes de 22 de julho de 2008, onde não era vedada a supressão da vegetação⁵¹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é possível verificar que não há equívocos no planejamento e na execução da “agenda ambiental” do atual governo, tendo em vista a atuação do então ministro Salles e seus vínculos associativos à chamada “bancada ruralista” parlamentar. Nesse sentido, inúmeras ações e omissões tem carregado a (anti) política socioambiental do país, com impactos à credibilidade internacional.

Nesse sentido, foram (são) as inúmeras coincidências entre os interesses dessa Frente Parlamentar e os Decretos emitidos pelo Ministério do Meio Ambiente, entre elas chamam a atenção: a flexibilização do licenciamento ambiental e a negociação quanto às sanções administrativas decorrentes das (ir)responsabilidades ambientais. Urge observar como esses descumprimentos materiais, em flagrante confronto ético à perspectiva integracionista e formal à abordagem sustentável e preventiva contidas na Constituição e nas leis federais complementares, irão reverberar no Poder Judiciário.

Essa “agenda de destruição, disfarçada de soberania”, como denuncia Telma Monteiro, inclui a exploração de riquezas florestais e minerais à exaustão como insumo à produção de *commodities* agrícolas. Uma destruição disfarçada de soberania agroexportadora, que incorre no colapso ambiental da perda de biodiversidade, na emissão crescente de CO₂, na ampliação da lista de espécies em extinção, na escassez e poluição das águas dos rios e do mar e na (in)sobrevivência de todas as populações, mesmo que em momentos distintos.

Com certeza, a “pandemia nossa de cada dia” deixou às claras a questão da “necropolítica” do Estado em matéria ambiental, com reflexos para práticas sociais alternativas, restrições econômicas, adaptações culturais e rupturas epistemológicas jurídicas. De qualquer modo, talvez essa não seja “a maior das barbáries”, se se considerar o extermínio em curso. Por certo, o negacionismo científico, como mecanismo psíquico necessário para evitar o sofrimento maior dos sujeitos, ou, simplesmente para recusar a realidade, tem colaborado para vendar a sociedade em geral.

Porém, como indica Bruno Latour, em sua obra “Onde aterrar” (2020), as elites sabem muito bem, e há bastante tempo, o que está acontecendo, sabem que não há “mundo para todos”. Nesse cenário, os neoliberais conseguiram impor um “governo do 1%, para 1%, pelo 1%”, e para os quais o bem-estar global jamais ocorrerá, “porque simplesmente já não lhes importa”.

50 Pelo decreto 9.640/2018, publicado no final de dezembro, por Michel Temer, o proprietário ou possuidor de imóvel com reserva legal conservada, inscrita no Cadastro Ambiental Rural (CAR), com área maior que o mínimo exigido pelo Código Florestal, poderá utilizar a área excedente como CRA. Cada CRA corresponde a um hectare de vegetação nativa ou de reflorestamento nativo.

51 A reivindicação era contemplada em parte pela Medida Provisória (MP) 867/18, que trazia benefícios aos agropecuaristas. Entre eles, o prazo até 31 de dezembro de 2020 para se cadastrar no Programa de Regularização Ambiental (PRA). Isso permite acesso a créditos públicos rurais, e a anistia para aqueles que descumpriram o Código Florestal, desmatando área de aproximadamente cinco milhões de hectares (OLIVEIRA, C.. Em cinco meses, governo Bolsonaro atende conjunto da pauta ruralista. *Rede Brasil Atual*, 17 jun. 2019. Disponível em <https://www.redebrasilatual.com.br/ambiente/2019/06/em-cinco-meses-governo-bolsonaro-atende-conjunto-da-pauta-ruralista/>. Acesso em: 12 set. 2020).

Em meio a esse sentimento de desconexão e desamparo relativo às referências *de* tempo e *de* espaço, o fenômeno do colapso generalizado está à espera de apreensão e compreensão, capaz de convergir para uma crítica da distinção entre natureza e cultura, ao mesmo tempo em que trate de “reconhecer um *por vir* do presente moderno em continuidade a um passado não-moderno”. Talvez esse seja o maior desafio de nossa civilização capitalista e de seu reverberar em todos os campos do conhecimento.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS ATUAL. MPF reforça pedido para combate ao desmatamento em dez áreas críticas na Amazônia. *Amazonas Atual*, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/mpf-reforca-pedido-para-combate-ao-desmatamento-em-dez-areas-criticas-na-amazonia/>. Acesso em: 11 set. 2020.

ASCOM MPF. MPF reforça pedido para combate ao desmatamento em dez áreas críticas na Amazônia. *Revista MPF*, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/mpf-reforca-pedido-para-combate-ao-desmatamento-em-dez-areas-criticas-na-amazonia/>. Acesso em: 12 set. 2020.

BELLESA, M. Ex-ministros do Meio Ambiente condenam “desmonte da governança socioambiental”. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, 08 maio 2019. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/reuniao-ex-ministros-de-meio-ambiente>. Acesso em: 13 set. 2020.

BENJAMIN, H.. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. *Fórum Lusófono sobre Redação Normativa e Direito do Ambiente (IUCN)*, Cabo Verde, 23-27 de nov. 1998.

BENSUSAN, N.. Nós, os outros animais, a devastação do planeta e a pandemia nossa de cada dia. *Blog ISA*, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/nos-os-outros-animais-a-devastacao-do-planeta-e-a-pandemia-nossa-de-cada-dia>. Acesso em: 12. set. 2020.

BENSUSAN, N.. Alice no país da pandemia. *Blog ISA*, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/alice-no-pais-da-pandemia>. Acesso em: 12 set. 2020.

BOFF, L.. Coronavírus: uma represália de Gaia, da mãe Terra? *IHU on line*, 12 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597038-coronavirus-uma-represalia-de-gaia-da-mae-terra>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Deter. *Coordenação Geral de Observação da Terra*. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/deter/deter>. Acesso em: 11 set. 2020.

DAMASIO, K.. Enquanto o desmatamento dispara, pesquisadores alertam para o risco de novas epidemias. *National Geographic Brasil*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/05/enquanto-desmatamento-dispara-pesquisadores-alertam-para-o-risco-de-novas>. Acesso em: 12 set. 2020.

DANOWSKI, D.; CASTRO, E. V.. *Há um mundo por vir?* Ensaio sobre os medos e os fins. Florianópolis: Ed. Instituto Socioambiental (ISA), 2014.

DINIZ, Carolina. ‘Teremos um novo colapso’: cientistas alertam que dados da Covid-19 em queda podem saltar após relaxamento de medidas de isolamento em Manaus. *G1*, 07 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/06/07/teremos-um-novo-colapso-cientistas-alertam-que-dados-da-covid-19-em-queda-podem-saltar-apos-relaxamento-de-medidas-de-isolamento-em-manaus.ghtml>. Acesso em: 11 set. 2020.

FACHIN, P. Agenda ambiental do próximo governo não é só prejudicial ao país, mas uma ameaça ao planeta. Entrevista especial com José Eustáquio Diniz Alves. *IHU on line*, 08 nov. 2018. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/584464-agenda-ambiental-de-bolsonaro-nao-e-so-prejudicial-ao-pais-mas-uma-ameaca-ao-planeta-entrevista-especial-com-jose-eustaquio-diniz-alves>. Acesso em: 13 set. 2020.

FACHIN, P. A atual política nacional para o meio ambiente e o incentivo ao crime ambiental. Entrevista com Antonio Oviedo. *IHU on line*, 24 maio 2019. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/589434-politica-nacional-para-o-meio-ambiente-e-enfraquecida-por-uma-avalanche-de-aco-es-que-convidam-ao-crime-ambiental-entrevista-especial-com-antonio-oviedo>. Acesso em: 12 set. 2020.

FAO. FAO: Incentivos gera redução de desmatamento no Brasil. *Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura*, 18 jul. 2016. Disponível em: <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/426091/>. Acesso em: 10 set. 2020.

GREENPEACE BRASIL. Retrocessos ambientais marcam os 100 dias do governo Bolsonaro. *Greenpeace blog*, 09 abr. 2019. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/retrocessos-ambientais-marcam-os-100-dias-do-governo-bolsonaro/>. Acesso em: 12 set. 2020.

JONES, K. E. *et al.* *Nature Review*, n. 451, 2008, p.990-993.

KRENAK, A.. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MEDAUAR, O.. Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais? In: DÍSEP, Clarissa Ferreira M.; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOUSTERDE P. Coronavirus: la dégradation de la biodiversité en question. *Le Monde.fr*, 07 abr. 2020. Disponível em: https://www.lemonde.fr/sciences/article/2020/04/04/coronavirus-la-degradation-de-la-biodiversite-en-question_6035591_1650684.html. Acesso em: 12 set. 2020.

MORAND, S.. La crise de la biodiversité favorise les maladies infectieuses émergentes. *Charlie Hebdo.fr*, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://charliehebdo.fr/2020/02/international/la-crise-de-la-biodiversite-favorise-les-maladies-infectieuses-emergentes/>. Acesso em: 12 set. 2020.

OLIVEIRA, C.. Em cinco meses, governo Bolsonaro atende conjunto da pauta ruralista. *Rede Brasil Atual*, 17 jun. 2019. Disponível em <https://www.redebrasilatual.com.br/ambiente/2019/06/em-cinco-meses-governo-bolsonaro-atende-conjunto-da-pauta-ruralista/>. Acesso em: 12 set. 2020.

OPAS. Folha informativa sobre COVID-19. *Organização Pan-Americana da Saúde*, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 10 set. 2020.

SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T.. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 11, a. 20, p.42-110, jan./jul., 2019.

SEGALLA, V.. Com Salles no ministério, Bolsonaro abre "guerra" contra meio ambiente". *Carta Capital*, 11 dez. 2018. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/por-que-os-ambientalistas-acham-que-o-pais-vai-dar-marcha-re-em-2019/>. Acesso em: 13 set. 2020.

STENGERS, I.. *Au temps des catastrophes: résister ala barbarie qui vient*. Paris: Les Empecheurs de Penser en Rond 1; La Decouverte, 2009.

LA FORMACIÓN AMBIENTAL MEDIADA POR EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMÁTICA Y LAS COMUNICACIONES EN TIEMPOS DE COVID-19

Alcides Antúnez Sánchez

Magíster en Asesoría Jurídica mención Administrativo Ambiental por la Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional de la Universidad de Granma, República de Cuba.

Rosa María Álvarez Valerino

A. A. Carrera de Derecho por la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma, República de Cuba.

Sumário: 1 Introducción; 2 La formación jurídica ambiental, análisis teórico de sus orígenes y evolución; 3 La formación jurídica ambiental en la plataforma digital web 2.0; 4 La pandemia del COVID-19 y la formación jurídica ambiental en la academia cubana; 5 Conclusiones; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

En el año 1972, la historia devela que en la ciudad de Estocolmo se realizó la primera conferencia sobre el tema ambiental; de esta forma por vez primera se inicia el diálogo internacional sobre los problemas globales que afectan al ambiente por los Estados. Esta conferencia pone en la agenda internacional de los Estadistas el problema de la degradación ambiental en pos de tomar medidas públicas para su mitigación. Para ello, el Derecho como ciencia social se instituye como el medio para favorecer su desenvolvimiento ambiental responsable, con el uso de los instrumentos de comando y control.

Sin embargo, se valora que paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico, el que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy más que nunca se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso sigue presente la incertidumbre científica sobre los efectos adversos al ambiente y a la salud humana.

Queda claro que, la implementación de los avances en las diferentes esferas de las ciencias permite encontrar soluciones para los nuevos desafíos económicos, sociales y ambientales, para favorecer el desarrollo sostenible y las sociedades verdes. De hecho, como ningún país es capaz de alcanzar el desarrollo sostenible por sí solo, la cooperación científica internacional contribuye no sólo al progreso del conocimiento, sino también a la construcción de la paz mundial.

En este escenario estudiado, la ciencia, se corrobora como ayuda a los ciudadanos a comprender mejor la problemática ambiental para que contribuyan en su desarrollo, como un hecho fundamental para construir sociedades en las que los individuos tengan los conocimientos necesarios para elegir de manera pertinente sus opciones profesionales, personales y políticas, y para que puedan participar en el apasionante mundo de la investigación, donde la cultura popular, promovida en la teorización realizada por FREIRE, lo que contribuiría a alcanzar este propósito.¹

La educación ambiental toma un cariz especial en el entorno educativo, dada la situación actual de deterioro progresivo del medio ambiente, propiciando y favoreciendo el desarrollo de competencias relacionadas con la participación activa y el desarrollo de valores a través de la formación jurídica ambiental como necesidad alcanzar el desarrollo sostenible en el siglo XXI ante los adversos del cambio climático y los efectos acontecidos con la pandemia del COVID-19.

Como obligación pública mandatada en el texto constitucional de 2019² en Cuba, obedece a esta misma lógica de hacer efectiva una responsable participación de la ciudadanía en las decisiones de naturaleza ambiental, para participar es necesario estar informado como estar formado, ello ha sido un mandato constitucional en las naciones que lo han reconocido como un deber-derecho.

En consecuencia, la tendencia en el mundo empresarial se aprecia cómo se direcciona hacia modelos de negocios amigables con el ambiente en el siglo XXI, incidentes en la calidad de vida y el bienestar a los ciudadanos a partir de la tutela adecuada de la Administración Pública como reto para alcanzarlo como parte de las políticas públicas, necesitado de un proceso formativo desde la dimensión ambientalista, donde las TIC pueden ser utilizadas como mediadoras en la formación docente con mayor pertinencia por las instituciones formadoras.³

1 FREIRE, P. *Contribuciones a la Pedagogía*. Argentina: Editorial Clacso, 2008.

2 Constitución de la República de Cuba. G. O. E. No. 5 de 10 de abril de 2019.

3 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental. *Revista Murrullos del Sur*, Argentina, 2018.

2 LA FORMACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL, ANÁLISIS TEÓRICO DE SUS ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

Los asuntos ambientales ganan protagonismo en las discusiones que tienen lugar en la sociedad, incluyendo las conferencias de Estados, los foros académicos y los medios de comunicación. El problema de la protección ambiental en el siglo XXI se encuentra en el centro de atención de la comunidad internacional, hoy acrecentada con los efectos adversos generados por la pandemia del COVID-19 en el mundo y en especial a la educación superior en la región de América Latina.⁴

Desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) proclaman en su artículo 1:

[...] el derecho de los pueblos a la libre determinación, y en virtud “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural”. Para el desarrollo de sus fines (artículo 1.2) ... “todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional [...]

A partir de que la Asamblea General de Naciones Unidas, al convocar la Conferencia sobre el Medio Humano -Declaración de Estocolmo- en 1972, hecho jurídico que a valoración de los autores del artículo marca un hito en el desarrollo del Derecho Ambiental y es a la vez su cita fundacional; es el punto de conexión entre el Derecho Ambiental y el Derecho Internacional. Por la profundidad de sus conceptos se le reconoce como la “Carta Magna” del Derecho Internacional Ambiental.⁵

Como consecuencia, los documentos aprobados en la UNESCO en la década de los 70', referidos a la década de la educación para el desarrollo sostenible, en su mandato en el *Plan de Aplicación Internacional del Decenio de la Educación para el Desarrollo Sostenible* el subsistema de *reconocimiento ambiental profesional* condiciona la realización de la *educación en valores ambientales* profesionales, como el proceso práctico que se materializa a partir de los subsistemas de valoración ambiental profesional y de actuación ambiental profesional con las propuestas de prevención y/o mitigación de los problemas ambientales en la concepción “*pensar globalmente y actuar localmente*” a las naciones.

Luego, el PNUMA en 1973 lo estableció como el principal programa de la ONU encargado de los *temas ambientales*, con la misión de dirigir y alentar la participación en el cuidado del medio ambiente, para inspirar, informar y dar a las naciones y a los pueblos los medios de mejorar la *calidad de vida* sin poner en peligro la de las futuras generaciones. De aquí la necesidad que la *cuestión ambiental* sea un tema pertinente en las universidades en el proceso formativo, para ello reseñó:

[...] las políticas de economía ambiental en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deberán ser compatibles con el Derecho Internacional; respetar la soberanía nacional de cada país sobre sus recursos naturales, al tener en cuenta sus circunstancias, objetivos, responsabilidades, prioridades y margen de acción con respecto a las tres dimensiones del desarrollo sostenible [...]

4 UNESCO. COVID-19 y educación superior: De los efectos inmediatos al día después. Análisis de impactos, respuestas políticas y recomendaciones. UNESCO, 2020.

5 Véase, D' ESTÉFANO PISANI, M.. *Derecho Ambiental Internacional*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1996; FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRA, Á. *Derecho Ambiental Internacional*. La Habana: Editorial AFR, 1999; JUSTE RUIZ, J.. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid Editorial: MacGraw Hill, 1999.

Ambos organismos internacionales, la UNESCO y el PNUMA en 1977, se valora como registran en su haber la creación de la Comisión de Educación, son los antecedentes del proceso a través del cual se fue construyendo a nivel internacional la percepción sobre la necesidad de incorporar la *dimensión ambiental* y de definir su naturaleza de *carácter interdisciplinario* en las universidades como los entes formadores con este mandato público que les designa el Estado.

Por consiguiente, la *educación jurídico ambiental* debe desarrollarse permeando la misión de la universidad, sea para resguardar, divulgar y desarrollar la *cultura jurídico ambiental* y no quedarse el jurista solamente vinculado a las leyes, según se dispone en el Capítulo 36, de la Agenda 21:

[...] La educación es de importancia crítica para promover el desarrollo sostenible y aumentar la capacidad de las poblaciones para abordar cuestiones ambientales y de desarrollo, de acuerdo con los preceptos de la ONU, para ser eficaz, la educación en materia de medio ambiente y desarrollo debe ocuparse de la dinámica del medio físico y biológico, y del medio socioeconómico y el desarrollo humano (que podría comprender el desarrollo espiritual), integrarse a todas las disciplinas y utilizar métodos académicos y no académicos y medios efectivos de comunicación [...]

Explica por qué se puede distinguir un gran número de corrientes en el campo de la *educación ambiental*, enfocadas al paradigma que asuma el concepto de sistema para comprender y proyectar de manera sostenible la relación hombre-naturaleza como reto que enfrenta la educación en lograr un *enfoque inter y transdisciplinario* con la integración de contenidos vinculados a la protección ambiental, cuestión esta que no hacerlo sesga la formación jurídica ambiental por la transversalidad de la cuestión ambiental.⁶

En la década de los 80', en el año 1983, comienza sus trabajos la Comisión Brundtland, con el objetivo de estudiar de modo interrelacionado los problemas ambientales del planeta. Una conclusión de ese informe es que resulta imprescindible vincular los problemas ambientales con la economía internacional y sobre todo con los modelos de desarrollo, de los aportes de la comisión fue la sugerencia de retomar el modelo de desarrollo sostenible propuesto con anterioridad por el Club de Roma.

Sobresalen entre las reuniones efectuadas en la década de los 90' como continuidad, en 1992, la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, Brasil, con la participación de los Estados, se reconoce el derecho soberano a aprovechar sus propios recursos, según las políticas ambientales autóctonas. En este conclave se traza una estrategia internacional para la acción en el campo de la educación y formación ambiental para los años 1990-1999, y se aprobó en el Foro Global Ciudadano de Río 1992, el Tratado de Educación Ambiental hacia Sociedades Sustentables y de Responsabilidad Global, el cual parte de señalar a la educación ambiental como un acto para la transformación social, no neutro sino político, contempla a la educación como un proceso de aprendizaje permanente basado en el respeto a todas las formas de vida.⁷

En consecuencia, la toma de conciencia que se advierte hoy sobre la *cuestión ambiental* es la respuesta a lo que el mundo se enfrenta en el siglo XXI en su evolución, a causa del

6 Vgr. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental. *Revista Murmullos del Sur*, Argentina, 2018.

7 GARCÍA FERNÁNDEZ, J.; REY SANTOS, O.. *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*. La Habana: Editorial Acuario, 2005.

olvido centenario que hicimos como integrantes del todo. Entonces, no se puede perder de vista el lugar que ocupamos como un componente más del ambiente, debido a los impactos que estamos en capacidad de efectuar en él con una adecuada alfabetización ambiental, ello constituye un reto para los entes formadores.

A los articulistas les queda claro que, el proceso de la formación de la cultura jurídico ambiental es una dimensión de la formación integral del profesional como el proceso que parte de la consideración de que en una sociedad democrática, desde el sentido primogénito de ser la justicia, la equidad, la solidaridad y la tolerancia a la diversidad, que aspira a elevar su cultura ética de un nivel empírico, y del sentido común, a un nivel de reflexión argumentativa y justificativa; por lo que cobra especial relevancia en este contexto el abordaje de las causas de la crisis ambiental actual: *el modo de relación establecido por la sociedad industrial globalizada con el mundo natural y las consecuencias adversas que genera el cambio climático en el siglo XXI*.

En el inicio del siglo XXI, en la ciudad de Lüneburg en el año 2000, se acordó que la educación superior diera prioridad a temas sobre la sostenibilidad, pasando de la teoría a la práctica. Incidente que en pleno siglo XXI la educación es un desafío fundamental, y es el hecho de lograr una educación para toda la vida, concepción que abarca mucho más que las tradicionales como son la educación básica y la permanente. Aspectos no consolidados aun de manera adecuada, a criterio de los autores ante la transversalidad y multidisciplinariedad del Derecho Ambiental.

Para este estudio, se valoran los aportes desde la academia de LEFF, centrados en la *epistemología ambiental* y la *ecología política*, dentro de los procesos institucionales y movimientos sociales en favor de la *educación ambiental* en América Latina y el Caribe, este autor consultado hace un estudio de la *complejidad ambiental* desde una perspectiva crítica y analítica, rebasando los discursos políticos.⁸

Este autor estudiado, se aprecia como profundiza la idea del ambiente y propone el concepto del saber ambiental: “[...] Saber sobre un ambiente que no es la realidad visible de la polución, sino el concepto de la complejidad emergente donde se reencuentran el pensamiento y el mundo, la sociedad y la naturaleza, la biología y la tecnología, la vida y el lenguaje [...]” Un saber ambiental que es “crítico y complejo” y que “se va construyendo en un diálogo de saberes, en un intercambio interdisciplinario de conocimientos.”⁹

Se visualiza en este estudio que, las grandes preocupaciones de la humanidad en la actualidad, en los diferentes subsistemas que conforman al ambiente con sus interacciones recíprocas, por sus implicaciones para su propia supervivencia, avalan la prioridad otorgada al tema en los análisis y la acción, como lo han considerado las Naciones Unidas al dedicar el período 2005-2014 como “Decenio de la Educación para el Desarrollo Sostenible”. Meta aún no alcanzada por todos los Estados aun en 2020 de manera adecuada.

Elementos estos relacionados a criterio de los autores del artículo con la Agenda 2030, y los objetivos del desarrollo sostenible (ONU, 2016), entre las metas del objetivo 4: *garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos*.

Lleva a significar a los articulistas que, el mega principio del desarrollo sostenible implica nuevos y distintos sistemas de pensamientos, requiere de la creatividad, flexibilidad y

8 LEFF ZIMERMAN, E.. *Aventuras de la Epistemología Ambiental*: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes. México: Editorial siglo XXI, 2006.

9 LEFF ZIMERMAN, E.. *El saber ambiental*. México: Editorial Siglo XXI, 1998.

reflexión crítica de los hombres para influenciar los sistemas de participación pública para la toma de decisiones ponderándose el principio de información, el que puede ser irradiado a través del gobierno digital con las herramientas de las TIC en la web 2.0, hoy contextualizado a través de la economía circular en su tracto evolutivo para alcanzar esta meta.¹⁰

Lo sistematizado hasta aquí, permite demostrar que lo acontecido desde la palestra global es un hito importante en la educación ambiental, a partir del nacimiento de su dimensión jurídica. El análisis histórico, exige a la universidad que los estudiantes de la carrera de Derecho alcancen una amplia cultura general, ambiental y tecnológica. A su vez, este desarrollo se caracteriza por los constantes cambios que se producen, generados por el desarrollo de la revolución científico técnica en el siglo XXI, del que la universidad cubana no está ajena, potenciada con el uso de las TIC en la web 2.0.

3 LA FORMACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL EN LA PLATAFORMA DIGITAL WEB 2.0

El concepto de formación ambiental presente en el PNUMA desde 1982, enfatiza en este proceso como un conjunto de actividades teóricas o prácticas que llevan a una más adecuada comprensión de los problemas ambientales y a un entrenamiento técnico (capacitación), para el manejo de los ecosistemas, en función de una adecuada calidad de vida.¹¹

La formación ambiental plantea la necesidad de generar y sistematizar un saber ambiental que pueda ser incorporado a nuevas estructuras curriculares y prácticas académicas capaces de preparar a un nuevo profesional para abordar los problemas ambientales de su disciplina desde con una preparación más comprehensiva de orden teórico y práctico, ello es un reto para la academia universitaria. Existen un conjunto de saberes prácticos y una serie de técnicas de evaluación y monitoreo ambiental sistematizados, las que pueden ser incorporadas a diferentes cursos, cátedras y carreras por su transdisciplinariedad. Los saberes técnicos especializados, como las técnicas de monitoreo del aire, el análisis y tratamiento de las aguas, del reciclaje de los desechos, los sistemas de información geográfica, es una necesidad incorporarlos a las carreras, como a las metodologías de evaluación de impacto ambiental, sobre el control público ambiental, las que deberían ser incorporadas a las carreras y a proyectos de desarrollo desde la integración de contenidos.¹²

Los estudios con el uso de las TIC aplicadas en el control de la gestión ambiental (biotecnología, microelectrónica, teledetección y nuevos materiales) dentro del gobierno digital en el siglo XXI en la industria 4.0, los desarrollos de las fuentes alternativas de energía renovables y las no contaminantes, se valora que deben incorporarse a la formación jurídica ambiental en el proceso docente-educativo. Por tanto, la educación ambiental mediada por las TIC es un reto para la academia y para las políticas públicas de los Estados, toda vez que permitirán su irradiación a mayor velocidad en pos de alcanzar el principio del desarrollo sostenible en la web 2.0.¹³

10 Confróntese, CABERO, J.; LLORENTE, M.. Las Tic y la Educación Ambiental. *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*, España, n. 4, 2005, p.9-26; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *et al.* La Minería Urbana. Un análisis desde el ordenamiento jurídico en Cuba. Una apuesta al desarrollo sostenible desde la Economía Circular. *Revista Derecho y Cambio Social*, Perú, n. 60, 2020; PIÑAR MAÑAS, J.. El desarrollo sostenible como principio jurídico. *Estudios de Derecho Público económico*. Madrid, 2003.

11 NOVO VILLAVARDE, M.. La educación ambiental, una genuina educación para el desarrollo sostenible. *Revista de Educación*, España, n. extraordinario, 2009, p.195-217.

12 Vgr. LEFF ZIMMERMAN, E. *Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes*. México: Editorial siglo XXI, 2006; LEFF ZIMMERMAN, E. *et al.* *Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario en América Latina*. México: UNESCO, 1991.

13 Vgr. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental. *Revista Murrullos del Sur*, Argentina, 2018; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. La industria 4.0. Análisis y estudio desde el Derecho en la 4ta Revolución Industrial. *Advocatus*, v. 16, n. 32, p.103-131, 2019.

En el desarrollo de la sociedad se justiprecia que exige a la universidad que sus egresados alcancen una amplia cultura general, ambiental y tecnológica, que le permita insertarse en el proceso productivo dentro del desarrollo de la empresa pública con mayor autonomía, hoy dentro del gobierno digital en la web 2.0. Este desarrollo se caracteriza por los constantes cambios que se producen, generados por el desarrollo de la revolución científico técnica en el siglo XXI en la 4^{ta} Revolución Industrial, con las aplicaciones de las TIC en pos de irradiar en menor y a mayores espacios acciones de capacitación incidentes en la formación jurídica ambiental, hoy potenciada con el fomento del uso de celulares inteligentes de 4 generación (4G), la inteligencia artificial, la internet de las cosas, la nube digital, entre otras.

Se colige que la cuestión ambiental le plantea a la universidad en el siglo XXI la necesidad de ubicarse en las transformaciones sociales hacia el desarrollo equitativo, democrático y sustentable. Por ello, se pondera que será un valor añadido tener un egresado formado en temas ambientales como una de sus competencias profesionales con la integración de contenidos ambientales, ello lo hará ser un profesional con competencias en el mercado laboral, el que demanda profesionales competentes.

Esta postura *up supra*, se fundamenta la pertinencia de *integrar la problemática ambiental*, abarcando lo transversal e intertransversal, son *retos educativos* presentes como realidades sociales en el contexto formativo desde la *dimensión ambiental* con la que los autores del artículo se afilian, por ser más integradora con la *relación sociedad-naturaleza* y la conformación de una ética comprometida con la *preservación ambiental* incorporadas al individuo, agravada con el *cambio climático*. Resaltar que, son necesarios los aportes de la ciencia para su mitigación desde estudios integradores por la multidimensionalidad de la *cuestión ambiental*. Ello constituye un reto a consideración de los articulistas, aún sin soluciones para contribuir a su mitigación por los Estados dentro de sus políticas públicas, que en el siglo XXI es un tema pertinente ante las consecuencias del cambio climático que se aprecian en el mundo, donde la formación jurídica ambiental será un elemento a ponderar.

Por ello, las políticas públicas de los Estados en este sentido van a potenciar el desarrollo, que primero se llamó *ecodesarrollo*, después *desarrollo endógeno* y más tarde *desarrollo sostenible*. Desde lo jurídico se significa la pertinencia del *principio de prevención*, como principio rector del Derecho Ambiental, reforzado con el precautorio y el de legalidad, por cuya existencia se connota lo que se denomina como daño permisible, y se precisa a través de él hasta dónde se puede permitir el daño ambiental. Las bases jurídicas de la concepción pedagógica que se presenta, se erigen sobre los fundamentos del Derecho Ambiental y constituyen un llamado a la toma de conciencia, sobre la *emergencia ecológica*, en la articulación de un proceso normativo e institucional que desde un aparato legislativo establece como requisito desde el *control público ambiental* con la *inspección y la auditoría*.¹⁴

Empero, comprender las bases jurídicas en el contexto de la *educación ambiental* significa reconocer la necesidad de la implementación de las *herramientas de gestión* como materialización del principio de prevención con el objetivo de incorporar a los proyectos de formación desde su ejercicio profesional. El *principio de prevención* es el más importante dentro de los principios ambientales en los ordenamientos jurídicos, los que parten desde la carta magna en algunos Estados.

En esta misma línea de análisis, se valora como para BERRIZ la *educación ambiental* la

14 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; RAMÍREZ SÁNCHEZ, A.. La inspección ambiental. La evaluación de impacto ambiental. La autorización ambiental y la auditoría ambiental. *Revista de Derecho UNED*, España, n. 18, 2016, p.1-40.

describe como un tema transversal asociado a todas las áreas del conocimiento y requiere un enfoque globalizador e interdisciplinario, es un movimiento innovador cuyos principios afectan a todos los componentes del proceso pedagógico, se refiere a problemas que rebasan el ámbito del sistema educativo y que afectan a toda la sociedad y es esencial en la formación de valores requeridos para la conducta ciudadana.¹⁵

El asidero jurídico ambiental de la formación favorece la interpretación de la *educación jurídico ambiental* como la herramienta que tributa a la preparación de los operadores del Derecho en la protección del entorno desde su modo de su actuación como profesional con una mirada desde la bioética. La *educación jurídico ambiental* como dimensión de la educación ambiental, es un proceso continuo y permanente orientado al conocimiento generalizado de los derechos y de las obligaciones que, en el proceso de construcción y producción de conocimientos, de desarrollo de hábitos, habilidades, y actitudes, como en la *formación de valores jurídicos*, armoniza las relaciones entre los seres humanos, y de ellos con el resto de la sociedad y la naturaleza, sobre la base de las categorías de lo justo y lo injusto, lo legal e ilegal, lo legítimo o no que pueden ser estas relaciones en un contexto histórico determinado, para propiciar la orientación de los procesos económicos, sociales y culturales hacia el desarrollo sostenible.¹⁶

La *educación jurídico ambiental* busca la formación de una cultura jurídico ambiental; sin embargo, las ciencias de la educación no se han ocupado de este aspecto en profundidad de manera adecuada; no obstante, sobre *cultura jurídica* o *cultura de la legalidad* se ha particularizado el conocimiento de los derechos y de las obligaciones, de las prácticas y costumbres a las que se les atribuyen en algunos sistemas de derecho una función razonable y relevante en la vida colectiva, que permita dar cumplimiento al *principio de legalidad*.

La *educación jurídico ambiental*, acerca del Derecho Ambiental en el contexto de Latinoamérica, se reconoce como un entramado complejo de doctrinas, se va constituyendo como un conjunto de derechos que atraviesa a todo el sistema jurídico, tanto en su racionalidad formal como en sus bases materiales, en sus principios axiológicos y en sus instrumentos normativos. Demanda una transformación profunda del *régimen jurídico* que sostiene a la racionalidad económica dominante; implica una movilización de la verdad que fragua en nuevos fundamentos y formas jurídicas, diferente al Derecho Ambiental occidental.¹⁷

En el siglo XXI pueda afirmarse en este estudio que, hay un Derecho Ambiental Latinoamericano, con diferencias al Derecho Ambiental de otros contextos ante el reconocimiento de sujeto a la naturaleza dentro del Pluralismo Jurídico, el que lo distingue a partir de su reconocimiento en los textos constitucionales diferente a la teoría occidental en la *concesión de los derechos* que se le dio a la naturaleza en las cartas magnas de Bolivia y Ecuador como sujeto. Garantizan a los pueblos indígenas la conservación y el desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia y organización social, ello constituye una expresión de la *interculturalidad* de los pueblos originarios desde la pachamama, y el sumak kawsay.¹⁸

15 BERRIZ VALLE, R. *La educación ambiental y la redimensión del currículo escolar*. La Habana: Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona, 2005.

16 Consúltese, LAZO, P. Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas. *Revista Ius et Praxis*, Chile, n. 1, 2011, p.249-262; MOLANO, N. La formación ambiental en la educación superior: una revisión necesaria. *Revista Luna Azul*, Colombia, no 39, 2014, p.186-206.

17 Véase, ROSA MORENO, J.. *El Derecho Ambiental en Latinoamérica, Integración económica y medio ambiente en América Latina*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 2000, p.13-21; ESPERÓN JIMÉNEZ, C.. *Desarrollo del Derecho Ambiental en Centroamérica. Tesis doctoral*, Universidad de Alicante, España, 2010.

18 Confróntese, ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; DÍAZ OCAMPO, E.. El pluralismo jurídico en América Latina. *Revista Dos Tribunais Thomsonreuters*, Brasil, n. 990, 2018; PEÑA CHACÓN, M.. La Revolución de los Derechos Humanos Ambientales y de los Derechos de la Naturaleza. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Argentina, n. 28, 2018.

Por ende, la incorporación de la *dimensión ambiental* constituye un recurso metodológico que permite la integración al *proceso formativo*, un sistema de elementos ambientales (conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes y valores), conscientemente diseñados y contextualizados, que en el caso particular de la formación de profesionales debe efectuarse sobre la base de los objetivos generales del modelo del profesional y concretarse en los objetivos de cada año, componentes y disciplinas así como en las diferentes actividades, para contribuir a la formación de un profesional capaz de transformar su entorno a través de una adecuada alfabetización ambiental en materia jurídica.

También, se analiza como las normas legales en los ordenamientos jurídicos articulan los diferentes instrumentos jurídico-ambientales, favorecen el conocimiento general de los derechos y de las obligaciones que, en el proceso de construcción y producción de conocimientos, de desarrollo de hábitos, habilidades, y actitudes, así como en la *formación de valores jurídicos*, armonizan las relaciones entre los seres humanos, y con el resto de la sociedad y la naturaleza, sobre la base de las categorías de lo justo y lo injusto, lo legal e ilegal, lo legítimo o no, para propiciar la orientación hacia el desarrollo sostenible a partir de valores como *la justicia, responsabilidad, solidaridad, disciplina y rigor profesional, humanismo, y honestidad* en el proceso de formación del estudiante de la carrera de Derecho como principio jurídico.¹⁹

Por ello, la *educación jurídica ambiental* debe ser vista como un proceso educativo que integra el contenido de las *categorías jurídicas* relacionadas con el ambiente, donde se establece una dialéctica entre deberes y derechos que generen un conocimiento jurídico del estudiante de Derecho desde el Derecho Constitucional ambiental, ello le permite sensibilizarse ante los problemas ambientales y adoptar las herramientas para cumplir y hacer cumplir lo regulado en el ordenamiento jurídico como un *profesional con competencias*, cuyos modos de actuación se correspondan con el desarrollo de la *educación científica* del siglo XXI.

También, se analiza por su pertinencia, que urge la *formación por competencias* en el campo de lo ambiental, la que deberá, necesariamente, partir de *aspectos teóricos conceptuales y terminológicos específicos*, sobre la base de *programas multidisciplinarios integrados* para estar en condiciones de participar en manera activa en las decisiones profesionales, por lo que es necesario tener: algo que decir, voluntad de hacerlo, medios necesarios, información adecuada, conocimientos sólidos y profunda responsabilidad para una articulación adecuada.

En esta misma línea del estudio realizado, PEÑA argumenta que la constante en los sistemas jurídicos, es que todavía no hay un reconocimiento expreso del estatus de *sujeto de derecho a la naturaleza*, es que cualquier persona pueda ejercer su representación adecuada a través de esquemas de legitimación procesal amplia en defensa de intereses supraindividuales, y a la vez, pueda solicitar a través de la pretensión procesal, la conservación y recomposición del ambiente. Desde una óptica estrictamente jurídica, los *derechos de la naturaleza* no representan un avance sustantivo ni procesal, para la evolución del Derecho Ambiental contemporáneo.²⁰

Se razona que otro elemento a ponderar en la actividad de formación ambiental estará en la clave del éxito del Acuerdo tomado en París en el 2017, el que residirá en la

19 Consúltense, CADUTO, M.. *Guía para la enseñanza de valores ambientales*. Programa Internacional de Educación Ambiental. España: UNESCO-PNUMA, 1992; FABELO CORZO, J.. *Los valores y sus desafíos actuales*. La Habana: Editorial José Martí, 2005.

20 PEÑA CHACÓN, M.. *Derecho Ambiental efectivo*. San Jose: Editorial Universidad de Costa Rica, 2016.

implicación de toda la comunidad internacional como un ejemplo de *gobernanza mundial* y en el fomento de *concienciación de la sociedad* hacia la necesidad de avanzar hacia un desarrollo sostenible con nuevos modelos de comportamiento y convivencia, para ello será necesario seguir profundizando en la *educación ambiental*. Cuestión con la que se coincide en seguir realizando acciones vinculadas a la *formación ambiental*.²¹

Ello se aprecia que se materializará en la próxima COP 25 a realizarse en España con la “Conferencia sobre Economía Circular”, cuyo objetivo es dar visibilidad al aporte de la Economía Circular en la mitigación del Cambio Climático, para promoverla a las empresas latinoamericanas y europeas, difundiendo experiencias y buenas prácticas de Europa y América Latina, este elemento urge incorporarlo en las actividades formativas.

Por consiguiente, que claro que el reconocimiento de la *educación ambiental* como proceso formativo e integrador y la dimensión del proceso docente educativo, se estructuran en una organicidad interna y en una dirección coherente en la que participan todos los sujetos implicados en el proceso de *formación jurídica ambiental* y en el que las influencias educativas solo adquieren verdadero significado cuando son asumidas por él, cuando alcanzan un auténtico sentido y valor individual, y se incorporan como rasgos y/o cualidades de su personalidad que regulan su comportamiento y posibilitan que este pueda operar con los saberes adquiridos, por lo que su resultado se concreta en la formación ambiental del futuro jurista en su modo de actuación en el escenario que interactúe.

Como puede apreciarse hasta aquí, la *educación ambiental* constituye un aspecto de la *formación integral* del alumno, de ahí su carácter de dimensión, sus contenidos están de manera implícita o explícita en contenidos de los diferentes aspectos que conforman la formación integral, por ello, además, se considera que tiene un *carácter multidimensional*.²²

Se asumen en este estudio, lo planteado por PARADA referido a la *formación ambiental* como resultado de un proceso de adquisición de conocimientos, desarrollo de habilidades, hábitos de conductas y apropiación de valores, comprende la formación de *actitudes ambientales*, y se expresan en el comportamiento social del alumno en los diferentes espacios de la vida cotidiana.²³

Es valorada, que la noción de *formación ambientalista* aportada por PÉREZ al señalar desde su posición que la educación ambiental como un problema social, de naturaleza cognitiva que, por tanto, remite a la apropiación de lo ambientalista por los estudiantes desde su proceso formativo, y transversalizado por la sostenibilidad del desarrollo desde una visión ética que implica, compromiso y responsabilidad social en relación con la naturaleza, con su explotación solidaria.²⁴

Lo que reafirma que la visión formulada desde el año 2020 recogida en el documento “*Educación Superior en el Siglo XXI: Líneas estratégicas de desarrollo*”, señala que las instituciones de educación superior (IES) deben haber: “[...]incorporado a los programas docentes elementos formativos orientados a fortalecer la comprensión del entorno social y natural, el desarrollo sustentable, los derechos humanos, la educación para la democracia, la cultura para la paz y la tolerancia [...]”.

21 JUSTE RUIZ, J.; BOU FRANCH, V.. *El desarrollo sostenible tras la cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales*. España: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.

22 GONZALEZ-GAUDIANO, E.. *Educación ambiental*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

23 PARADA ULLOA, A. Estrategia educativa para la formación de actitudes Ambientales en los estudiantes de secundaria. *Tesis Doctoral*, Universidad de Ciencias Pedagógicas Frank País, Santiago de Cuba, 2007.

24 PÉREZ DE A, M. del C.; TELLERIA, M. B.. Las TIC en la educación: nuevos ambientes de aprendizaje para la interacción educativa. *Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales*, n. 18, 2012, p.83-112.

En este contexto, se pondera que la *cultura ambiental*, como expresión concentrada de la actividad humana en relación al medio ambiente natural o construido, constituye una preocupación de la Educación Superior aun y cuando no necesariamente encauce sus procesos formativos con la intencionalidad de predeterminedar al sujeto con una *educación en valores* de respeto al ambiente, aunque de forma espontánea ha venido cimentándose este valor a partir de la formación de habilidades y procedimientos interpretativos con relación al ambiente.

Vale destacar que, en la educación ambiental, la noción de “incompletud” que se aporta desde la *ecología de saberes* es sumamente relevante, e implica asumir que la educación ambiental nace de las entrañas mismas de la crisis ambiental y se deberá “mover”, en el sentido de construir conocimiento, en un contexto cultural caracterizado por el fin de las certidumbres y la aceleración de los tiempos de duración del conocimiento. Lo digital es el entorno por excelencia donde el conocimiento actual se crea y se distribuye, permite un crecimiento exponencial de información.

Queda claro, desde la integración de contenidos en este análisis sobre la formación jurídica ambiental, desde lo sociológico, son asumidos los fundamentos de la *Sociología de la Educación* en la que se explica la educación como función de la sociedad, donde se enmarca el papel de la educación como institución social donde tiene lugar la formación del profesional.

Desde lo psicopedagógico, son refrendados los postulados del *enfoque socio-histórico cultural* desde la postura de VIGOTSKY, y sus continuadores, al manifestar que las funciones psíquicas superiores son un producto de la apropiación de la experiencia histórico-social y se encuentran en los objetos y fenómenos que, a su vez, constituyen síntesis del decursar histórico de la humanidad; o sea, la *apropiación* constituye el mecanismo fundamental por el cual se produce el desarrollo psíquico humano.²⁵

Según esta teoría, el autor estudiado señala que las estructuras formales de la mente se forman como producto de la apropiación del *bagaje cultural* producido por la evolución histórica de la humanidad que se transmite en la relación educativa; estas se comunican de generación en generación e implican contenidos, conocimientos, junto a formas, estrategias, modelos de conocimiento, que el individuo capta, comprende, asimila y practica; por esto se resalta el valor de la instrucción y se le da gran peso a la actividad tutorada.

Estos fundamentos analizados son pertinentes y permiten en la concepción que se presenta cualificar y caracterizar el *aprendizaje jurídico ambiental* del profesional como desarrollador desde su modo de actuación. Este fundamento pedagógico general se concreta en la postura de ÁLVAREZ quien ratifica a la pedagogía como ciencia que estudia la formación, en general, y que, por tanto, permite dirigir científicamente este proceso para alcanzar altos niveles de calidad y excelencia. La concepción pedagógica de la *formación jurídica ambiental* se estructura como un todo, cada componente se interrelaciona con el otro en la expresión dialéctica de lo general y lo singular a través de lo particular y de las relaciones entre el todo y las partes, ello permitirá conformar el modelo pedagógico de formación jurídica ambiental de los estudiantes de la carrera de Derecho desde la interdisciplinariedad.²⁶

Se demuestra con este análisis desde las diversas ciencias analizadas que, la *educación ambiental* y las TIC se complementan con los elementos teórico-práctico y desarrollan en el

25 VYGOTSKI, L.. *Pensamiento y lenguaje*. Teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1987.

26 ÁLVAREZ PÉREZ, M.. *Interdisciplinariedad: Una aproximación desde la enseñanza aprendizaje de las ciencias*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 2004.

educando que las usa habilidades, destrezas y conductas que propician el alumno haga suyos los conocimientos sobre el medio ambiente, la sustentabilidad, su uso en beneficio del ambiente, descubra nuevas herramientas que le permitirán contribuir al mejoramiento de la relación hombre-naturaleza en menor tiempo; lo que consecuentemente formará ciudadanos más responsables y conscientes del *cuidado de la naturaleza*. Para lograr una *educación ambiental sustentable* con el uso de las TIC, será necesario conocerlas y dominarlas, para usarlas en beneficio y alcanzar con ello una mayor *cultura ambiental*.

En este mismo orden de análisis, en la actual sociedad del conocimiento y la información el sistema educativo debe favorecer la *formación continua y permanente* de los docentes de la educación superior, a fin de responder a las necesidades, los intereses y retos del estudiante donde se implementen como mediadoras a las TIC. Pero para lograrlo, será necesario facilitar el acceso a Internet en cualquier sitio, a fin de promover el aprendizaje y la *formación mediada por tecnologías*. Será necesario para su consecución fortalecer un aprendizaje continuo a lo largo de la vida del profesorado y de los profesionales, para potenciar con ello *competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales* ante los avances tecnológicos que en el siglo XXI están en constante evolución y desarrollo para alcanzar los objetivos del milenio para el 2030.²⁷

Queda clarificado que, la formación ambiental plantea a la universidad la necesidad de generar y sistematizar un saber ambiental que pueda ser incorporado a nuevas estructuras curriculares y prácticas académicas capaces de preparar a un nuevo profesional para abordar los problemas ambientales de su disciplina desde con una preparación más comprehensiva de orden teórico y práctico para su articulación, ello es un reto para la academia, donde las TIC tienen un papel destacado como mediadoras en estos procesos a partir de la integración de contenidos.

Derivado de lo antes señalado, son valorados los aportes en relación al uso de las TIC, CABERO & LLORENTE, declaran que entre las palabras que han prevalecido a finales del siglo XX y los comienzos del XXI, se encuentra la del “medio ambiente” y las “tecnologías de la información”. El cuidado y respecto por el medio ambiente se ha convertido en un valor significativo en la sociedad, impregnando sus sistemas educativos, y ello posiblemente como consecuencia del aumento demográfico, del imparable consumismo, del agotamiento de recursos que parecían inagotables, del aumento exponencial de los residuos, de la imparable contaminación, y de las transformaciones en los valores que se está produciendo en la esfera humana. Ya en la carta de Belgrado formulada en 1975 se hablaba que el individuo debería ser formado en un mínimo de competencias y capacidades ambientales.²⁸

MURGA-MENOYO afirma que dentro de las investigaciones que se han realizado en el campo de las TIC y la educación ambiental se encuentra la de “Mapas conceptuales con Cmap Tools” en la enseñanza universitaria de la educación ambiental, se notifica una experiencia exitosa en la UNED (España), en dos materias de la Licenciatura de Pedagogía que imparte la Facultad de Educación: “Educación Ambiental” y “Desarrollo Sostenible, sus implicaciones sociales y educativas”.²⁹

En tal sentido, se asevera que algunos de los recursos tecnológicos con las TIC pueden

27 MARTÍNEZ OSÉS, P. Un análisis del poder en la agenda 2030: oportunidades para un cambio de paradigma de desarrollo. *Economistas sin Fronteras. Dossieres EsF*, España, n. 26, 2017.

28 CABERO, J.; LLORENTE, M.. Las Tic y la Educación Ambiental. *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*, España, n. 4, 2005, p.9-26.

29 MURGA-MENOYO, M. A.. Infotecnología e innovación docente. Los editores de mapas conceptuales: posibilidades y límites. *Revista Pedagogía Universitaria UNED*, España, n. 249, 2011, p.273-288; MURGA-MENOYO, M. A.; BAUTISTA-CERRO, J.; NOVO, M.. Mapas conceptuales con Cmap Tools en la enseñanza universitaria de la educación ambiental: estudio de caso en la UNED. *Revista Enseñanza de las Ciencias*, España, n. 29, 2011, p.47-60.

ser utilizados en la *formación jurídica ambiental* como mediadores son *el video educativo, la multimedia, los blogs, las wikis, las bibliotecas virtuales, y la internet, entre otros*, los que aún no se explotan adecuadamente por los profesores dentro del proceso docente educativo, uno por las limitantes tecnológicas y otro por la necesidad de su conocimiento en cómo usarlas.

En la Web 2.0 podemos encontrar *aplicaciones* que pueden contribuir a la irradiación de la *educación ambiental* con el uso de plataformas digitales como Facebook, Twitter, LinkedIn, YouTube, entre otras; las que inobjetablemente *abren canales interesantes* en relación a la cuestión ambiental, que pueden ser con sucesos acontecidos en el propio territorio o en otros contextos foráneos en tiempo real.³⁰

Se aprecia en este estudio como la educación a distancia con el uso de las TIC se caracteriza por tener como objetivo fundamental la formación integral del estudiante a partir del desarrollo de su independencia y su autorregulación, con una concepción del proceso de enseñanza-aprendizaje desarrollador, en condiciones de semipresencialidad denominado (blended learning), aprender a aprender de un modo autorregulado (metacognitivo, que implica fortificar la autonomía de la persona que aprende).

Por tal motivo, se demuestra luego del análisis de los referentes teóricos estudiados como cierre del epígrafe que, será necesario dar paso a modelos pedagógicos innovadores, con la fortaleza de la utilización de las redes sociales en los escenarios educativos con las TIC para crear, organizar y compartir contenidos en el tema relacionado con la *educación ambiental*, que permita gestionar su propio aprendizaje por parte de los estudiantes con una adecuada alfabetización ambiental en la Web 2.0 desde la axiología jurídica y la sociología ambiental, claro el profesor debe tener estas competencias digitales demostradas para interactuar con sus estudiantes.³¹

4 LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LA FORMACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL EN LA ACADEMIA CUBANA

El PNUMA en el 2020, autoridad líder a nivel mundial en la materia ambiental ha emitido un documento denominado “Trabajar con el medio ambiente para proteger a las personas”, expone cómo está ajustando su trabajo para apoyar a las naciones y sus aliados a “reconstruir mejor” tras la pandemia de COVID-19, a través de un conocimiento científico más sólido, políticas que respalden un planeta más saludable y más inversiones verdes.

La respuesta del PNUMA se enfoca en cuatro áreas: ayudar a las naciones a gestionar los residuos durante la respuesta a la COVID-19, impulsar una transformación profunda en favor de la naturaleza y las personas, trabajar para garantizar que los paquetes de recuperación económica creen resiliencia ante futuras crisis y modernizar la gobernanza ambiental global.

En el ámbito científico es ampliamente aceptado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que el SARS-CoV-2 se originó a partir de pangolines salvajes vendidos en un mercado para consumo humano en la ciudad de Wuhan en China. Como ocurrió anteriormente con el SARS (2003), la Gripe porcina (2009) y MERS (2012), el contacto cercano entre las especies silvestres y los humanos permitió que el virus se cruzara entre las especies, lo que resultó en la aparición de una nueva enfermedad humana, que se propagó rápidamente en el mundo globalizado, vinculando con el tema objeto de estudio. Tal y como se señala en el informe de riesgos globales del 2020 de la ONU por la degradación ambiental como causal. Para ello, se valora que la clave está en proteger el ambiente es la estrategia esencial para evitar otras

30 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. Las infotecnologías, su aplicación en la formación de la cultura ambiental. *Revista de Ciencias Jurídicas Pensar*, Brasil, 2017.

31 GUADARRAMA GONZÁLEZ, Á.. *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2004.

crisis importantes de salud en el futuro, con la articulación de las políticas.

En este mismo plano, se aprecia la posición de la Oficina Regional del PNUMA en América Latina y el Caribe la que elaboró una serie de resúmenes de política titulada “*Articulando la política social y ambiental para la recuperación pos-COVID-19*”, se señala a consideración la de mayor relevancia la de: *cómo articular respuestas integradas a las crisis sanitaria, económica y climática en América Latina y el Caribe*.

La UNESCO, señala que más de 1500 millones de estudiantes han sido afectados por el cierre de escuelas a causa de la COVID-19. La pandemia ha causado una crisis de salud, económica y educativa, y ha conllevado a una serie de limitaciones físicas y sociales en medio de las cuales surge una gran necesidad de alfabetización científica. Se analiza también como esta iniciativa promovida por la UNESCO apoya la meta 7 del Objetivo de Desarrollo Sostenible, 4 y la Década de Acción para el cumplimiento de la Agenda 2030. Cuenta con el respaldo de la Coalición Mundial para la Educación lanzada por la UNESCO en este 2020, cuyo objetivo es mantener las actividades de aprendizaje durante la pandemia mediante una alianza de Gobiernos, socios tecnológicos y líderes en el campo de la educación.

La Organización Mundial de la Salud/Banco Mundial, en su informe de setiembre de 2019 titulado: “Un Mundo en Peligro, Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias”, puso sobre aviso respecto a los efectos catastróficos que podría acarrear una emergencia sanitaria causada por un patógeno respiratorio. Al efecto se advirtió:

[...] el mundo no está preparado para una pandemia causada por un patógeno respiratorio virulento y que se propague con rapidez. La pandemia mundial de gripe de 1918 afectó a un tercio de la población mundial y mató a 50 millones de personas, el 2,8% de la población total. Si hoy en día se produjera un contagio parecido, en un mundo con una población cuatro veces mayor y en el que se puede viajar a cualquier lugar en menos de 36 horas, podrían morir entre 50 y 80 millones de personas. Además de estos trágicos niveles de mortalidad, una pandemia de este tipo podría causar pánico, desestabilizar la seguridad nacional y tener graves consecuencias para la economía y el comercio mundial [...]

Cuba, cumpliendo el mandato constitucional de 2019, en el artículo 75 se dispone: *todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras.*³²

En el desarrollo dentro del ordenamiento jurídico con la Ley N.º. 81 de 1987, en su artículo 50, se dispone: *el Ministerio de Educación Superior garantizará la introducción de la dimensión ambiental, a partir de los modelos del profesional y de los planes de estudios de pre y postgrado y de extensión y actividades docentes y extradocentes, dirigidas a la formación y el perfeccionamiento de los profesionales de todas las ramas.*³³

En este sentido, la Ley N.º 81 de 1997, se valora como legítima la educación ambiental y la estrategia ambiental como instrumentos de la Gestión y la Política Ambiental, disponiéndose que la Educación Ambiental se organiza y desarrolla mediante un enfoque interdisciplinario

32 Constitución de la República de Cuba. G. O. E. No. 5 de 10 de abril de 2019.

33 Ley No. 81, Ley de Medio Ambiente. G. O. E. No.7 de fecha 11 de julio de 1997.

y transdisciplinario, propiciando en los individuos y grupos sociales el desarrollo de un pensamiento analítico, que permita la formación de una visión sistémica e integral del ambiente.³⁴ Los autores no hacen alusión al mandato de la Ley de Educación, por aún no existir la misma en el ordenamiento jurídico cubano.

No obstante, se aprecia como la educación jurídica ambiental, se define en el libro de Derecho Ambiental cubano como “[...]el sistema de valores socialmente dominantes, sobre lo justo y lo injusto de una determinada acción u omisión, resultado no solo de la costumbre y del grado de instrucción, sino además de los intereses económicos y sociales prevalecientes en ese momento [...]”³⁵

Se valora como la nación cubana compartió con la UNESCO y su Instituto de Estadística las experiencias para minimizar el impacto de la COVID-19 en la educación en el presente año 2020. Para ello, la decisión del Estado fue que las actividades escolares presenciales se cerraran el 23 de marzo por parte del Ministerio de Educación Superior, sin que tal decisión administrativa llevase a la detención del curso y del proceso de enseñanza, garantizado con iniciativas como las teleclases y el uso de herramientas en línea en la web 2.0 para la formación académica.

Permite afirmar que, de la revisión bibliográfica realizada, demuestra a los articulistas que en la educación superior la labor realizada ante las medidas adoptadas por el Estado y en particular por el Ministerio de Educación Superior (MES) han contemplado la emisión de indicaciones metodológicas, la preparación de materiales digitales y libros de texto y el estímulo a la preparación individual de profesores y estudiantes en respuesta a lo señalado por la UNESCO y el PNUMA. Ello permitió que los profesores continuaron labores a través del teletrabajo y el trabajo a distancia y de esta manera interactuar con los estudiantes a través de las redes sociales y las plataformas universitarias digitales, ante las indicaciones del Ministerio de Salud Pública y del Ministerio de Trabajo para enfrentar la pandemia del COVID-19.³⁶

En este análisis, de conformidad con el estudio del Derecho Ambiental español, por ser referente idiomático y normativo en la academia nacional, los articulistas aprecian el legado del académico MARTÍN MATEO en su obra de 1993, titulada “*El humano: una especie en peligro*”, quien, por su vínculo al tema del artículo, advertía sobre los posibles efectos catastróficos de una pandemia basada en el virus de la gripe. En esta obra jurídica el profesor se preguntó qué sucedería si sucesivas mutaciones de este virus, o la aparición de nuevos -tomando como ejemplo el virus de la gripe- transmitido por inhalación a través del sistema respiratorio y se desconocieran terapias adecuadas, dieran lugar a la producción de estragos similares o superiores sobre la salud humana, concluyendo que una epidemia de estas características arrasaría con nuestros congéneres. Este elemento es pertinente al momento de socializar ideas sobre lo acontecido en tiempos de COVID-19 en la universidad cubana en el siglo XXI.³⁷

En este sentido, también desde el año 1991, el académico de referencia estudiado, en sus análisis sobre el mega principio -desarrollo sostenible- consideraba: el sector privado (incluidas las grandes empresas y las pequeñas) tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y que las empresas del sector privado deben cumplir la obligación de rendir cuentas, en un entorno reglamentario,

34 Consúltense, FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Á.. *Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente*. En más de 150 preguntas y respuestas. La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 1999; SOLER DEL SOL, A. *El Derecho al alcance de todos, Ley n. 81 Ley del Medio Ambiente*. La Habana: Editorial ONBC, 2013; REY SANTOS, O. *et al. La Ley de medio ambiente: 20 años después*. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2017.

35 AA. VV. *Derecho Ambiental cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2007.

36 HORRUITINER, P. *La Universidad Cubana: El modelo de formación*. La Habana: Editorial Universitaria, 2009, p.225.

37 MARTÍN MATEO, R. *El hombre: una especie en peligro*. España: Editorial Campomanes SL, 1993.

transparente y estable (Principio 26).³⁸

Permite a los articulistas retomar en el estudio, los aportes de LEFF quien considera que la formación ambiental

[...]implica un proceso más orgánico y reflexivo de reorganización del saber y de la sociedad en la construcción de nuevas capacidades para comprender e intervenir en la transformación del mundo, cobrando así un doble sentido, al ser un proceso de creación de nuevos valores y conocimientos vinculado a la transformación de la realidad para orientar una formación ambiental, entendida como una estructura socioeconómica que internalice las condiciones ecológicas del desarrollo sustentable y los valores que orientan la racionalidad ambiental. En ello, el concepto de formación ambiental articula las formaciones ideológicas y conceptuales, con los procesos de producción y adquisición de conocimientos y saberes, en un proyecto histórico de transformación social [...]³⁹

Analizadas las valoraciones sobre la formación jurídica ambiental, se justiprecia que urge la formación por competencias en el campo de lo ambiental, la que deberá, necesariamente, partir de aspectos teóricos conceptuales y terminológicos específicos, sobre la base de programas multidisciplinarios integrados para estar en condiciones de participar en manera activa en las decisiones profesionales, por lo que es necesario tener: algo que decir, voluntad de hacerlo, medios necesarios, información adecuada, conocimientos sólidos y profunda responsabilidad. Estas condiciones y decisiones deben ser integrales, ajustadas a diferentes niveles, es lo que se espera en la empresa pública cubana en el sector agropecuario, a partir de ponderarse los principios de soberanía y seguridad alimentaria en el texto constitucional de 2019.

En consecuencia, el reto de la academia cubana en la formación jurídica ambiental se justiprecia que se centra en los objetivos del Milenio para el 2030, a partir de la integración de contenidos en el período post COVID -19 en la carrera de Derecho desde la dimensión ambiental en atención a lo señalado por la UNESCO, el PNUMA y el MES, ello:

Permitió profundizar en torno a que la reactivación de la económica mundial deberá ser respetuosa con las políticas ambientales para lograr alcanzar el desarrollo sostenible desde los Objetivos del Milenio para el 2030, este debe ser un elemento a partir de la integración de contenidos a ponderar con los estudiantes en la academia nacional.

Contribuyó a seguir trabajando en profundizar en los efectos adversos al ambiente, los que no deben partir de la simplificación de trámites para disminuir el nivel de protección ambiental, procediendo a un retroceso del derecho existente, trae como consecuencia contaminación y degradación ambiental, llevándonos a la crisis y emergencia climática y ambiental que hoy se manifiesta en el período post COVID-19. La educación ambiental es un objetivo inaplazable.

Permitió profundizar en las temáticas relacionadas con el Plan de Estado contra el cambio climático “Tarea Vida” promovido por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, en pos de mitigar los impactos negativos al ambiente con el uso de las TIC.⁴⁰

Coadyuvó a debatir contenidos vinculados con la responsabilidad, como ha sido su tratamiento en relación con el control público por la autoridad ambiental y la sanitaria en su

38 MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*. España: Editorial Trivium, 1991.

39 LEFF ZIMMERMAN, E.. La formación ambiental en la perspectiva de la Cumbre de la Tierra y de Agendas 21. *Educación Ambiental y Universidad. Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental*, 2002, p.75-92.

40 MINISTERIO DE CIENCIAS, TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE. *Plan de Estado contra el cambio climático*. La Habana: 2017.

exigencia, en atención a los cuerpos jurídicos vinculados al ordenamiento jurídico ambiental ante el enfrentamiento a la COVID- 19 por los servidores públicos en la actuación de la inspección sanitaria y la ambiental por parte del Ministerio de Salud Pública y el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente.

Contribuyó a proseguir las investigaciones de temas ambientales por su transdisciplinariedad, que permitan perfeccionar el ordenamiento jurídico cubano en la materia ambiental, en ello juega un rol preponderante la academia. Para incidir en que concepto de desarrollo debe ser reformulado para encajarlo en los límites que marca el planeta y que nunca debería haber sido sobrepasado. La economía circular es la puerta de entrada a ese nuevo modelo de desarrollo basado en el respeto a dichos límites. La actividad empresarial se abre a un nuevo entorno económico, un nuevo ecosistema donde todas las formas de negocio deben basarse en el respeto al ambiente.

Permitió resaltar la labor realizada por los Estados y en particular la formación de valores, en este particular la labor realizada por los médicos y el personal paramédico en la atención sanitaria a los enfermos del COVID-19 por el Ministerio de Salud Pública.

Explotar más las herramientas tecnológicas que aportan las TIC a través de las redes sociales, la plataforma Moodle, los Blogs, entre otras, que permitan irradiar contenidos ambientales en menor tiempo y a mayores espacios, hoy potenciada con el uso de la telefonía celular con el fomento de la 4 G.

Se utilizaron en las redes sociales la plataforma face, donde se ubicaron contenidos, materiales bibliográficos y guías de estudios de la carrera en formato pdf.

Se conformaron grupos de estudios a través de la plataforma WhatsApp, donde se intercambiaban conocimientos y dudas entre estudiantes y el profesor.

La creación de mapas conceptuales que permitieron analizar el origen, desarrollo y evolución del Derecho Ambiental dentro de las ciencias sociales, desde la Sociología Ambiental con el uso de las TIC.

Los profesores en este orden de análisis prepararon una guía de estudio y un material complementario en atención a los objetivos del Derecho Ambiental en la nación cubana, este les permitió a los estudiantes seguir su preparación en pos de poder resolver los exámenes.

Al respecto, estos objetivos planteados a la academia mientras duró el período de confinamiento en las casas impuesto por la COVID-19 en la Universidad de Granma en la carrera de Derecho, permitieron al profesor dentro del colectivo del año académico realizar a partir de la integración de contenidos en el 4^{to} año del Plan de estudios D⁴¹, resolver con la pertinencia de las materias de Derecho Mercantil, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Sanitario y el Derecho Ambiental, para conformar un examen integrador con estos contenidos a evaluarse con el uso de las TIC.

También, el estudiante pudo optar por realizar un examen de suficiencia de la materia ambiental, y realizar tras la realización de la modalidad del examen que el mismo escogiera, el realizar el examen de premio, consistente en la redacción de un artículo científico para publicarlo en revistas estudiantiles o con el acompañamiento del profesor en otras revistas científicas. Sirvan entonces, estas experiencias dentro del período de confinamiento de la COVID-19, para socializar las estrategias tomadas en la Universidad de Granma, y en particular por la carrera de Derecho.

41 En estos momentos en la carrera de Derecho está en proceso de conclusión el Plan de Estudio D especialidad de Derecho (2008) MES. La Habana, Cuba. Este se sustituye por el Plan de Estudio E especialidad de Derecho (2017) MES. La Habana, Cuba.

5 CONCLUSIONES

La incorporación de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones en el proceso docente educativo es un fenómeno social heterogéneo, queda demostrado que provoca cambios en el acceso al conocimiento, lo que repercute en el quehacer humano en su cultura. El hecho de no tener acceso a las mismas dificulta la igualdad de oportunidades y genera una importante brecha cultural, económica y social, en contradicción con el derecho de acceso a la información como un derecho humano de tercera generación, en especial la protección ambiental.

Las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones son herramientas que irradian las actividades formativas en la educación ambiental, favoreciendo con ello la formación jurídica ambiental en atención a los nuevos escenarios educativos mediados por las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones para potenciar competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales ante los avances tecnológicos, ello genera valores agregados al profesional ante los saberes ambientales a partir de la integración de contenidos desde su modo de actuación.

Los recursos tecnológicos al usar las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones, se demuestra que pueden ser utilizados en la formación jurídica ambiental en los escenarios educativos son el video educativo, la multimedia, los blogs, las wikis, las bibliotecas virtuales, internet. En la web 2.0, aplicaciones que pueden contribuir a la irradiación de la educación ambiental con el uso de plataformas como Facebook, Twitter, LinkedIn, YouTube; estas herramientas abren canales interesantes en relación a la cuestión ambiental en el período de la COVID-19.

La conceptualización de educación ambiental y educación jurídica ambiental se han ido perfeccionando y complejizando a medida en que se hace más evidente un futuro donde es posible la extinción de la humanidad, y en consecuencia con ello se ha llegado a un plano transdisciplinar y multidisciplinar donde se devela que deben contribuir a garantizar el desarrollo humano sostenible.

La cuestión ambiental plantea a la universidad en el siglo XXI la necesidad de ubicarse en las transformaciones sociales hacia el desarrollo equitativo, democrático y sustentable. Tener un egresado formado en temas ambientales como una de sus competencias profesionales que hoy se exigen en el mercado laboral del siglo XXI. Pero falta, la integración de los contenidos ambientales, que en la práctica un elemento decisivo para el ejercicio posterior como profesional del Derecho con competencias.

El papel de la educación ambiental en este entramado queda demostrado que sirve de instrumento de toma de conciencia del fenómeno del subdesarrollo y de sus implicaciones ambientales como profesional competente con el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones en la Sociedad del Conocimiento y la Información, hoy incrementado con los efectos adversos que ha dejado al planeta la pandemia de la COVID-19.

REFERENCIAS

AA. VV. *Derecho Ambiental cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2007.

ÁLVAREZ PÉREZ, M.. *Interdisciplinariedad: Una aproximación desde la enseñanza aprendizaje de las ciencias*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 2004.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; DÍAZ OCAMPO, E.. El pluralismo jurídico en América Latina. *Revista Dos Tribunais Thomsonreuters, Brasil*, n. 990, 2018.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. *et al.* La Minería Urbana. Un análisis desde el ordenamiento jurídico en Cuba. Una apuesta al desarrollo sostenible desde la Economía Circular. *Revista Derecho y Cambio Social, Perú*, n. 60, 2020.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental. *Revista Murmullos del Sur, Argentina*, 2018.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. La industria 4.0. Análisis y estudio desde el Derecho en la 4ta Revolución Industrial. *AdvocAtus*, v. 16, n. 32, p.103-131, 2019.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.. Las infotecnologías, su aplicación en la formación de la cultura ambiental. *Revista de Ciencias Jurídicas Pensar, Brasil*, 2017.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.; RAMÍREZ SÁNCHEZ, A.. La inspección ambiental. La evaluación de impacto ambiental. La autorización ambiental y la auditoría ambiental. *Revista de Derecho UNED, España*, n. 18, 2016, p.1-40.

BERRIZ VALLE, R. *La educación ambiental y la redimensión del currículo escolar*. La Habana: Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona, 2005.

CABERO, J.; LLORENTE, M.. Las Tic y la Educación Ambiental. *Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa, España*, n. 4, 2005, p.9-26.

CADUTO, M.. *Guía para la enseñanza de valores ambientales*. Programa Internacional de Educación Ambiental. España: UNESCO-PNUMA, 1992.

D' ESTÉFANO PISANI, M.. *Derecho Ambiental Internacional*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1996.

ESPERÓN JIMÉNEZ, C.. Desarrollo del Derecho Ambiental en Centroamérica. *Tesis doctoral*, Universidad de Alicante, España, 2010.

FABELO CORZO, J.. *Los valores y sus desafíos actuales*. La Habana: Editorial José Martí, 2005.

FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRA, Á.. *Derecho Ambiental Internacional*. La Habana: Editorial AFR, 1999.

FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, Á.. *Ley No. 81 de 1997, del Medio Ambiente*. En más de 150 preguntas y respuestas. La Habana: Editorial Ministerio de Justicia, 1999.

- FREIRE, P. *Contribuciones a la Pedagogía*. Argentina: Editorial Clacso, 2008.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J.; REY SANTOS, O.. *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*. La Habana: Editorial Acuario, 2005.
- GONZALEZ-GAUDIANO, E.. *Educación ambiental*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- GUADARRAMA GONZÁLEZ, Á.. *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- HORRUITINER, P. *La Universidad Cubana: El modelo de formación*. La Habana: Editorial Universitaria, 2009, p.225.
- JUSTE RUIZ, J.; BOU FRANCH, V.. *El desarrollo sostenible tras la cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales*. España: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.
- JUSTE RUIZ, J.. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid Editorial: MacGraw Hill, 1999.
- LAZO, P. Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas. *Revista lus et Praxis*, Chile, n. 1, 2011, p.249-262.
- LEFF ZIMERMAN, E.. *Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes*. México: Editorial siglo XXI, 2006.
- LEFF ZIMERMAN, E.. *El saber ambiental*. México: Editorial Siglo XXI, 1998.
- LEFF ZIMERMAN, E. et al. *Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario en América Latina*. México: UNESCO, 1991.
- LEFF ZIMERMAN, E.. La formación ambiental en la perspectiva de la Cumbre de la Tierra y de Agendas 21. Educación Ambiental y Universidad. *Congreso Iberoamericano de Educación Ambiental*, 2002, p.75-92.
- MARTÍNEZ OSÉS, P. Un análisis del poder en la agenda 2030: oportunidades para un cambio de paradigma de desarrollo. *Economistas sin Fronteras. Dossieres EsF*, España, n. 26, 2017.
- MARTÍN MATEO, R.. *El hombre: una especie en peligro*. España: Editorial Campomanes SL, 1993.
- MARTÍN MATEO, R.. *Tratado de Derecho Ambiental*. España: Editorial Trivium, 1991.
- MINISTERIO DE CIENCIAS, TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE. *Plan de Estado contra el cambio climático*. La Habana: 2017.
- MOLANO, N.. La formación ambiental en la educación superior: una revisión necesaria. *Revista Luna Azul*, Colombia, nº 39, 2014, p.186-206.
- MURGA-MENOYO, M. A.; BAUTISTA-CERRO, J.; NOVO, M.. Mapas conceptuales con Cmap Tools en la enseñanza universitaria de la educación ambiental: estudio de caso en la UNED. *Revista Enseñanza de las Ciencias*, España, n. 29, 2011, p.47-60.
- MURGA-MENOYO, M. A.. Infotecnología e innovación docente. Los editores de mapas conceptuales: posibilidades y límites. *Revista Pedagogía Universitaria UNED*, España, n. 249, 2011, p.273-288.
- NOVO VILLAVERDE, M.. La educación ambiental, una genuina educación para el desarrollo sostenible. *Revista de Educación*, España, n. extraordinario, 2009, p.195-217.
- PARADA ULLOA, A. Estrategia educativa para la formación de actitudes Ambientales en los estudiantes de secundaria. *Tesis Doctoral*, Universidad de Ciencias Pedagógicas Frank País, Santiago de Cuba, 2007.

- PEÑA CHACÓN, M.. *Derecho Ambiental efectivo*. San Jose: Editorial Universidad de Costa Rica, 2016.
- PEÑA CHACÓN, M.. La Revolución de los Derechos Humanos Ambientales y de los Derechos de la Naturaleza. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, Argentina, n. 28, 2018.
- PÉREZ DE A, M. del C.; TELLERIA, M. B.. Las TIC en la educación: nuevos ambientes de aprendizaje para la interacción educativa. *Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales*, n. 18, 2012, p.83-112.
- PIÑAR MAÑAS, J.. El desarrollo sostenible como principio jurídico. *Estudios de Derecho Público económico*. Madrid, 2003
- REY SANTOS, O. *et al. La Ley de medio ambiente: 20 años después*. La Habana: Editorial UNIJURIS, 2017.
- ROSA MORENO, J.. *El Derecho Ambiental en Latinoamérica, Integración económica y medio ambiente en América Latina*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 2000, p.13-21.
- SOLER DEL SOL, A. *El Derecho al alcance de todos, Ley n. 81 Ley del Medio Ambiente*. La Habana: Editorial ONBC, 2013
- UNESCO. COVID-19 y educación superior: De los efectos inmediatos al día después. Análisis de impactos, respuestas políticas y recomendaciones. *UNESCO*, 2020.
- VYGOTSKI, L.. *Pensamiento y lenguaje*. Teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1987.

REFLEXIONES PARA ADECUAR LAS AUDIENCIAS TELEMÁTICAS DE CASACIÓN PENAL Y DE EXTRADICIÓN A LAS RELACIONES SOCIALES A PARTIR DEL COVID-19

Gustavo Adolfo Amoni Reveron

Especialista cum laude en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Profesor de Derecho Administrativo III (pregrado) y Teoría de la Jurisdicción (postgrado) de la Universidad Central de Venezuela. Ex director ejecutivo de la Escuela Nacional de la Magistratura. Abogado.

Sumário: 1 Introducción; 2 El acceso remoto; 3 El procedimiento telemático de casación penal y extradición: actos previos, concomitantes y posteriores a la audiencia telemática; 3.1 Actos previos a la audiencia; A. Solicitud: consignación, autorización, lugar y tiempo. i. Consignación; ii. Autorización; iii. Lugar y tiempo; B. Organización de la sala de audiencias telemáticas y demás sitios de transmisión; C. Prueba de conexión; D. Identificación; 3.2 Actos durante la audiencia; A. Orden de los intervinientes. i. Derecho a la defensa; 3.3 Actos posteriores a la audiencia; 4 Conclusión; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

Desde que se decretó el estado de alarma por Covid-19 en Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido sus pendidas las audiencias procesales, aun aquellas que puede realizarse a distancia, gracias a las tecnologías de información y comunicación.

Una de las razones atiende a que la regulación vigente prevé la presencia tangible de los miembros del tribunal y de los auxiliares de justicia en la sala de audiencias, pero también reconoce a las partes y demás sujetos procesales que quieran acudir el derecho a ingresar a al recinto judicial, derecho que también ostenta el público en general.

La Resolución 2016-001 sobre participación telemática de los sujetos procesales en las audiencias de la Sala de Casación Penal, que es el texto normativo que regula tales actos procesales, fue concebida para que los sujetos procesales distintos a los servidores judiciales, decidieran desde donde querían participar, teniendo siempre la posibilidad de trasladarse hasta el edificio del Tribunal Supremo de Justicia, ingresar por la puerta principal, superando los controles de seguridad, disfrutar del vitral de más de 700 metros cuadrados¹, obra de Alirio Rodríguez, tomar el ascensor o la escalera hasta el piso 4, aguardar en los sofás de la sala de espera con vista a la monumental obra vítrea, rodeada de granito gris, hasta acceder finalmente a la sala de audiencias, luego de identificarse con el auxiliar de justicia y entregar el teléfono celular al funcionario de seguridad, para sentarse, finalmente, cerca de 40 minutos en un auditorio con capacidad para 50 personas como público, más los cinco magistrados, el secretario, y los auxiliares de justicia.

Se trata de una nueva migración que inició con la presencialidad tangible plena, pasó por la posibilidad de presencialidad telemática de las partes, defensores y asistentes o representantes judiciales, debiendo migrar hasta la presencialidad telemática total, salvo casos excepcionales.

Este análisis se centrará en los cambios que pudiera implementar la Sala de Casación Penal para continuar celebrando audiencias procesales, en tanto que único acto oral de los procedimientos de casación penal y extradición en Venezuela regulados mediante la Resolución 2016-001 del 12 de diciembre de 2016 por el que se autorizó a que el participante a distancia no necesitara viajar largas distancias para ir a Caracas, donde se encuentra el Tribunal Suprema de Justicia, con la carga económica y logística que ello supone.

Se trata de soluciones que no requieren una gran inversión económica, como medidas temporales, porque es muy probable que los tribunales, los centros de privación de libertad, las misiones diplomáticas y las oficinas administrativas, dispongan de computadoras con cámara web y micrófono, aunque no siempre cuenten con acceso a Internet.

Sin embargo, la presencia remota en el proceso penal “coronavírico” no se resuelve incorporando tecnología al procedimiento de siempre, sino que debe modificarse teniendo en cuenta la posibilidad de infectarse de un virus altamente contagioso, además de reconsiderar los cinco factores que se evaluaron para migrar del Código Orgánico Procesal Penal a la Resolución 2016-001, como son: 1) La forma electrónica de acceso al tribunal; 2) El lugar de acceso y recepción de la intervención telemática; 3) La forma de identificación de los participantes por parte del tribunal y del tribunal por parte de quien intervenga a distancia; 4) La asistencia jurídica y acceso a un intérprete, si fuera el caso, en especial de quien participa de

¹ Disponible en: <http://www.mincultura.gob.ve/detalles.php?meta=Mzk4MA==#:~:text=El%20andino%20tambi%C3%A9n%20afirm%C3%B3%20que,lo%20fue%2C%20Alirio%20Rodr%C3%ADguez%E2%80%9D>.

modo remoto estando privado de libertad; y 5) La estructura arquitectónica, o reorganización, del lugar de la intervención.

2 EL ACCESO REMOTO

Desde el 13 de marzo de 2020², en Venezuela no es posible pensar, exclusivamente, en un proceso jurisdiccional donde todos los intervinientes están en el mismo lugar con la posibilidad de contacto tangible.

Por el contrario, existen muchas opciones procedimentales más eficientes³ y al mismo tiempo respetuosas de los principios constitucionales y legales⁴. Entre ellas se pueden destacar, desde las que permiten ciertas comunicaciones remotas en un procedimiento telemático escrito, como sería, a modo de ejemplo, el envío de la demanda y de la contestación mediante correo electrónico así como la práctica de la citación y la notificación⁵, incluso mediante programas y equipos informáticos inteligentes⁶, pasando por la intervención procesal absoluta mediante TIC, no solo para intercambiar mensajes de datos como en el caso anterior, sino admitiendo también la actuación en las audiencias, por medios digitales, durante un procedimiento telemático oral⁷; hasta el uso de inteligencia artificial para conocer

2 Decreto nro. 4.160 de la Presidencia de la República publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nro. 6.519 (Extraordinario) del 17 de marzo de 2020, y prorrogado mediante los decretos números: 4160 del 12 de abril de 2020 publicado en la Gaceta Oficial nro. 6528 (Extraordinario); 4.198 publicado en la Gaceta Oficial nro. 6.535 (Extraordinario) del 12 de mayo de 2020; 4.230 publicado en la Gaceta Oficial nro. 6.542 (Extraordinario) del 11 de junio de 2020; 4.247, publicado en la Gaceta Oficial nro. 6.554 (Extraordinario) del 10 de julio de 2020 y 4.260, publicado en la Gaceta Oficial nro. 6.560 (Extraordinario) del 8 de agosto de 2020.

3 "... l'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche... aumenta l'efficienza del processo civile... specialmente sotto il profilo della diminuzione della durata." (CAPONI, R.. Il Processo Civile Telematico tra Scrittura e Oralità, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.17, n.1, 2016, p.196).

4 El uso de las TIC en el proceso civil no excluye que los principios del derecho sean aplicados. (IMPAGNATIELLO, G.. *Regole del c.d. processo civile telematico e sistema del codice di rito*, 2015, p. 299).

5 Como sucede con el proceso civil telemático italiano, el cual "... presuppone semplicemente la sostituzione di un supporto cartaceo con un supporto digitale nei documenti che rappresentano atti processuali scritti" (CAPONI, R.. Il Processo Civile Telematico tra Scrittura e Oralità, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.17, n.1, 2016, p.197), para "...la maggiore accessibilità e circolazione dei documenti digitali rispetto ai cartacei" (CAPONI, R.. Il Processo Civile Telematico tra Scrittura e Oralità, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.17, n.1, 2016, p.203), es decir, el proceso civil telemático italiano, "...nasce con l'obiettivo di rendere più snelle le fasi di comunicazione e deposito di atti giudiziari all'interno del processo civile..." (IASELLI, M.; CAVALIERE, G.. *Il fascicolo informatico del processo telematico*, en *Informatica e diritto*, v. XVI, 2007, n.1-2, p.163).

6 En Holanda, el proceso de digitalización judicial inició con la "etapa electrónica". Se trata del periodo en que los órganos jurisdiccionales y los abogados comenzaron a usar equipos electrónicos para trabajar. Lo característico de esta fase es el uso de computadoras para crear y almacenar información. Con el desarrollo de programas de computación para el procesamiento de datos, la adopción de Tecnologías de Información y Comunicación en el sistema de justicia holandés inició su segunda etapa, que se caracteriza por el uso de *hardware* y *software* para procesar y enviar información activamente. Se trata de aparatos aptos para conectar e intercambiar datos entre sí, y en un nivel más avanzado, de elaborar esos datos KRAMER, Xandra E.; VAN GELDER, Emma; THEMELI, Erlis, *e-Justice in the Netherlands: the Rocky Road to Digitised Justice*, May 15, 2018 in: WELLER M.; WENDLAND, M.. (eds.), *Digital Single Market: Bausteine eines Rechts in der Digitalen Welt*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p.211. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3167543> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3167543>.

7 En Chile, la Ley 20.886 vigente a partir de 2016 impone la presentación de escritos por medios telemáticos dejando la opción de presentarlos en papel ante el órgano jurisdiccional, previa autorización de este, cuando las circunstancias lo requieran (ver: Acta 27-2016) o se trate de una persona que carezca de los medios tecnológicos necesarios. Por su parte, el acta 71-2016 prevé que las audiencias serán en presencia tangible de los intervinientes, sin que se prevea la posibilidad expresa de verificarlas por medios telemáticos. En España, la sede judicial es un portal web donde se podrán "...realizar consultas y trámites de forma telemática con la Administración de Justicia...". En ella se proporcionarán "... servicios tales como verificación de certificados electrónicos, presentación de quejas y sugerencias, consulta del estado de un procedimiento judicial, publicación electrónica de resoluciones y comunicaciones en el tablón de edictos, comprobación de autenticidad e integridad de los documentos emitidos, iniciar procedimientos judiciales y presentar escritos de mero trámite, firmado de documentos de manera electrónica, etc". Lo que no permite esta sede es la intervención telemática en la audiencia correspondiente a partir de la oposición que se presentare en los casos de procedimientos monitorios, donde "... se citará a las partes a una vista ante el Juez para practicar las pruebas que se propongan en ese acto, dictándose sentencia" (sedejudicial.justicia.es). (AMONI, Gustavo. "La definición de sede judicial en los procedimientos jurisdiccionales telemáticos. Especial referencia a la Resolución N° 2016-001 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia", *Fodertics* 6.0, España, 2017).

y decidir a partir de las pretensiones de las partes⁸.

En el último caso, se celebrarían en una “oficina judicial digital” o portal de Internet, donde la arquitectura deja de tener la relevancia que había ostentado para ser suplida por el diseño digital, ya que lo importante no serán las dimensiones de la sala ni los materiales usados en su construcción, sino la calidad del sistema de redes de conexión, así como de la imagen y del sonido por el que se perciban los sujetos procesales quienes pudieran estar en lugares diversos⁹.

En el caso de los procedimientos jurisdiccionales telemáticos, orales o escritos¹⁰, existen, por una parte, aquellos que miran con prudencia la tecnología. Así, por ejemplo, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal de 2012, informado por el principio de la oralidad, se permite que ciertos sujetos procesales, mas no las partes, intervengan a distancia. Se trata del testigo o el experto, siempre con la condición de que la presencia directa en la sala de audiencias, no sea posible.

La razón sobre la cual se basa dicha normativa, en la que se asume con desconfianza el uso de las TIC, radica en la primacía de la presencia tangible sobre la telemática¹¹. Se trata de un argumento recurrente en los juicios de instancia¹², entendiendo por instancia la tramitación procesal en la que se valoran pruebas para fijar los hechos.

Ahora bien, en los procedimientos de casación, tal como se tramitan conforme a la jurisprudencia venezolana, que contienen una audiencia para discutir sobre escritos previamente presentados pero sin aportar nada nuevo, y en consecuencia, en los que no se

8 La tercera etapa del uso de las Tecnologías de Información y Comunicación en el sistema de justicia de los países bajos será el de la inteligencia artificial, equipos que no solo permitan almacenar, organizar y procesar información activamente, sino también, crear nueva información basada en la información suministrada por los sujetos procesales. (KRAMER, Xandra E.; VAN GELDER, Emma; THEMELI, Erlis, *e-Justice in the Netherlands: the Rocky Road to Digitised Justice*, May 15, 2018 in: WELLER M.; WENDLAND, M. (eds.), *Digital Single Market: Bausteine eines Rechts in der Digitalen Welt*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p.211. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3167543> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3167543>).

9 En el fallo Estados Unidos de América c. Thompson, 599 F.3d 595, 597 (7th Cir. 2010), todos se reunieron en la sala de audiencias excepto el juez. (MARR, K., The Right to “Skype”: The Due Process Concerns of Videoconferencing at Parole Revocation Hearings, in *University of Cincinnati Law Review*, v.81, 2013, p.1515). En Italia, “Appare evidente... un giudice, due avvocati e magari un cancelliere dialogano in videoconferenza ciascuno dal proprio ufficio o dal proprio studio, senza incontrarsi...” (IMPAGNATIELLO, G., *Regole del c.d. processo civile telematico e sistema del codice di rito*, 2015, p. 298).

10 La selección entre oralidad y escritura debe considerar si: 1. el juez “... è in grado di preparare adeguatamente l’udienza, a causa dell’alto numero di cause da gestire...”, 2. los defensores “...si predispongono psicologicamente a chiedere i termini per la trattazione scritta...”, y 3. “... la trattazione orale della causa all’udienza implica un maggiore impegno personale del difensore”. (CAPONI, R., Il Processo Civile Telematico tra Scrittura e Oralità, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.17, n.1, 2016, p.199).

11 La participación a distancia debería reservarse solo para los casos estrictamente necesarios “... per proteggere interessi di preminente importanza...” (MARCELLO, D., La partecipazione a distanza allargata, en *Diritto Penale Contemporaneo*, diciembre 2017, p.2). En el sentido expuesto: “... le deroghe alla presenza fisica nell’aula di udienza andrebbero consentite nei soli limiti della stretta necessità ed ai soli fini di garantire interessi prevalenti...” (SIGNORATO, S., *l’ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell’imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, en www.lalegislazionepenale.eu, 2017, p.12. También sobre la diferencia desfavorable de la presencia tangible respecto de la telemática, en 2005 y 2006, los inmigrantes en Estados Unidos han recibido, en promedio, 16 % menos respuestas satisfactorias a sus peticiones cuando aparecen en videoconferencia que aquellos que han acudido en presencia tangible. (SIGNORATO, S., Developments in the Law. Access To Courts, in *Harvard Law Review*, 2009, v.122, p.1186). En el mismo país, después de 2002, las sentencias iniciadas con la Corte de Apelaciones del décimo circuito han dicho que la tecnología viola los derechos legales y constitucionales de los imputados (MARR, K., The Right to “Skype”: The Due Process Concerns of Videoconferencing at Parole Revocation Hearings, en *University of Cincinnati Law Review*, v.81, 2013, p.1519). En España, algunos autores sostienen que es discutible que la videoconferencia satisfaga los requisitos de la inmediación. (DE LA OLIVA, A.; DIEZ-PICAZO, I.; VEGAS, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I*. 3ª ed., editorial universitaria Ramón Aceres, 2016, p.252).

12 “L’esperienza delle aule giudiziarie ha mostrato chiaramente come l’impossibilità di partecipare di persona al giudizio comprometta la facoltà dell’imputato di interagire con la scena processuale e con il suo difensore” (MARCELLO, D., *La partecipazione a distanza allargata*, en *Diritto Penale contemporaneo*, diciembre 2017, p. 1); no obstante, hay quien afirma que: “Un contatto tra due soggetti può essere considerato ‘diretto’ e ‘immediato’ purché costoro, pur trovandosi a distanza magari di centinaia di chilometri, possano vedersi e dialogare mediante collegamento audiovisivo...”. (RIVELLO, P., La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando, en *Diritto Penale contemporaneo*, 7-8, 2017, p.148).

pueden cambiar los hechos fijados por el tribunal de la causa, o en materia de extradición, donde solo se discute si la pretensión cumple con los requisitos jurídicos para acordarla, dejando la valoración probatoria sobre hechos, como la identidad y nacionalidad del sujeto requerido, fuera de la audiencia (en consecuencia, de modo escrito), luce improbable defender el argumento expuesto en el párrafo anterior¹³, fundado en la tradición, que la realidad se encarga de desmentir. Y es que si solo se discutirá sobre derecho, los argumentos de las partes y sus representantes judiciales o defensores, perfectamente pueden someterse a revisión y contra-argumentación usando las TIC.

Por otra parte, si el proceso fuera absolutamente digital¹⁴, resultaría inútil mantener una oficina para almacenar el expediente¹⁵ y también para los miembros del tribunal: el juez, el secretario y el alguacil, idea que se ve fortalecida por el derecho a la salud y a la vida, sobre todo en el estado de alarma por la pandemia generada por el Covid-19.

Los integrantes del órgano jurisdiccional pudieran trabajar desde su residencia, como ha sucedido en no pocos casos en el país¹⁶. Incluso, pudiera cambiarse la configuración del tribunal, con el secretario y el alguacil reemplazados por inteligencia artificial, para aquellas actuaciones mecánicas, como ocurre en los casos de mero cálculo o práctica de notificaciones o citaciones.

En el caso venezolano, donde no existe el expediente digital¹⁷, se optó por adecuar la sala de audiencias de la Sala de Casación Penal para permitir la participación telemática de cualquier sujeto procesal¹⁸, sin importar donde se encontrase¹⁹.

De acuerdo con la resolución 2006-001, Los magistrados se mantendrían en la sala de audiencia de modo que si alguien deseara trasladarse al recinto judicial, independientemente

13 Sobre la importancia de la comparecencia tangible a la audiencia, la Corte ha precisado que "... non riveste in appello la stessa importanza decisiva che assume in primo grado..." (ROMANA, F. La Partecipazione all'udienza di Riesame dopo la Legge n. 47 del 2015, en *Processo Penale e Giustizia*, n.3, 2016, p.105).

14 "... Il vero processo civile è un processo in cui tutto si fa mediante documenti informatici... ed in cui le udienze sono gestite in via telematica" Este modelo es "...poco rispondente alle esigenze delle moderne società democratica, nella misura in cui tale modello processuale tende a escludere il cittadino dall'esercizio della giurisdizione". (IMPAGNATIELLO, G.. *Regole del c.d. processo civile telematico e sistema del codice di rito*, 2015, p. 298).

15 En Italia, "il cuore della riforma, dunque, non può che essere la creazione del 'fascicolo d'ufficio informatico'... Esso, però, non sostituirà ancora il fascicolo su supporto cartaceo, che anzi rimane, costituendo sempre un sicuro elemento di riferimento rispetto cui verificare la completezza del fascicolo informatico..." (IASELLI, M.; CAVALIERE, G.. *Il fascicolo informatico del processo telematico*, en *Informatica e diritto*, v. XVI, 2007, n.1-2, p.164).

16 Los tribunales no han suspendido sus actividades cuando se trata de casos de amparo constitucional, debiendo trasladarse hasta el edificio judicial o hasta algún otro lugar acordado vía telefónica con el actor para recibir el escrito en papel, que si bien puede enviarse por correo electrónico, la jurisprudencia ha admitido desde 2002 que debe ratificarse dentro de los tres días siguientes en ese formato tangible (AMONI, Gustavo. "De los procedimientos judiciales orales a los electrónicos", *Fodertics, estudios sobre Derecho y Nuevas Tecnologías*, España: Andavira, 2012, p.34).

17 Para la fecha de redacción de este artículo (septiembre de 2020).

18 En Francia, igualmente, todos los sujetos del proceso penal pueden participar por videoconferencia. (PERROCHEAU, V.; ZEROUKI COTTIN, D.. «La visioconférence dans le procès pénal français, d'un rituel a l'autre ?», *Oñati Socio-legal Series*, 2018, p. 355. Disponible en: ssrn.com/abstract=3109522).

19 En Italia, en 2007 se afirmaba que "... l'espressione proceso telematico non indica un'udienza telematica, ma la formazione degli atti processuali su supporti informatici..." (IASELLI, M.; CAVALIERE, G.. *Il fascicolo informatico del processo telematico*, en *Informatica e diritto*, v. XVI, 2007, n.1-2, p.166). De hecho, el expediente judicial digital no surge en sustitución del expediente judicial en papel, así "... l'art. 12 del d.p.r. n. 123/2001 non elimina l'obbligo di formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo..." (IASELLI, M.; CAVALIERE, G.. *Il fascicolo informatico del processo telematico*, en *Informatica e diritto*, v. XVI, 2007, n.1-2, p.167). Diez años después, se asegura que "...in tutti i casi in cui la partecipazione al dibattimento avviene a distanza, su istanza delle parti, il giudice può permettere alle altre parti ed ai loro difensori di intervenire a distanza...". (SIGNORATO, S.. *l'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, en www.laegislazionepenale.eu, 2017, p.9).

de la distancia, pueda hacerlo²⁰; no obstante, si prefiere presentarse por medios telemáticos²¹, deberá solicitarlo al presidente de la Sala de Casación Penal, quien lo autorizará siempre que se satisfagan los requisitos establecidos al efecto.

Es decir, en Venezuela, cualquiera que pueda ser convocado a las audiencias de la Sala de Casación Penal, puede participar por telepresencia, videoconferencia u otro medio de comunicación telemático, audiovisual, bi- o multidireccional e instantáneo, sujeto a la aprobación del presidente de la referida Sala, siempre que los equipos y servicios tecnológicos estuviesen disponibles para este fin, y que la audiencia o el proceso no se vieran entorpecidos por tal motivo.

La ventaja de esta opción radica en el hecho de que los otros sujetos procesales que no deseen actuar valiéndose de medios telemáticos²², podrán intervenir a distancia mediante una pantalla, respetando el derecho fundamental a ser escuchado por el juez, cuya interpretación más favorable al derecho a la defensa impone garantizar la atención de la parte procesal en el mismo espacio tangible²³.

Esta modalidad de actuación era plenamente válida antes de la llegada del Covid-19, pero en el actual estado de emergencia, o en casos futuros y de características similares, debe regularse la posibilidad de actuación remota por parte de todos los sujetos procesales; de este modo, los magistrados, el secretario, el alguacil y demás servidores judiciales, desde su residencia o donde quiera que se encontrasen, debieran poder intervenir en la audiencia.

Igualmente, luce prudente dejar la opción de presencia tangible para los casos en los que el tribunal la estimara necesaria, de oficio o a petición de parte interesada.

En Venezuela, existe el derecho constitucional a ser llevado ante el juez en casos de detención por flagrancia, fuera de ese supuesto solo está consagrado el derecho a ser oído, lo que literalmente puede hacerse por teléfono, como lo hizo la Corte Suprema de Estados Unidos de América en su primera audiencia a distancia del 4 de mayo de 2020²⁴, pero que en una interpretación favorable a las partes debería optarse porque ese derecho a ser oído, en una situación de normalidad implicara ser percibido íntegramente, en sus expresiones y reacciones, mas no solo su voz.

20 Sobre el problema de las distancias extensas para acceder al tribunal se pronunció también: Federal Judicial Center, Remote Participation in Bankruptcy Court Proceedings, 2017, p.5.

21 La asistencia remota es una forma de asistencia personal según la ley francesa. (DUMOULIN L.; LICOPPE, C.. Grasping the Discrete Link between Filming and Videoconferencing in the Courtroom. Reflections from the French Case, en *Revista Crítica de Ciências Sociais, Special Issue "Law, Culture and the Humanities: Interconnected Paths"*, 2017, p.129).

22 Porque, piensan, por ejemplo, que la mediación de la tecnología entre la persona que interviene a distancia y el juez es un obstáculo a la fluidez de tal mecanismo. (CURTOTTI, D.. *I Collegamenti Audiovisivi nel Processo Penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p.305). Así, en Estados Unidos de América c. Thompson, 599 F.3d 595, 601 (7th Cir. 2010) la corte ha repetido que la visión de un evento en la pantalla es inferior a la participación efectiva (Lawrence, 248 F.3d at 304) (MARR, K.. The Right to "Skype": The Due Process Concerns of Videoconferencing at Parole Revocation Hearings, in *University of Cincinnati Law Review*, v.81, 2013, p.1515).

23 "... il giudice non potrebbe impedire all'imputato di comparire nell'aula di udienza...". (DANIELE, M.. La partecipazione a distanza allargata, en *Diritto Penale contemporaneo* (dicembre), 2017, p.3). En Italia, Lorusso argumenta contra la intermediación a distancia partiendo del "...Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York del 16 dicembre 1966... E la Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016...", que prevén el derecho a presenciar el propio proceso. (LORUSSO, S.. Dibattimento a Distanza vs. "Autodifesa"?, en *Diritto Penale Contemporaneo* (maggio), 2017, p.7). Ne Stados Unidos de América, la sentencia Thompson, 599 F.3d at 599 (la cual cita la sentencia Stados Unidos de América c. Pitre, 504 F.3d 657, 662 -7º Circuito, 2007-) afirma que el derecho a ser oído garantiza que el imputado tenga la oportunidad de acudir personalmente a la corte (MARR, K.. The Right to "Skype": The Due Process Concerns of Videoconferencing at Parole Revocation Hearings, in *University of Cincinnati Law Review*, v.81, 2013, p.1525). Este es el modo en que la sentencia Thompson, afirma que los diccionarios sugieren interpretar "personalmente" (MARR, K.. The Right to "Skype": The Due Process Concerns of Videoconferencing at Parole Revocation Hearings, in *University of Cincinnati Law Review*, v.81, 2013, p.1523).

24 <https://www.youtube.com/watch?v=qG19Y0HuLjY>.

Una interpretación favorable al reo, y en general, al derecho a la defensa de ambas partes, supondría el derecho a ser llevado a la sala de audiencia, constituyendo la voluntad del interesado un límite constitucional a la audiencia telemática, pero se insiste, es una conclusión a la que se llegaría por interpretación de la norma constitucional²⁵, por lo que vale argumentar que entre participar de modo tangible pero con el riesgo de infectarse e infectar a otros de Covid-19, y participar a distancia, sin ver directamente a los ojos a los magistrados y con limitaciones sensoriales circunscritas exclusivamente al uso de la vista y del oído, luce válido interpretar que el derecho a ser oído a distancia, en estas audiencias de derecho, es compatible con la Constitución.

Y es que la percepción gesticular que se logra con la presencia tangible ante el juez también puede percibirse a distancia usando para ello la videoconferencia²⁶, o como lo expresó la Sala de Casación Penal, mediante cualquier otro sistema telemático, audiovisual, bi- o multilateral e instantáneo, lo que permitiría apreciar el lenguaje verbal junto al no verbal, que en las audiencias para la discusión de derecho tienen menos importancia de lo que pudiera tener cuando corresponda determinar hechos, lo que en todo caso, pareciera que tampoco es esencial como se ha afirmado en defensa de la oralidad procesal²⁷.

En síntesis, la única opción tradicional de acceso tangible a las salas de audiencia, o la posibilidad ampliada por la Sala de Casación Penal de acceso telemático para los sujetos procesales distintos a los servidores judiciales, resulta insuficiente en tiempos de pandemia como la del Covid-19, donde el contacto tangible e incluso, la simple cercanía a menos de un metro y cincuenta centímetros aumenta el riesgo de contagio de este virus.

3 EL PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO DE CASACIÓN PENAL Y EXTRADICIÓN: ACTOS PREVIOS, CONCOMITANTES Y POSTERIORES A LA AUDIENCIA TELEMÁTICA

3.1 Actos previos a la audiencia

A. Solicitud: consignación, autorización, lugar y tiempo

i. Consignación

El procedimiento para participar usando medios digitales en la audiencia de casación penal o de extradición comienza con la solicitud formulada por el interesado, dirigida al presidente de la Sala de Casación Penal, y consignada en la corte de apelaciones que emitió la sentencia impugnada.

De esta manera, el interesado no necesitará acudir al Tribunal Supremo de Justicia²⁹, siendo suficiente actuar ante el órgano jurisdiccional que dictó la decisión recurrida, el cual está ubicado más cerca del interesado; no obstante, ambas instituciones han permanecido sin despacho durante la pandemia, salvo las cortes de apelaciones en casos de amparo

25 Al respecto, AMONI, Gustavo. "Límites constitucionales a la audiencia telemática en el proceso penal venezolano", *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías* (nro. 12), julio-diciembre, Colombia: Universidad de Los Andes, 2014.

26 AMONI, Gustavo. "El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal". *Revista IUS*, nro. 31, México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2013.

27 Universitas Fundación, Video de Jordi Nieva Fenoll, "Inteligencia Artificial y proceso penal", *youtube*. [Disponible en: <https://youtu.be/5BrCNVTPpOo> (minuto 59 segundo 46 hasta la hora 1 minuto 1 segundo 35)].

28 sido una de las razones principales por las que se han creado salas de audiencias telemáticas en tales lugares o se ha acudido al uso de tecnología inalámbrica, por ejemplo, como lo puso en práctica la Corte Federal de Australia a fin de conocer las pretensiones procesales presentadas por indígenas, atinentes a la reclamación de derechos de tierras (MACDONALD, Ros; WALLACE, Anne. *Review of the Extent of Courtroom Technology* in Australia, 12 Wm. & Mary Bill Rts. J. 649, 2004, p.652. Disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmbrj/vol12/iss3/3>).

29 La búsqueda de soluciones para garantizar el acceso a la justicia mediante las TIC, acortando distancias desde los lugares más remotos, ha

contra actividad jurisdiccional o en apelación³⁰.

Si los referidos tribunales hubieran estado trabajando, pudiera haber sucedido que la corte de apelaciones ordenase que el expediente fuera enviado al edificio del Tribunal Supremo de Justicia, antes de recibir la solicitud de participación telemática que no fue incluida en el recurso de casación.

Para esa hipótesis, la petición podría presentarse mediante papel en la oficina de atención al ciudadano de la Secretaría de la Sala de Casación Penal, con las debidas medidas de bioseguridad fijadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y por el Ministerio del Poder Popular para la Salud, como son en el primer caso, el uso de mascarillas que cubran nariz y boca, así como también, guantes; y en el segundo caso, con el uso de mascarillas que cubran nariz y boca, manteniendo el distanciamiento interpersonal de al menos un metro con cincuenta centímetros de distancia y utilizando una solución para la desinfección de las manos. Se trata de regulaciones que la Sala de Casación Penal pudiera prever expresamente, aunque ya se encuentran previstas en las normativas citadas.

Otra opción, que sí recoge la Resolución 001-2016 de la Sala de Casación Penal es presentar la solicitud por correo electrónico, usando para ello la firma electrónica certificada del sujeto actuante³¹, a la dirección: "scp.secretaria@tsj.gob.ve", considerando que, a más tardar, siete días hábiles antes de la audiencia, el Presidente de la Sala de Casación Penal tendría que responder si autoriza la intervención remota, lo que en situación de pandemia pasa a ser la opción principal.

ii. Autorización

De acuerdo con la resolución 2016-001, la Sala de Casación Penal no tiene la potestad de ordenar la comparecencia de oficio ni el interesado podrá aparecerse en la audiencia, voluntariamente, por medios telemáticos. Para poder acceder al tribunal bajo la modalidad que se ha ido describiendo, resulta indispensable la aprobación previa del presidente de este órgano jurisdiccional, la cual está condicionada a la disponibilidad de los equipos y servicios tecnológicos indispensables para ello.

Bajo la vigencia del estado de alarma por Covid-19, las condiciones deben cambiar. No sería acorde con la realidad impuesta por el Covid-19 que se pidiera autorización para realizar la audiencia telemática, ahora, por el contrario todas las audiencias pasarían a ser telemáticas, debiendo pedirse autorización para celebrarla en presencia tangible en la sala de audiencias, lo que deberá limitarse en la mayor medida posible.

En esta audiencia telemática pudiera haber público, igualmente a distancia, salvo las excepciones de ley; es decir, si la audiencia fuera privada o el tribunal estimare que se pudiera afectar la honorabilidad de determinada persona, de oficio o a petición de parte, deberá realizar la audiencia sin público, tal como lo prevé la resolución.

iii. Lugar y tiempo

En cuanto a la oportunidad de celebración de la audiencia, resulta importante considerar que se han fijado horarios para el abastecimiento del hogar, lo que debe coordinarse para

30 Resoluciones 001, 002, 003, 004, 005 y 006 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de 2020.

31 El uso de firma digital o electrónica certificada, aunque no está muy difundida, se estableció como requisito para promover su uso; no obstante, para hacer operativa la resolución, se permitió solicitarlo en papel antes de que el expediente saliera del edificio judicial donde se encuentra constituida la Corte de Apelaciones o en la Secretaría de la Sala de Casación Penal; es decir, se ampliaron las opciones de acceso a la justicia.

garantizar que se efectúe dentro de un horario de trabajo armónico con las ocupaciones personales, y las labores educativas, propias y de los niños y adolescentes a su cargo, que por la suspensión de clases permanecen en casa.

Respecto del lugar de participación, no se admitió desde un espacio abierto al aire libre o abierto al público de manera irrestricta para evitar darle visos de espectáculo y mantener el orden de las personas presentes en la audiencia. En caso de haberse permitido en exteriores, hubiera sido posible celebrar la audiencia en una plaza, cerrar una avenida y colocar pantallas y sonido tal como si tratará de una actividad de entretenimiento o de activismo político.

Pero al momento de redactarse la resolución no se pensaba en virus como el Covid-19, salvo en el ámbito de la ciencia ficción, por ello, lo que antes se prohibía, ahora resulta una opción. En entrevista telefónica a la coordinadora civil del Estado Nueva Esparta, Jiam Salmen, comentaba como un acto de evacuación de testigos, ante tribunales de municipio, se practicó en el estacionamiento del edificio judicial para evitar la aglomeración de personas en la sala de audiencias; igualmente, explicó que las audiencias en el palacio de justicia de esa entidad federal se han realizado en una carpa militar al aire libre, procurando disminuir el riesgo de contagio³².

B. Organización de la sala de audiencias telemáticas y demás sitios de transmisión

Una sala de audiencia se organiza en el sentido de lo que se ha llamado tradicionalmente “sede judicial”³³; es decir, como el lugar donde se desarrolla el proceso³⁴. En la actualidad, no todos los actos procesales se verifican en el mismo espacio³⁵ sino que se pueden realizar completamente usando medios telemáticos o alternando actuaciones digitales y tangibles.

En la primera situación, se puede hablar de una sede electrónica solo si el proceso es escrito, porque todos los actos procesales serán válidos cuando los mensajes de datos se incluyan en el expediente digital; sin embargo, si el proceso es oral, hay que tener presente dos opciones: la sede ya no es el lugar donde se desarrolla el proceso o en caso de seguir siéndolo, deben incluirse diversas localidades además del portal de internet por el que se verifique la comunicación procesal con el referido órgano judicial.

En el primer caso, se estima que la sede no puede seguir entendiéndose como el lugar donde se llevará a cabo el proceso, ya que la participación en la audiencia se emitiría desde el lugar donde estuviera quien lo hace a distancia pero se recibiría en otro, en la sala de audiencias donde se encuentre constituido el tribunal; sin embargo, también sería posible que algún miembro del tribunal no estuviera presente de modo tangible en la sala de audiencias y aun así el tribunal estuviera constituido de manera válida.

Si se insiste en que la sede del tribunal sea el lugar donde se desarrolla el proceso, entonces la definición de sede judicial se atomizaría debiendo incluirse: 1. el recinto tangible donde se encuentra el tribunal, 2. temporalmente, el lugar desde el cual se emita la participación en el proceso³⁶ de los sujetos procesales, judiciales o no, y 3. el portal de Internet por el que

32 Entrevista telefónica realizada el 8 de septiembre de 2020.

33 Sobre la unidad del lugar en el cual se desarrolla el proceso tradicional: Federal Judicial Center, *Remote Participation in Bankruptcy Court Proceedings*, 2017, p. 1.

34 “...l’archetipo dibattimentale si ricollegava strettamente all’idea di un’unità di luogo della celebrazione del processo...”. (SIGNORATO, S.. *l’ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell’imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, en *www.laegislazionepenale.eu*, 2017, p.1).

35 Esto significa “... la ‘rottura’ della dimensione spaziale dell’udienza...”. (LORUSSO, S.. *Dibattimento a Distanza vs. “Autodifesa”?*, en *Diritto Penale Contemporaneo* (maggio), 2017, p.5).

36 “... nel momento in cui si è proceduto all’assunzione della testimonianza del Presidente presso il Quirinale, quella è diventata la sede (*rectius*: l’aula) di celebrazione dell’udienza...” (MANGIARACINA, A.. *Quale Statuto per L’audizione del Presidente della Repubblica?*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, novembre 2017, p.8;14). En el mismo sentido, desde la activación de la conexión audiovisual el lugar remoto se equipara a la sala de audiencias. (CURTOTTI, D.. *I Collegamenti Audiovisivi nel Processo Penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p.398).

se accede al expediente digital³⁷, si fuera el caso, que en Venezuela aún no está disponible a pesar de que la Sala Plena decretó su creación en 2018 para las materias de violencia contra la mujer y responsabilidad penal de adolescentes³⁸.

Ello transforma tanto las salas de audiencias, como los espacios desde los que se vaya a transmitir, en los que deberán incorporarse:

a. Una cámara web que permita al interviniente remoto observar al magistrado, secretario y alguacil, lo que se resuelve con un dispositivo móvil como un teléfono inteligente.

b. Micrófonos y sistemas de audio mediante los cuales se comunicarán los presentes, lo que igualmente se resuelve con un teléfono inteligente.

c. Un sistema de proyección de la imagen que permita a los magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal y a los demás presentes percibir al participante a distancia del modo más similar posible a la presencia tangible en la sala de audiencias³⁹.

El audio⁴⁰ y la imagen son dos presupuestos de la oralidad, de ahí la importancia que tiene mantener altos niveles de calidad en la audiencia telemática⁴¹, lo que incluye, la comodidad de los intervinientes; sin embargo, si se entiende que en las audiencias de casación y extradición solo se ha admitido el debate sobre derechos, bastaría la pantalla de un teléfono inteligente para intercomunicarse, pues es suficiente para ver a quienes participan, preguntar y repreguntar.

d. Equipos electrónicos que permitan la telepresencia, videoconferencia o cualquier otro sistema de comunicaciones, telemático, audiovisual, bi- o multidireccional e instantáneo, entre los participantes en la audiencia.

Lo importante es que el medio de comunicación sea telemático, a fin de permitir que la intervención procesal se realice a distancia y por medios informáticos, ya que estos medios ofrecen las prestaciones necesarias para celebrar la audiencia, entre las que se encuentran escuchar, hablar y observar al interviniente, evitando su traslado hasta la sala de audiencias, puesto que ese es uno de los propósitos principales de usar tal tecnología en la audiencia judicial.

De nuevo, basta el teléfono inteligente, primero porque garantiza el derecho a la defensa, salvo alguna eventualidad que valoraría el presidente de la Sala de Casación Penal a petición e parte o de oficio; y en segundo lugar, porque en el caso venezolano los funcionarios judiciales han usado sus equipos personales para continuar garantizando el acceso a la justicia judicial en los casos excepcionales que les ha correspondido.

e. Un programa de computación que permita la telecomunicación entre los participantes en la audiencia.

El *hardware*, por sí solo no es suficiente. Es necesario el *software* que en Venezuela, por ley, debe ser libre⁴², con algunas excepciones. Esto se traduce en la necesidad de

37 Sobre el tema: AMONI, Gustavo. "La definición de sede judicial en los procedimientos jurisdiccionales telemáticos: especial referencia a la resolución núm. 2016-001 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia", *FODERTICS 6.0, los nuevos retos del derecho ante la era digital*, España, 2017, p. 231-242.

38 Resolución nro. 2018-0014 de fecha 21 de noviembre de 2018.

39 Incluso con la máxima calidad, Sergio Lorusso afirma que no se puede "... osservare con i propri sensi il giudice, le parti e i difensori. Si tratta, insomma, di una visione frammentaria del dibattito...". (LORUSSO, S.. Dibattimento a Distanza vs. "Autodifesa"?, en *Diritto Penale Contemporaneo* (maggio), 2017, p.5).

40 Excepto en el caso del lenguaje de señas.

41 "... il principio del contraddittorio risulta pienamente rispettato in caso di ricorso alle videoconferenze, purché sia adeguato il livello tecnico delle apparecchiature..." (RIVELLO, P. La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando, en *Diritto Penale contemporaneo*, 7-8, 2017, p.150).

42 Artículos 34 de la Ley de Infogobierno publicada en la Gaceta Oficial N° 40.274, del 17 de octubre de 2013 y 35 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012.

contar con técnicos informáticos capaces de desarrollar programas de computación para los órganos jurisdiccionales.

No obstante, es posible usar programas de computación, de pago o gratuitos, que permitan al interesado actuar en la sala de audiencias de la Sala de Casación Penal, sin importar en qué lugar del mundo se encontrase. En la experiencia venezolana, los tribunales de violencia contra la mujer han usado la aplicación Zoom, y en materia de protección de niñas, niños y adolescentes, además de esta, el servicio de videollamada de WhatsApp.

f. Un teléfono celular o cualquier otro medio de comunicación oral o audiovisual auxiliar.

La finalidad es tener un medio de comunicación continuo en caso de presentarse problemas técnicos con la conexión audiovisual, de modo que puedan coordinar el reinicio de la audiencia para el mismo día u otra fecha, por ejemplo, hablando por celular.

Es importante mencionar que la referencia a medios de comunicación oral o audiovisual atiende a la inclusión de personas con discapacidad auditiva y/u oral⁴³, quienes podrán mantenerse comunicados de modo oral mediante un intérprete de lengua de señas o directamente observando lo que ocurre, si el sistema es audiovisual, en respeto del principio de autonomía, aunque igualmente pueda intervenir un intérprete para el fin referido.

g. Un sistema de transferencia de datos para el uso exclusivo del sistema judicial o, a falta de ello, tener conexión a Internet.

Para mayor seguridad y confidencialidad de la actuación procesal se deberá usar la red de telecomunicaciones interna de uso exclusivo de los órganos judiciales, en consecuencia, el Estado deberá invertir en ampliar y potenciar sus conexiones de red judiciales.

Mientras se logra esto, Internet siempre será una opción económica e inmediata a considerar para satisfacer el derecho de acceso a la justicia⁴⁴.

A modo de cierre de este epígrafe, es importante tener presente que la ausencia de dotación tecnológica dejaría en la utopía la justicia digital. Esto lleva el estudio al sector económico y político. Económico, porque dependerá del presupuesto que se tenga para dotar de equipos y actualizarlos⁴⁵, la posibilidad de hacer realidad el uso de la informática en el proceso judicial; y político, porque será una decisión política optar entre la vía digital para el proceso jurisdiccional, o, si se continúa con el papel y la impresora. En ambas opciones, el costo, la disponibilidad y aquello que sucede en el mundo, influenciarán la decisión.

C. Prueba de conexión

La Sala de Casación Penal deberá realizar pruebas de conexión antes de la audiencia a fin de verificar que sea técnicamente posible con los equipos disponibles en ese momento.

El antecedente de este requisito se encuentra en el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, firmado en Mar del Plata, Argentina, el 3 de diciembre de 2010⁴⁶.

En la resolución, la oportunidad para ordenar la prueba varía según el lugar desde

43 Ley para las Personas con Discapacidad. Gaceta Oficial número 38.598 de fecha 5 de enero de 2007. (ROY, Elise. "Cuando diseñamos para la discapacidad, todos nos beneficiamos" [conferencia], disponible en: https://www.ted.com/talks/elise_roy_when_we_design_for_disability_we_all_benefit/transcript?language=es).

44 "... risparmio di tempo e costi..." constituyen los elementos que sirven de fundamento a la voluntad del legislador italiano para el uso de la videoconferencia (GIALUZ, M.; CABIALE, A.; DELLA TORRE, J.. Riforma Orlando: Le Modifiche Attinenti al Processo Penale, Tra Codificazione della Giurisprudenza, Riforme Attese da Tempo e Confuse Innovazioni, en *Diritto Penale contemporaneo*, Giugno, 2017, p. 192).

45 En Francia, hay defensores que advierten sobre la baja calidad de la videoconferencia debido a la obsolescencia de los equipos usados en los procesos penales, por haber sido en esta materia donde se inició su uso. (BRAUN, S.; DAVITTI, E.; DICERTO, S.. "Video-Mediated Interpreting in Legal Settings: Assessing the Implementation." In NAPIER, J.; SKINNER, R.; BRAUN, S. (eds). *Here or there: research on interpreting via video link*. Washington DC: Gallaudet, 2018, p.156).

donde se participará ya que es posible hacerlo desde recintos oficiales, pero en el caso del proceso jurisdiccional coronavírico, como lo ideal es mantener distanciamiento social, cada participante lo hará desde donde se encuentre, dificultando el control; sin embargo, en caso de suspensión consecutiva de la audiencia o imposibilidad de celebrarla, pudiera optarse por celebrarla con la persona o personas que tienen problemas de conexión, desde cierto lugar determinado por el presidente de la Sala de Casación Penal, siempre teniendo en cuenta las medidas de bioseguridad correspondientes.

D. Identificación

La identificación a distancia de la persona citada a la audiencia se practica como la identificación en presencia tangible: 1. El imputado y la víctima, con su cédula de identidad o pasaporte vigentes, según el caso; 2. El defensor, con su carnet del Colegio de Abogados y del Instituto de Previsión Social del Abogado; 3. El defensor público y el representante del Ministerio Público, con la credencial emitida por el Tribunal Supremo de Justicia para actuar ante la Sala de Casación Penal.

Al menos 30 minutos antes de iniciar la audiencia, el interviniente mostrará el documento correspondiente frente a la cámara web. El secretario de la Sala de Casación Penal lo hará constar así en el expediente.

Como la participación no se ejecutaría desde una oficina pública, el presidente de la Sala de Casación Penal tiene la potestad de condicionar la participación telemática a la presencia de uno o más funcionarios judiciales, o del orden público, en el lugar de emisión de la intervención para verificar la identidad del interviniente a distancia y garantizar el correcto desarrollo del acto procesal telemático⁴⁷, solución que solo deberá tomarse en caso extremo y prefiriendo la intervención desde exteriores, aunque ello dependerá de la conexión a Wifi que tenga el interviniente o las capacidad de costear la conexión con sus datos celulares así como la calidad de transmisión.

En la resolución, se prevé que el presidente de la Sala puede requerir el envío de una copia digitalizada del documento de identidad a la secretaria de la Sala, por correo electrónico u otro medio telemático que se indicará al efecto, pudiendo solicitarse el uso de firma electrónica certificada, para lo que bastaría una fotografía del documento con el teléfono inteligente del que se disponga, que se enviaría por mensajería instantánea, como Whatsapp.

Resumiendo, no hay problema de identificación porque se usa el medio legal, como lo es la cédula de identidad para los nacionales y el pasaporte para los extranjeros; si aquello no bastase, es posible que un funcionario acuda hasta el lugar donde se encuentre el interviniente a distancia y verifique la identidad; además, cuando el uso de la firma electrónica certificada esté más difundida en la población, se podrá usar para identificar al interviniente remoto además de otros medios informáticos más avanzados como el reconocimiento facial del que se vale el tribunal de Internet de Beijing⁴⁸, para lo que bastaría determinada aplicación

46 Suscribieron el convenio: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, España, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana y Ecuador.

47 En Italia, en caso de participación a distancia, "... il compito dell'ausiliario, o di un altro pubblico ufficiale...", y de "... attestare l'identità dell'imputato e di dare atto dell'inesistenza di impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti allo stesso imputato". (MANCINI, L. *Partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento: da strumento eccezionale a regime ordinario?*, Università di Pisa, 2015, p.70).

48 YIN, Cao. "Second internet court set up in Beijing", disponible en: <http://www.chinadaily.com.cn/a/201809/10/WS5b95b8e4a31033b4f46550e9.html>. Igualmente, SHUHAN, Liu. "El uso de la tecnología de la información en las actividades de los juicios en línea del Tribunal de Internet de Beijing", ponencia presentada por videoconferencia en el Congreso Internacional sobre Derecho Procesal Telemático, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, 28 de noviembre de 2018.

y no un dispositivo, lo que abarataría costos al Poder Judicial.

Sin embargo, si el sujeto se encontrase en un recinto oficial, el Presidente de la Sala de Casación Penal pudiera ordenar que el secretario judicial verificase la identidad, o que lo hiciera la máxima autoridad de la institución correspondiente o la persona designada por esta. Incluso, esto se pudiera efectuar junto a la identificación telemática.

Hasta el momento, se ha explicado cómo hace la Sala de Casación Penal para identificar a los sujetos procesales intervinientes a distancia, pero no se ha expresado cómo identificaría el interviniente remoto a la Sala de Casación Penal, ya que pudiera tener fundado temor de estar conectado con otras personas y no con dicho órgano. Tal preocupación aumenta si se trata de una audiencia privada, donde el daño al honor puede ser mayor.

La solución que se utilizó para garantizarle al participante remoto que la audiencia tiene lugar ante el órgano jurisdiccional, es la creación de un enlace en el portal de Internet del Tribunal Supremo de Justicia y, en su defecto, la Sala le notificará el método de conexión al interviniente, en el texto de la citación.

Así, el sujeto podrá confiar en que está en conexión con la Sala, despejándose aún más la duda si se incorpora la firma electrónica certificada de los magistrados, del secretario o del alguacil⁴⁹. Pero puede suceder que el portal Internet no estuviera en funcionamiento, como ocurrió a principio de 2020. En este caso, se optó por dos soluciones para indicar cuáles eran los tribunales de guardia o distribuidores, especialmente a partir del 29 de julio con la reanudación de la actividad jurisdiccional civil en los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta, como plan piloto.

La primera de ellas fue indicar tales datos en los palacios de justicia y edificios judiciales, bien mediante el funcionario de vigilancia, la unidad de recepción y distribución de documentos o simplemente con un cartel informativo; mientras que la segunda opción versó sobre la utilización de las redes sociales creadas por los jueces rectores, presidentes de circuito y coordinadores nacionales para informar acerca de sus actividades.

Ambas opciones ofrecen ventajas, como la mayor seguridad que implica obtener información desde una edificación oficial, y el no tener que desplazarse entrando en contacto con terceros en el caso de las redes sociales; pero también desventajas, como la posibilidad de contagiarse de Covid-19 al acudir al palacio de justicia o al edificio donde estuviera la oficina judicial, y la dificultad para saber si la red social de donde se obtuvo la información es auténtica o se trata de una cuenta falsa.

3.2 ACTOS DURANTE LA AUDIENCIA

Mientras se celebra la audiencia pueden ocurrir diversas situaciones según se trate de un procedimiento de casación, extradición, o que el sujeto que intervenga lo haga desde un espacio estatal, de forma excepcional y con las debidas medidas de bioseguridad, o privado.

De hecho, pudieran verificarse problemas técnicos tan graves que colocarían en riesgo su celebración. Por consiguiente, durante tal actividad procesal es necesario contar con un departamento de asistencia informática remota para los servidores judiciales, que debería prestar servicio a los demás intervinientes.

49 No se afirma que sea completamente seguro porque siempre existirá la posibilidad de delitos informáticos como el *phishing* o el *pharming*.

A. Orden de los intervinientes

El orden y la duración de las intervenciones telemáticas de los sujetos procesales serán indicados por el Presidente de la Sala de Casación Penal al comienzo de la audiencia o al momento de ceder el uso de la palabra, según lo dispuesto por la ley. Es decir, se seguirá el mismo procedimiento legal sin discriminar a nadie por no estar en presencia tangible en la sala de audiencias del tribunal.

Un eventual problema sería cómo hacer respetar el tiempo por parte de quien se expresa a distancia y cómo poner orden en caso de que no mantuviera una conducta respetuosa.

Se trata de una realidad que debe tenerse presente puesto que al no haber traslado a una sala de audiencia se suprime una fase del rito judicial como es el tránsito hasta el edificio donde funciona el tribunal, lo que genera en el sujeto que será juzgado, especialmente en materia penal, la convicción de pasar de su zona de confort a un área a la que no está acostumbrado y que no puede controlar⁵⁰.

La respuesta que se le dio a través de la Resolución 2016-001 es que, para no demorar el tiempo concedido a cada interviniente, el alguacil, bajo la dirección del secretario o del presidente, informará a la persona que dispone de cierto lapso para finalizar su intervención, como ocurre en presencia tangible, la diferencia reside en la manera de comunicarse con el interviniente remoto.

Como se está ante un acto transmitido por vía telemática la comunicación puede ser efectuada mediante un sistema informático especialmente diseñado al efecto o simplemente mostrando el aviso con la información correspondiente ante la cámara, igual que se muestra el aviso indicando que resta 1 minuto para concluir la exposición y que el tiempo ha culminado.

En lo concerniente al respeto debido, las alternativas son diversas: 1. Si la manifestación se realiza desde un espacio oficial, un funcionario presente en el lugar se encargará de ello, lo que se insiste, deber ser la última opción a partir del Covid-19; 2. Si se transmite desde un recinto privado, es posible que un funcionario se encuentre allá para controlar los actos de quien interviene; y, 3. En ambos supuestos, será posible eliminar el audio o cancelar la transmisión, del mismo modo en que puede ser retirado de la sala de audiencias cualquiera que impida su desarrollo normal, pero sin el riesgo que implica “respirar el mismo aire”.

Otro aspecto a tener presente, aunque no tiene incidencia alguna en cuanto concierne al Covid-19, es el respeto debido a la majestad de la justicia, y que debe ser controlado, es el modo de vestir. Si para acceder a la audiencia los abogados deben usar toga, la misma obligación se mantiene en el campo digital.

Así, los demás sujetos participantes a distancia deberán vestirse según la solemnidad del acto⁵¹. Esto es importante porque el hecho de admitir la transmisión desde un espacio privado pudiera generar la idea equivocada de vestir lo mismo que acostumbra utilizar en la privacidad del hogar, cuando verdaderamente se está actuando en sede judicial, con los mismos derechos⁵², obligaciones y cargas procesales.

50 PERROCHEAU, V.; ZEROUKI COTTIN, D.. «La visioconférence dans le procès pénal français, d'un rituel à l'autre ?», *Oñati Socio-legal Series*, 2018, p.351. Disponible en: ssrn.com/abstract=3109522.

51 El reglamento sobre la indumentaria de quien interviene a distancia, además del requisito de orden y silencio del lugar desde el cual se transmitirá la participación, así como la posibilidad de condicionar la intervención remota, desde un área privada, a la presencia de un funcionario, permite mantener la solemnidad de la audiencia. Federal Judicial Center, *Remote Participation in Bankruptcy Court Proceedings*, 2017, p.1. Sobre el tema, se afirma la importancia de no exagerar con el código de vestimenta y limitarlo a la decisión judicial mas no del oficial de seguridad, porque el administrador de justicia es quien conoce las particularidades del proceso y adoptará las medidas más justas (por ejemplo, si el mensaje de una camisa o el color de un vestido puede significar cualquier cosa que influya en el ánimo del testigo). La escogencia debe ser en correspondencia con la realidad: aquello que no es legal en la calle no se debe permitir en la oficina judicial. Sixth Amendment Challenge to Courthouse Dress Codes, en *Harvard Law Review*, v.850, 2018. Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2018/01/sixth-amendment-challenge-to-courthouse-dress-codes/>.

52 “L'imputato può avvalersi, in remoto, di tutti i diritti che potrebbe esercitare in caso di presenza fisica nell'aula di udienza”. (RIVELLO, P. La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando, en *Diritto Penale contemporaneo*, 7-8, 2017, p.148).

i. Derecho a la defensa⁵³

La situación es diversa según la persona que intervenga por la vía telemática sea el imputado u otro sujeto procesal, si tal persona está privada de libertad o está libre, o si el sujeto actúa desde dentro o fuera del país.

Es más fácil que los sujetos procesales distintos al imputado actúen desde ámbitos privados, ya que con él se deben tener mayores cuidados por ser la persona cuya libertad está en juego. Si se dudase de la posibilidad de garantizarle que nada ni nadie influirá en su exposición a distancia, como se ha expresado, la Resolución previó la posibilidad de enviar un funcionario al lugar donde se encontrase para resguardar sus derechos⁵⁴ así como también pudiera ordenarse que la intervención se transmitiera desde un espacio oficial, preferiblemente desde un tribunal, lo cual, se insiste, debe respetar las medidas de bioseguridad vigentes.

Si el sujeto estuviera privado de libertad en la República Bolivariana de Venezuela, debería contar con la asistencia de uno o dos defensores presentes en el lugar desde donde interactúa y uno o dos defensores presentes en la sala de audiencias, sin exceder el número de tres, de conformidad con el Código Orgánico Procesal Penal.

No obstante, como se quiere evitar el aglomeramiento de personas durante el estado de alarma, pudiera limitarse la presencia en la sala de audiencia a un solo defensor, estando los demás a distancia. Como su equipo de defensores, o el único que tuviera pudiera estar separado del imputado, deberá tenerse mayor cuidado que en los casos en los que estuvieran juntos.

En cuanto a la defensa pública, es importante tener presente que no todos los defensores públicos pueden actuar ante la Sala sino solo aquellos autorizados para tal fin, en consecuencia, si el defensor que acompaña al imputado desde el lugar de su intervención y el que se encuentra en la sala de audiencias son públicos, será responsable de la defensa, en lo que concierne al recurso de casación o a la pretensión de extradición, el que contase con la autorización para actuar ante la Sala de Casación Penal, quedándole al defensor público presente en el lugar de privación de libertad la responsabilidad de salvaguardar los derechos del imputado en el sitio de la intervención. Lo que en todo caso puede lograrse a distancia.

En caso de que ambos fueran defensores públicos y estuvieran autorizados para actuar ante la Sala de Casación Penal, o si uno de los defensores fuera privado, los dos pudieran intervenir en el orden que manifestaren al Secretario, respetando el tiempo otorgado, pero este derecho debería limitarse a uno solo para que menos personas estuvieran en la sala de audiencia, en caso de que no se realizara completamente a distancia.

Así, el derecho a la defensa es pleno⁵⁵, y gracias la tecnología se pueden celebrar

53 La participación a distancia es defendible tanto respecto del artículo 24 constitucional italiano como del 111 *eiusdem*, pero disminuye las garantías defensivas del imputado y del examen del testigo. La tecnología no puede eliminar las garantías de la audiencia. (CURTOTTI, D.. / *Collegamenti Audiovisivi nel Processo Penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p.301).

54 Esta es la solución guatemalteca al referido problema. Al respecto, Amoni, Gustavo. "La audiencia de casación penal telemática en el Derecho Comparado (II parte: Venezuela, Costa Rica, Guatemala y México)" en CARRASCO, Felipe (coordinador), *Derecho de las Tecnologías de Información y Comunicación*, Popocatépetl Editores, México, 2016.

55 Incluyendo nuevas vías de acceso a la justicia, se facilitaría la defensa y el bienestar de los ciudadanos, quienes necesitarían menor inversión de tiempo y dinero para obtener la protección de sus intereses jurídicos. (AMONI REVERÓN, G. A.. Límites constitucionales a la audiencia telemática en el proceso penal venezolano. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes (Colombia), v.12, Diciembre, 2014, p.22).

Sobre el derecho a la defensa, "...la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso, previsión que se refiere al derecho del imputado de contar con un abogado que lo defienda, por lo que el ejercicio de la defensa, al tratarse de una labor que se materializa con la palabra, no se ve trabado porque la audiencia tenga lugar aplicando la telemática. No obstante, si fuera necesaria alguna actividad defensiva que requiera la presencia real, sería inconstitucional la audiencia virtual al dejar de ser un medio adecuado para ejercer su defensa. Situación que deberá determinarse en cada caso concreto. Por otra parte, el derecho a la defensa garantiza que toda persona sea oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad. La garantía constitucional se refiere al derecho a ser oído, lo que es perfectamente ejecutable mediante una audiencia telemática como se demostró en el capítulo anterior..." (AMONI REVERÓN, G. A.. Límites constitucionales a la audiencia telemática en el proceso penal venezolano. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes (Colombia), v.12, Diciembre, 2014, p.27).

más audiencias con los sujetos que quisieran acudir a este acto procesal pero que no lo pueden hacer, durante la pandemia, por el Covid-19.

En el proceso de reextradición o de ampliación de la extradición, como la persona requerida no se encuentra en la República Bolivariana de Venezuela, se le asignará un defensor público autorizado para actuar ante la Sala, quien ejercerá la defensa en la sala de audiencias o de modo remoto.

Con el objeto de dotar al participante que se encuentra fuera del país de un defensor *in situ* nada obsta que la Sala de Casación Penal solicite un defensor público en el lugar donde se encuentre el sujeto requerido, con base en el principio internacional de reciprocidad.

En todos los casos descritos, el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la presencia de un intérprete público⁵⁶ para el interviniente a distancia y para aquellos presentes en la sala de audiencias. El intérprete podrá estar presente en la sala de audiencias o actuará por medios telemáticos⁵⁷; de hecho, en Europa, es frecuente que el testigo remoto cuente con un intérprete localizado en la Sala de Audiencias salvo en el caso de “testigos vulnerables”, situación en la que se tiende a ubicar al intérprete en el mismo lugar que el sujeto que declara para proporcionarle apoyo emocional y facilitar la relación intérprete-testigo, como normalmente lo prefieren los intérpretes⁵⁸, situación, que pudiera ser menos probable por la presencia del Covid-19.

Para finalizar este título, no puede faltar el derecho a mantener conversaciones privadas con el defensor. Teniendo en cuenta su importancia, el Estado venezolano garantiza un sistema de comunicaciones reservado entre el imputado y su abogado presente en la sala de audiencias, desde antes de iniciar la audiencia y hasta diez minutos después de haberse concluido, a petición del acusado, para conocer más sobre el resultado de la actividad procesal. Si estuvieran fuera, será responsabilidad de los interesados disponer de ese sistema de comunicación, como lo es, simplemente, un teléfono celular.

En las audiencias, se puede advertir cómo el imputado pregunta o realiza algún comentario a su defensor, sentado a su lado, e incluso, al terminar, pregunta sobre lo ocurrido, en especial cuando la Sala de Casación Penal se acoge al lapso de ley para sentenciar⁵⁹, ya que el imputado, quien normalmente no es abogado, pudiera desconocer esta posibilidad procesal. Todo ello, debe garantizarse estando todos los sujetos procesales a distancia.

56 Sul diritto a la presenza di un interprete: CURTOTTI, D.. *I Collegamenti Audiovisivi nel Processo Penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p.399; e MOMETTI, F.. *Il diritto all'assistenza linguistica dell'imputato straniero nel procedimento penale. Indagine conoscitiva presso il tribunale di Trieste*, in: Caterina Falbo, Maurizio Viezzi (a cura di), *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2014, p.55.

57 La situación es diferente en Italia donde el intérprete, "... deve trovarsi accanto all'imputato, allo scopo di consentire l'esatta comprensione degli atti che si svolgono nel corso del dibattimento..." (MANCINI, L. *Partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento: da strumento eccezionale a regime ordinario?*, Università di Pisa, 2015, p.60). Tal garantía no parece verse vulnerada si el intérprete se encuentra a distancia pero conectado, incluso en privado, para atender la necesidad de los participantes. Así sucede en Reino Unido donde el intérprete puede estar en la sala de audiencias o con el participante remoto (DEVAUX, Jerome. "Technologies and role-space: how videoconference interpreting affects the court interpreter's perception of role", *Interpreting and technology*, Language science press, Alemania, 2018, p.92).

58 BRAUN, S.; DAVITTI, E.; DICERTO, S.. "Video-Mediated Interpreting in Legal Settings: Assessing the Implementation." In: NAPIER, J.; SKINNER, R.; BRAUN S.. (eds). *Here or there: research on interpreting via video link*. Washington DC: Gallaudet, 2018, p.160.

59 Último aparte del art. 458 del Código Orgánico Procesal Penal: "El Tribunal Supremo de Justicia decidirá al concluir la audiencia o, en caso de imposibilidad por la importancia y la complejidad de las cuestiones planteadas, dentro de los veinte días siguientes".

3.3 Actos posteriores a la audiencia

En caso de verificar la identidad por la vía telemática, el secretario lo hará constar en el expediente, especificando la imposibilidad de firmar con bolígrafo el acta elaborada en papel, tal como lo prevé la ley adjetiva penal⁶⁰, como consecuencia, justamente, de la intervención por medios telemáticos. Esta constancia debería poder anexarse en la primera oportunidad en la que haya acceso al tribunal, como lo decidió la Sala de Casación Civil en la sentencia número 125 del 27 de agosto de 2020⁶¹ al admitir la formalización del recurso de casación mediante correo electrónico y su ratificación en papel cuando fuera posible.

4 CONCLUSIÓN

No todos los procesos judiciales precisan contacto tangible. La casación penal y la extradición, en la fase que ocurre en el Tribunal Supremo de Justicia, permiten el acceso telemático a la audiencia de todos los sujetos procesales mediante la Resolución 2016-001 sobre participación telemática de los sujetos procesales en las audiencias de la Sala de Casación Penal.

Con esto queda demostrado que es posible utilizar la telemática para estar presente en las audiencias procesales, al menos cuando no exista debate sobre los hechos, por tanto, es posible agregar la presencia electrónica al expediente digital, con lo que el traslado a la oficina judicial no será una obligación, ni siquiera una opción sino una excepción.

No obstante, tal presencia telemática debe satisfacer algunas características adicionales: debe ser audiovisual, bi- o multidireccional e instantánea, así, se reproduce la presencia tangible del modo más similar posible, con la tecnología existente para que el sujeto que interviene a distancia y la Sala de Casación Penal se puedan percibir como lo harían si estuvieran en el mismo espacio físico, o en todo caso, intercomunicarse con la posibilidad de los magistrados de preguntar y repreguntar.

Para hacerlo posible, se debe tener en cuenta que el procedimiento debe cambiar como consecuencia de la existencia de algunas especificaciones, como el modo de identificar a quien interviene a distancia, de conservar el orden en la audiencia, de garantizar el derecho a la defensa así como los equipos, lugar y horario de las intervenciones.

El elenco anterior supone realizar actuaciones especiales antes, durante y después de la audiencia teniendo en cuenta el derecho de acceder a la justicia judicial en aplicación proporcional al derecho a la salud, por lo que, en definitiva, la oralidad telemática es “una opción” a incluir en los procedimientos jurisdiccionales contemporáneos, especialmente cuando no sea necesario fijar hechos sino solo debatir sobre derecho, y “un deber”, cuando infectarse de un virus sumamente contagioso representa una alta probabilidad.

60 Artículo 153 COPP.

61 Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/310073-RC.000125-27820-2020-18-254.HTML>.

REFERENCIAS

AMONI REVERÓN, G. A.. Límites constitucionales a la audiencia telemática en el proceso penal venezolano. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes (Colombia), v.12, Diciembre, 2014.

AMONI, Gustavo. "De los procedimientos judiciales orales a los electrónicos", *Fodertics, estudios sobre Derecho y Nuevas Tecnologías*, España: Andavira, 2012.

AMONI, Gustavo. "El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal". *Revista IUS*, nro. 31, México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2013.

AMONI, Gustavo. "La audiencia de casación penal telemática en el Derecho Comparado (II parte: Venezuela, Costa Rica, Guatemala y México)" en CARRASCO, Felipe (coordinador), *Derecho de las Tecnologías de Información y Comunicación*, Popocatépetl Editores, México, 2016.

AMONI, Gustavo. "La definición de sede judicial en los procedimientos jurisdiccionales telemáticos: especial referencia a la resolución núm. 2016-001 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia", *FODERTICS 6.0, los nuevos retos del derecho ante la era digital*, España, 2017, p.231-242.

AMONI, Gustavo. "Límites constitucionales a la audiencia telemática en el proceso penal venezolano", *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías* (nro. 12), julio-diciembre, Colombia: Universidad de Los Andes, 2014.

BRAUN, S.; DAVITTI, E.; DICERTO, S.. "Video-Mediated Interpreting in Legal Settings: Assessing the Implementation." In NAPIER, J.; SKINNER, R.; BRAUN, S. (eds). *Here or there: research on interpreting via video link*. Washington DC: Gallaudet, 2018.

CAPONI, R.. Il Processo Civile Telematico tra Scrittura e Oralità, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.17, n.1, 2016.

CURTOTTI, D.. *I Collegamenti Audiovisivi nel Processo Penale*, Milano, Giuffrè, 2006.

DANIELE, M.. La partecipazione a distanza allargata, en *Diritto Penale contemporaneo* (dicembre), 2017.

DE LA OLIVA, A.; DIEZ-PICAZO, I.; VEGAS, J.. *Curso de Derecho Procesal Civil I*. 3ª ed., editorial universitaria Ramón Aceres, 2016.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012.

DEVAUX, Jerome. "Technologies and role-space: how videoconference interpreting affects the court interpreter's perception of role", *Interpreting and technology*, Language science press, Alemania, 2018.

DUMOULIN L.; LICOPPE, C.. Grasping the Discrete Link between Filming and Videoconferencing in the Courtroom. Reflections from the French Case, en *Revista Crítica de Ciências Sociais, Special Issue "Law, Culture and the Humanities: Interconnected Paths"*, 2017.

FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Remote Participation in Bankruptcy Court Proceedings*, 2017.

GIALUZ, M.; CABIALE, A.; DELLA TORRE, J.. Riforma Orlando: Le Modifiche Attinenti al Processo Penale, Tra Codificazione della Giurisprudenza, Riforme Attese da Tempo e Confuse Innovazioni, en *Diritto Penale contemporaneo*, Giugno, 2017.

IASELLI, M.; CAVALIERE, G.. *Il fascicolo informatico del processo telematico*, en *Informatica e diritto*, v. XVI, 2007, n.1-2.

IMPAGNATIELLO, G.. *Regole del c.d. processo civile telematico e sistema del codice di rito*, 2015.

KRAMER, Xandra E.; VAN GELDER, Emma; THEMELI, Erlis, *e-Justice in the Netherlands: the Rocky Road to Digitised Justice*, May 15, 2018 in: WELLER M.; WENDLAND, M.. (eds.), *Digital Single Market: Bausteine eines Rechts in der Digitalen Welt*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p.211. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3167543> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3167543>.

Ley de Infogobierno publicada en la Gaceta Oficial N° 40.274, del 17 de octubre de 2013.

LORUSSO, S.. Dibattimento a Distanza vs. "Autodifesa"?, en *Diritto Penale Contemporaneo* (maggio), 2017.

MACDONALD, Ros; WALLACE, Anne. *Review of the Extent of Courtroom Technology in Australia*, 12 Wm. & Mary Bill Rts. J. 649, 2004, p.652. Disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmboj/vol12/iss3/3>.

MANCINI, L. *Partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento: da strumento eccezionale a regime ordinario?*, Università di Pisa, 2015.

MANGIARACINA, A.. Quale Statuto per L'audizione del Presidente della Repubblica?, en *Diritto Penale Contemporaneo*, novembre 2017.

MARCELLO, D.. La partecipazione a distanza allargata, en *Diritto Penale Contemporaneo*, dicembre 2017.

MARR, K.. The Right to "Skype": The Due Process Concerns of Videoconferencing at Parole Revocation Hearings, in *University of Cincinnati Law Review*, v.81, 2013.

MOMETTI, F.. *Il diritto all'assistenza linguistica dell'imputato straniero nel procedimento penale. Indagine conoscitiva presso il tribunale di Trieste*, in: Caterina Falbo, Maurizio Viezzi (a cura di), *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2014.

PERROCHEAU, V.; ZEROUKI COTTIN, D.. «La visioconférence dans le procès pénal français, d'un rituel a l'autre ?», *Oñati Socio-legal Series*, 2018. Disponible en: ssrn.com/abstract=3109522.

RESOLUCIÓN nro. 2018-0014 de fecha 21 de noviembre de 2018.

RIVELLO, P.. La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando, en *Diritto Penale contemporaneo*, 7-8, 2017.

ROMANA, F. La Partecipazione all'udienza di Riesame dopo la Legge n. 47 del 2015, en *Processo Penale e Giustizia*, n.3, 2016.

ROY, Elise. "Cuando diseñamos para la discapacidad, todos nos beneficiamos" [conferencia]. Disponible en: https://www.ted.com/talks/elise_roy_when_we_design_for_disability_we_all_benefit/transcript?language=es.

SHUHAN, Liu. "El uso de la tecnología de la información en las actividades de los juicios en línea del Tribunal de Internet de Beijing", ponencia presentada por videoconferencia en el Congreso Internacional sobre Derecho Procesal Telemático, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, 28 de noviembre de 2018.

SIGNORATO, S.. Developments in the Law. Access To Courts, in *Harvard Law Review*, 2009, v.122.

SIGNORATO, S.. *l'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, en www.la legislazione penale.eu, 2017.

Sixth Amendment Challenge to Courthouse Dress Codes, en *Harvard Law Review*, v.850, 2018. Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2018/01/sixth-amendment-challenge-to-courthouse-dress-codes/>.

YIN, Cao. "Second internet court set up in Beijing", disponible en: <http://www.chinadaily.com.cn/a/201809/10/WS5b95b8e4a31033b4f46550e9.html>.

SEÇÃO IX

DIREITO PENAL EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

ANÁLISE DAS MEDIDAS CONTRA OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO CÁRCERE BRASILEIRO

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós Doutorado pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela UFRJ. Mestre pela Universidade de Granada. Professor Titular do IBMEC/RJ. Professor Adjunto do PPGD/UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Advogado.

Rodrigo Graçinoli Garrido

Pós Doutorado pela UFRJ. Doutor em Ciências pela UFRRJ. Mestre em Ciências Farmacêuticas pela UFRJ. Professor Adjunto da FND/UFRJ. Professor Adjunto do PPGD/UCP. Perito criminal do Estado e Diretor do Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense do Estado do RJ.

Sumário: 1 Introdução; 2 Restrições de contato social no controle da pandemia de Covid-19; 3 Medidas de contenção dos efeitos da pandemia de Covid-19 no Sistema Prisional Fluminense e Brasileiro; 3.1. Entre a bio e a necropolítica: o populismo brasileiro; 4 Considerações finais; Referências.

1 Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.445-459, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com as estatísticas oficiais divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional³ (2017), mais de 726 mil pessoas encontravam-se privadas de liberdade. Tal quantitativo alçou o país à terceira posição no ranking mundial de maiores populações prisionais. Levantamento mais recente do Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça aponta para um contingente prisional de 812.564.

Ao mesmo tempo, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, entendeu desde 2015 que as prisões brasileiras se encontram em estado de coisas inconstitucional.

A imensa aglomeração de pessoas, amontoadas em espaços desumanos, com taxa de ocupação que excede 1,5 pessoas para cada vaga prisional, torna-se exponencialmente um potencial perigo à saúde humana das pessoas encarceradas, especialmente em razão da grave pandemia de Covid-19 que assola o mundo.

A saúde é um direito de qualquer pessoa e um dever do Estado, de acordo com o art. 196 da Constituição brasileira. Não seria diferente em relação às pessoas privadas de sua liberdade e custodiadas pelo próprio Estado em suas prisões.

Diante dessa realidade é que se coloca o problema que se pretende enfrentar no presente trabalho: Quais as medidas para mitigar os efeitos da pandemia de coronavírus foram tomadas em relação ao direito à saúde das pessoas presas no Brasil e no Estado do Rio de Janeiro?

Parte-se da hipótese inicial de que o Estado brasileiro e o Rio de Janeiro não adotaram medidas eficazes para evitar o contágio e a propagação do coronavírus nas prisões brasileiras.

Será realizada análise sobre a literatura a respeito da pandemia de Covid-19, as medidas mais eficazes e, especialmente, a importância de uma política pública de saúde adequada. Posteriormente serão analisados os atos administrativos e judiciais que as autoridades públicas brasileiras tomaram para evitar ou conter a disseminação do vírus e seus efeitos entre as pessoas privadas de liberdade sob a tutela estatal.

2 RESTRIÇÕES DE CONTATO SOCIAL NO CONTROLE DA PANDEMIA DE COVID-19

Em dezembro de 2019, surgiram pacientes apresentando uma síndrome respiratória aguda grave (SARS), em Wuhan, China. A partir de amostras desses pacientes, em janeiro de 2020, foi identificado um novo coronavírus⁴, posteriormente denominado de SARS-CoV-2⁵. Curiosamente, pesquisas posteriores em amostras de esgoto de grandes cidades pelo mundo têm mostrado que o vírus já circulava meses antes das hospitalizações, inclusive no Brasil⁶.

A doença provocada pelo novo vírus ainda não havia recebido a denominação de COVID-19, pois só seria batizada em fevereiro de 2020, e o incremento no número de casos fez com que o Comitê de Vigilância Internacional para as Doenças Transmissíveis da

2 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres Junho de 2014.

3 WU P., HAO X., LAU E.H.Y., WONG J.Y., LEUNG K.S.M., WU J.T., *et al.* Real-time tentative assessment of the epidemiological characteristics of novel coronavirus infections in Wuhan, China, as at 22 January 2020. *Euro Surveill.* 2020; 25(3):pii=2000044. doi: <10.2807/1560-7917.ES.2020.25.3.2000044>.

4 WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

5 FONGARO, G.; STOCO, P.H.; SOUZA, D.S.M. *et al.* SARS-CoV-2 in human sewage in Santa Catalina, Brazil, November 2019. *medRxiv preprint* doi: <https://doi.org/10.1101/2020.06.26.20140731>

Organização Mundial da Saúde (OMS) decretasse em janeiro Emergência de Saúde de Âmbito Internacional⁷. O Brasil seguiu a normativa, decretando em 3 de fevereiro de 2020, através da Portaria nº 188 do Ministério da Saúde, Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional⁸. Novamente, a OMS, em março, decretaria a COVID-19 pandemia⁹. Já o Ministério da Saúde declarou, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus por meio da Portaria nº 454, de 20 de março de 2020¹⁰.

Com a pandemia mundial, muitas ações foram iniciadas, buscando conhecer melhor a doença, estabelecer métodos de diagnóstico e, sobretudo, desenvolver medicamentos, vacinas ou um soro que pudessem conter o incremento dos casos da COVID-19 e as mortes que se seguiam¹¹. Contudo, apesar do rápido desenvolvimento de pesquisas, ainda não se alcançou conhecimento suficiente que permitissem ações definitivas no tratamento e cura da COVID-19. A única certeza é que a doença alcançou todo o mundo com mais de uma dezena de milhão de casos confirmados e meio milhão de mortos¹², pelo menos até a data do início da redação do presente trabalho no fim do mês de julho de 2020.

Na realidade, o que se mostrou mais eficaz para o controle e prevenção da COVID-19 são medidas clássicas de saúde pública, como o aumento da higiene e restrição do contato interpessoal. Entre as medidas clássicas de saúde pública, está a restrição de contato social, caracterizada pela quarentena, o isolamento a contenção social¹³. Estas têm função de impedir a propagação da doença entre pessoas e, assim, a incidência da doença¹⁴ e já se mostraram efetivas em 149 países, que adotaram medidas de distanciamento físico entre janeiro e maio de 2020¹⁵.

Apesar de medidas de prevenção de doenças por meio de restrição do contato interpessoal remontarem a Idade Antiga¹⁶, nunca antes foram utilizadas por tanto tempo e para fração tão grande da população mundial. Ações clássicas de saúde pública como as descritas, uma vez que restringem a locomoção e o contato entre pessoas geram efeitos éticos, legais, sociais e econômicas e, se por um lado são essenciais como medida de saúde coletiva, podem também trazer prejuízos à saúde individual¹⁷.

Cinco princípios éticos devem ser considerados nestas ações contra a COVID-19:

6 WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

7 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União. Publicado em: 04/02/2020 | Edição: 24-A | Seção: 1 - Extra | Página: 1

8 WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

9 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União. Publicado em: 20/03/2020 | Edição: 55-F | Seção: 1 - Extra | Página: 1.

10 GARRIDO R.G., GARRIDO F.S.R.G. COVID-19: Um Panorama com Ênfase em Medidas Restritivas de Contato Interpessoal. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v.8, n.2, 2020, p.127-141.

11 WHO. *Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report-170*. [internet] 2020 [Acesso em: 2020 jul. 09]. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200708-covid-19-sitrep-170.pdf?sfvrsn=bca86036_2.

12 GARRIDO R.G., GARRIDO F.S.R.G. COVID-19: Um Panorama com Ênfase em Medidas Restritivas de Contato Interpessoal. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v.8, n.2, 2020, p.127-141.

13 WILDER-SMITH A., FREEDMAN D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak. *Journal of Travel Medicine*, v.27, n.2, 2020.doi: <https://doi.org/10.1093/jtm/taaa020>.

14 ISLAN, N.; SHARP, S. J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE; M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

15 SANTOS I.A., NASCIMENTO W.F. As medidas de quarentena humana na saúde pública: aspectos bioéticos. *Revista BIOETHIKOS*, v.8, n.2, 2014, p.174-185.

16 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

liberdade individual; proteção coletiva; proporcionalidade; reciprocidade e transparência. O primeiro e mais importante, deve ser sempre sopesado pelo segundo. A proporcionalidade ou razoabilidade, por sua vez, deve sustentar todos os outros, pois as medidas restritivas somente devem ser estabelecidas a partir de evidências reais da relevância, legitimidade e necessidade.¹⁷ “Estas medidas devem ser aplicadas de forma não discriminatória, considerando a desigualdade social preexistente e os impactos provocados no acesso aos direitos sociais”¹⁸. A reciprocidade deve surgir na individualidade, pois cada um deve agir com os outros como gostaria que agissem consigo, assumindo o conceito do *One World, One Health*. Por fim, toda ação dos poderes públicos deve ser transparente, informando plenamente os interessados sobre riscos e benefícios¹⁹. No que se refere à transparência, a pandemia de COVID-19 trouxe uma novidade: aos poderes públicos é requerido mais do que agir de forma transparente, mas a atuação no controle da já denominada infodemia de *fake news*²⁰.

Há uma diversidade de medidas de restrição de contato²¹. O isolamento, p.ex, trata-se propriamente de separação dos indivíduos, que deve ser completamente isolado de contactantes, muito utilizado para acometidos por doença contagiosa, impedindo a transmissão para os não infectados²².

É claro que, a escolha da medida restritiva para a evitação de contágios guarda relação com a capacidade infecciosa do patógeno. No que se refere ao SARS-CoV-2, inicialmente preconizou-se que o vírus, semelhante ao que ocorreu na SARS-Cov-1, seria disperso apenas através de gotículas grandes que logo se depositariam nas superfícies. Isto continua sendo possível, contribuindo para a transmissão no contato mais próximo entre pessoas²³. No entanto, já foi determinado que o agente pode permanecer viável e infeccioso em aerossóis por até três horas no ar ou por até cinco dias em algumas superfícies, estabelecendo fômites, o que traz mais eficácia ao isolamento do doente²⁴.

Morawska e Milton²⁵, falando em nome de 239 cientistas, reconhecem que há significativo potencial de inalação do vírus disperso em gotículas expiradas por portadores a metros de distância, p.ex., em um mesmo recinto. A partir deste estudo, a OMS revisou o documento sobre transmissão do SARS-Cov-2, que apesar de reconhecer a transmissão por aerossóis apenas em alguns procedimentos médicos, deixa claro que vem discutindo e avaliando se o novo coronavírus poderia espalhar-se por aerossóis em situações normais do

17 SINGER PA., BENATAR S.R., BERNSTEIN M., DAAR A.S., DICKENS B.M., MacRAE S.K. *et al.* Ethics and SARS: lessons from Toronto. *BMJ*, v.327, n.6, 2003, p.1342-1344.

18 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9, p.2.

19 SINGER PA., BENATAR S.R., BERNSTEIN M., DAAR A.S., DICKENS B.M., MacRAE S.K. *et al.* Ethics and SARS: lessons from Toronto. *BMJ*, v.327, n.6, 2003, p.1342-1344.

20 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

21 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

22 GOLDIM J.R. *COVID-19, Isolamento, Quarentena e Confinamento*. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mar 17]. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/>.

23 WHO. *Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions*. 9 Jul 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 10]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>.

24 Vide KAMPF G., TODT T., PFAENDER S., STEINMANN E. Persistence of coronaviruses on inanimate surfaces and their inactivation with biocidal agents. *J Hosp Infect*. v.104, n.3, 2020, p.246-251; DOREMALEN N. VAN; MORRIS D.H.; HOLBROOK M.G.; GAMBLE A.; WILLIAMSON B.N.; TAMIN A. *et al.* Aerosol and Surface Stability of SARS-CoV-2 as Compared with SARS-CoV-1. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1564-1567. doi: 10.1056/NEJMc2004973.

25 MORAWSKA, Lidia; MILTON, Donald K. It Is Time to Address Airborne Transmission of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), *Clinical Infectious Diseases*. Doi: <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa939>.

dia-dia, como na fala e tosse, em ambientes internos com pouca ventilação²⁶.

De toda forma, qualquer tipo de medida de restrição de contato, em especial o isolamento do portador do vírus, torna-se eficiente quando o agente é detectado precocemente, pois após a infecção e multiplicação, a partícula viral começa a ser liberada em grande quantidade para ambiente. Esse período, geralmente, confunde-se com o tempo de incubação da doença, que para o SARS-CoV-2, encontra-se entre 5,1 e 5,2 dias. Todavia, muitos infectados não apresentarão sintomas de COVID-19, ou sintomas muito fracos, e, assim, transmitirão o agente, mesmo sem clínica aparente²⁷. Com isso, o derramamento do SARS-CoV-2 acaba sendo muito grande e o isolamento tem ocorrido tardiamente²⁸.

Por sua vez, a medida conhecida como quarentena não tem o mesmo significado em todos os países²⁹. A legislação norte-americana oferece uma abrangência muito maior a esta ação, considerando quarentena praticamente todas as práticas de saúde pública por restrição de contato, como o isolamento ou a limitação de viagens³⁰. A pessoa em quarentena clinicamente mostra-se sadia, mas em face do período de incubação do agente etiológico, não é possível determinar *a priori* se foi infectado³¹.

Esta prática clássica de saúde pública pode ser assumida voluntariamente ou ser prescrita, individual ou coletivamente. No decorrer do período de contenção, aqueles que estão em quarentena devem ser monitorados, no intuito de detectar os primeiros sinais da doença. Em caso de surgimento de características clínicas da infecção, os indivíduos são levados ao isolamento³². Em atenção ao período de incubação do SARS-CoV-2, por precaução, tem-se praticada a quarentena de 14 dias³³.

Quando se busca medida aplicável a grandes grupos, é preciso considerar o distanciamento ou contenção social. Essa medida tem a pretensão de diminuir as interações em grupos através, p.ex., do fechamento de escolas, tribunais, centros comerciais, escritórios, redução de meios de transportes e do movimento em vias públicas. No grupo contido podem ser encontrados infectados, mas ainda não identificados e isolados. Tendo em vista a necessária proximidade entre as pessoas para a transmissão efetiva através de perdigotos e esta favorece também o contágio por meio de fômites e até por aerossóis produzidos em espirros, tosse ou pela simples fala, o distanciamento tem mostrado bons resultados e é preconizado pela OMS³⁴.

Quando há grave ameaça ao Sistema de Saúde, em virtude de um aumento no número

26 WHO. *Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions*. 9 Jul 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 10]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>.

27 LI Q.; GUAN X.; WU P.; WANG, X.; ZHOU L.; TONG Y. et al. Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1199-1207. doi: 10.1056/NEJMoa2001316.

28 WILDER-SMITH A.; FREEDMAN D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) Outbreak. *Journal of Travel Medicine.* v.27, n.2, 2020. doi: 10.1093/jtm/taaa020.

29 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

30 PARMET W.E.; SINHA M.S. Covid-19 — The Law and Limits of Quarantine. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, e28. doi: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2004211>.

31 WILDER-SMITH A.; FREEDMAN D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) Outbreak. *Journal of Travel Medicine.* v.27, n.2, 2020, doi: 10.1093/jtm/taaa020.

32 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

33 Vide LI Q.; GUAN X.; WU P.; WANG, X.; ZHOU L.; TONG Y. et al. Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1199-1207. doi: 10.1056/NEJMoa2001316; LAUER S.A.; GRANTZ K.H.; BI Q.; JONES F.K.; ZHENG Q.; MEREDITH, H.R. et al. The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: Estimation and Application. *Ann Intern Med*, v.172, n.9, 2020, p.577-582. doi: 10.7326/M20-0504.

34 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

de caso, sobretudo graves, incompatível com sua capacidade, é possível estabelecer a contenção social total, ou *lockdown*. Nesse caso, todo o perímetro, p.ex., de uma cidade é bloqueado e ninguém pode entrar ou sair. Em geral, é utilizado por período curto de tempo³⁵.

Se o alvo é a redução na velocidade da propagação para que o Sistema de Saúde se organizar, é possível estabelecer o chamado de distanciamento horizontal ou ampliado. A medida não se limita a grupo específico, atingindo um número muito grande de indivíduos, idealmente 75% da população³⁶. Apesar, de menos gravoso que o *lockdown*, gera questões éticas, relacionadas aos direitos individuais e à economia mais evidentes, em virtude do período de aplicação mais longo³⁷.

Ao avaliar o efeito do bloqueio ampliado, *lockdown*, e de outras quatro medidas de restrição de contato: fechamento de escolas, de locais de trabalho e do transporte público, bem como restrições a reuniões com grande número de pessoas e eventos públicos, Islan e colaboradores³⁸ encontraram uma redução geral de 13% na incidência de COVID-19. Reconhecem os autores, que outros parâmetros também devem ser levados em consideração, como a pirâmide demográfica do país, as melhorias dos serviços de saúde e o uso de máscaras pela população.

Nesse estudo, os autores analisaram 149 países os quais tivessem dados de pelo menos sete dias após a implementação da medida, além de uma incidência de trinta casos ou mais até 30 de maio de 2020. Ao verificarem a ordem de implementação de diferentes medidas, verificaram que quando as outras quatro medidas estão implementadas, o fechamento do transporte público não traz maior redução da incidência da doença. Esta informação pode ser importante ao se levar em conta o papel do transporte público para a movimentação daqueles que atuam em serviços essenciais³⁹.

De toda forma, o bloqueio total em uma fase inicial do surgimento da doença no país seria capaz de trazer alta redução nos casos⁴⁰. No mesmo sentido, são as conclusões de Ghosal, Bhattacharyya e Majumder⁴¹, que ao estudarem doze países encontraram uma redução de até 61% nas taxas de infecção uma semana após o bloqueio. No entanto, estes autores reconheceram que em países com maior número de infectados e mortos quando decidiram entrar em *lockdown* tiveram desempenho pior em comparação com aqueles que declararam o bloqueio desde o início e semelhante ao daqueles países sem bloqueio.

No estudo de Islan e colaboradores⁴², o Brasil, apesar de figurar entre os países que implementaram as cinco medidas de distanciamento e mostrar correlação entre estas e a

35 BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

36 DUCZMAL, L.H.; ALMEIDA, A.C.L.; DUCZMAL, D.B.; ALVES, C.R.L.; MAGALHÃES, F.C.O.; LIMA, M.S. *et al.* Vertical social distancing policy is ineffective to contain the COVID-19 pandemic. *Cad. Saúde Pública*, v.36, n.5, 2020, e00084420. doi: 10.1590/0102-311x00084420.

37 BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

38 ISLAN, N.; SHARP, S.J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

39 ISLAN, N.; SHARP, S.J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

40 ISLAN, N.; SHARP, S.J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

41 GHOSAL, S.; BHATTACHARYYA, R.; MAJUMDER, M. Impact of complete lockdown on total infection and death rates: A hierarchical cluster analysis. *Diabetes & Metabolic Syndrome*. v.14, n.4, 2020, p.707-711.

42 ISLAN, N.; SHARP, S.J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; D1AGOSTINO, R.B. e WHITE, M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. 370:m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>.

redução da incidência de COVID-19, foi apontado como uma das limitações da pesquisa devido à heterogeneidade na implementação da política de intervenção. Na verdade, em nenhum momento houve uma posição nacional pelo bloqueio amplo, mas alguns municípios e estados que tomaram tal decisão, até mesmo, contrariando o chefe do executivo federal⁴³.

Por fim, a contenção menos radical é denominada distanciamento social seletivo ou vertical. Nesse caso, apenas certos grupos são distanciados do convívio social. São selecionados, os grupos mais vulneráveis, que apresentem risco maior de apresentar quadro mais grave da doença. É o caso de obesos, gestantes de risco, idosos e portadores de outras doenças crônicas, como diabetes e hipertensão⁴⁴. É uma metodologia que permite, em tese, o retorno gradual e seguro das atividades econômicas, mas parece que este tipo de isolamento é ineficaz para conter a pandemia da COVID-19⁴⁵. Infelizmente, essa foi a posição assumida pelo presidente brasileiro⁴⁶.

3 MEDIDAS DE CONTENÇÃO DOS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL FLUMINENSE E BRASILEIRO

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, seguindo a recomendação da OMS para realizar a quarentena, o isolamento e a contenção social, tomou várias medidas, em Decretos sucessivos, para evitar os efeitos da pandemia de Covid-19.

Inicialmente, no dia 13 de março de 2020, o Governador publicou o Decreto nº 46.970; no dia 16 de março de 2020, publicou o Decreto nº 46.973; no dia 19 de março de 2020, publicou o Decreto nº 46.980; no dia 30 de março de 2020, publicou o Decreto nº 47.006; no dia 13 de abril de 2020, publicou o Decreto nº 47.029; no dia 05 de junho de 2020, publicou o Decreto nº 47.112; no dia 21 de julho de 2020, publicou o Decreto nº 47.176; no dia 04 de agosto de 2020, publicou o Decreto nº 47.199.

Há várias diferenças entre eles, todas restringindo por 15 dias ou mais a circulação de pessoas e o funcionamento de estabelecimentos, mas em todos há 3 (três) disposições da mesma natureza sobre os direitos das pessoas presas:

Em primeiro lugar, fica suspensa a visitação às unidades prisionais, inclusive aquelas de natureza íntima.

Em segundo lugar, a visita de advogados a presídios do Estado deve ser ajustada pelo Secretário do Estado de Administração Penitenciária para possibilitar o atendimento das medidas do Decreto. A despeito do texto ser igual em todos os Decretos, parece que nos dois últimos Decretos, ao inserir essa previsão na listagem de atividades suspensas, houve uma inversão quanto à compreensão, ou seja, está suspenso, a menos que o Secretário possibilite.

Em terceiro e último lugar, fica suspenso o transporte de detentos para realização de audiência, cabendo ao Secretário de Estado de Administração Penitenciária apresentar a justificativa ao órgão jurisdicional competente.

A partir do Decreto nº 47.219, de 19 de agosto de 2020, as duas primeiras medidas suspensivas foram mantidas e o transporte de detentos foi autorizado a partir de 01 de

43 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9

44 BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

45 DUCZMAL, L.H.; ALMEIDA, A.C.L.; DUCZMAL, D.B.; ALVES, C.R.L.; MAGALHÃES, F.C.O.; LIMA, M.S. *et al.* Vertical social distancing policy is ineffective to contain the COVID-19 pandemic. *Cad. Saúde Pública*, v.36, n.5, 2020, e00084420. doi: 10.1590/0102-311x00084420.

46 GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

setembro de 2020, desde fosse feito de acordo com a capacidade operacional.

Apenas em 10 de setembro de 2020 foram autorizadas as visitas às unidades prisionais, pelo Decreto nº 47.250, de 04 de setembro de 2020.

De toda forma, parece claro que a opção do Governador em relação às pessoas presas não tem nenhuma relação com a preservação da saúde dos detentos, porquanto promove um isolamento dos mesmo em relação ao resto da sociedade, ao passo que os detentos continuam amontoados em constante contato físico, incrementando o risco de contágio do vírus, contrariamente às medidas mundiais de enfrentamento da pandemia.

O Judiciário, de outro lado, também discutiu especificamente as medidas as serem tomadas para evitar a disseminação do vírus Covid-19 entre os detentos do país inteiro.

O IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa Marcio Thomaz Bastos, admitido como terceiro interessado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 proposta pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade, pleiteou pela petição nº 14.137/2020 tutela provisória incidental para que os juízos competentes analisem a possibilidade de deferimento de: (1) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003; (2) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; (3) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei no 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; (4) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; (5) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; (6) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; (7) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e (8) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

O Relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, em decisão proferida no dia 17 de março de 2020 às 22h30, negou seguimento ao pedido de tutela provisória incidental por entender que o terceiro interessado não tem legitimidade para formular tal pedido.

Todavia, o Ministro entendeu que, diante da situação “*dos presídios e penitenciárias, no que levou o Colegiado Maior, na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental no 347/DF, a concluir pelo estado de coisas inconstitucional, considerada a integridade física e moral dos custodiados*”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deveria pronunciar-se sobre o tema e, de ofício, conclamou os juízos da execução dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais a analisarem com urgência as medidas na forma pleiteadas pelo IDDD, em razão da pandemia pelo Covid-19.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, inobstante tenha por unanimidade acompanhado o Ministro Relator quanto ao entendimento sobre a ilegitimidade do terceiro interessado, negou por ampla maioria (apenas o Ministro Gilmar Mendes o acompanhava) a determinação de ofício para os Juízos da Execução.

Prevaleceu o entendimento, capitaneado pela divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes no sentido de prestigiar a Recomendação nº 62 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, expedida em 17 de março de 2020, que expediu diversas recomendações, inclusive aos magistrados com competência na fase de conhecimento na apuração de atos infracionais e de execução das medidas socioeducativas, de forma geral para evitar as medidas de internação. Além disso o plenário do STF entendeu que estaria sendo ampliada indevidamente o objeto da pretensão exposto na peça inaugural.

Porém deve se destacar que foram feitas recomendações aos magistrados com

competência para a fase de conhecimento criminal e de execução penal.

Aos magistrados com competência na fase de conhecimento criminal, recomendou-se: (1) a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 do CPP, priorizando-se (a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; (b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; (c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; (2) a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observando-se o protocolo das autoridades sanitárias.

Aos magistrados com competência sobre a execução penal, recomendou-se: (1) a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: (a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; (b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; (2) alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária; (3) concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; (4) colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal; (5) suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias.

O que se verifica não é uma convergência completa entre as medidas propostas pelo IDDD e deferidas pelo Ministro Marco Aurélio e as Recomendações, mas há sensíveis pontos de toque.

Enquanto o IDDD pediu que as gestantes e lactantes ficassem em regime domiciliar na forma da Lei nº 13.257/2016, que trata apenas de prisão domiciliar para os casos de preventiva, a Recomendação do CNJ é ao mesmo tempo mais genérica (porque não especifica que deva ser concedida a prisão domiciliar, apenas determina a revisão) e mais ampla (porque abrange também a execução penal).

O pedido do IDDD fala em liberdade condicional para idosos e regime domiciliar para os portadores de determinadas doenças, ao passo que a Recomendação trata genericamente do grupo de risco e não fala em prisão domiciliar, mas em reavaliação da prisão provisória e saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto.

Ao passo que o IDDD pede regime domiciliar para presos por crimes sem violência ou

grave ameaça, a Recomendação do CNJ fala em regime domiciliar para pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19.

O IDDD pede a substituição de prisão provisória por medida alternativa, se o delito for sem violência ou grave ameaça, a Recomendação fala em reavaliação de prisões preventivas que ultrapassem 90 dias ou se o crime não for com violência ou grave ameaça.

A Recomendação ainda trata de usar um critério de máxima excepcionalidade para novas ordens de prisão preventiva.

A Recomendação prevê a reavaliação das prisões provisórias e a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto para as pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus.

Se for cumprida essa determinação à risca, parece que não poderia ser mantida qualquer pessoa presa no Estado do Rio de Janeiro, o que não tem como se acreditar que ocorrerá.

Fato é que, em decorrência da Recomendação 62/2020 do CNJ e da decisão do STF no pedido de Tutela Provisória Incidental na ADPF nº 347, foi enviado o Ofício nº 11/2020 no dia 20 de março de 2020 Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, subscrito pelo IDDD, pelo DDH – Instituto de Defensores de Direitos Humanos, pelo Instituto IDEAS, pelo CESeC – Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, pelo Conectas Direitos Humanos, pelo ITTC - Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, pela Justiça Global, pelo Instituto Sou da Paz, pelo Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da UFRJ, pelo NIDH – Núcleo de Direitos Humanos da FND-UFRJ e pela Clínica de Direitos Humanos UERJ-UFRJ, requerendo fossem tomadas as medidas necessárias para que se dê imediato cumprimento às recomendações do CNJ.

Ainda no dia 20 de março de 2020, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou um *habeas corpus* coletivo (processo nº 00611789-94.2020.8.19.0001) visando autorizar a saída de presos com 60 anos ou mais do Presídio Evaristo de Moraes, como forma de dar cumprimento à Recomendação 62/2020 do CNJ. O desembargador plantonista deferiu liminar para que os juízes competentes analisassem no prazo de dez dias todos os pedidos de benefícios. No dia 23 de março de 2020, todavia, o Presidente do Tribunal de Justiça, atendendo a um pedido do Ministério Público do Estado, suspendeu a liminar concedida.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou o Habeas Corpus nº 568.752 perante o Superior Tribunal de Justiça, e em decisão de 26 de março de 2020 concedendo a liminar requerida, o Ministro Nefi Cordeiro entendeu haver “*flagrante incompetência e ilegalidade no uso da suspensão de segurança para cassação de liminar em habeas corpus e anulou a decisão da Presidência do Tribunal de Justiça, restabelecendo o prazo de dez dias para que os juízes reavaliassem a prisão das pessoas idosas na forma da Recomendação 62/2020 do CNJ*”.

Em decisão do dia 25 de março de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, atendendo ao pedido da Defensoria Pública da União, estendeu a todos os presos por prisão alimentícia do país a liminar concedida aos casos do Estado do Ceará para que a prisão seja convertida em prisão domiciliar.

Nesse mesmo dia, a pedido da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Justiça suspendeu por 20 dias o cumprimento de medidas socioeducativas de liberdade assistida para adolescentes em razão do coronavírus porque exigiria o comparecimento junto com o responsável

em Centros de Referência de Assistência Social, violando a ordem de isolamento social.

No dia 28 de março de 2020, o PSOL, junto com as Defensorias Públicas do Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, o IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Instituto Conectas Direitos Humanos, peticionaram na ADPF 347 fazendo uma série de requerimentos. Desta feita, não se poderá negar seguimento ao pedido por tratar-se de requerimento formulado por *amici curiae* porque PSOL foi o partido político autor da ADPF.

Nessa petição o PSOL pediu providências não apenas judiciais para diminuir os impactos da pandemia de coronavírus nas prisões brasileiras, mas também para que o Poder Executivo tome medidas para os internos, tais como se abster de praticar o racionamento de água, provejam assistência material com entrega de produtos de higiene e limpeza das celas, forneça equipamentos de proteção aos agentes públicos de administração penitenciária e socioeducativa, bem como mantenham equipes mínimas de saúde nas unidades prisionais.

Requeru, ainda, como forma de controlar o cumprimento da decisão, que todas as ações tomadas para cumprí-la sejam imediatamente comunicadas ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, do Conselho Nacional de Justiça, bem como ao Comitê para o acompanhamento e supervisão das medidas de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus – Covid-19 pelos tribunais brasileiros, também instituído no âmbito do CNJ.

O Ministro Marco Aurélio, a despeito de ter ressaltado seu entendimento pessoal, negou seguimento ao pedido no dia 02 de abril de 2020 por entender que o plenário do STF assentou entendimento no sentido de que o pedido de providências de urgência é inadequado por ampliar o objeto da pretensão original.

Parece claro que ignorar o cumprimento de medidas urgentes de saúde pública em relação às pessoas encarceradas, não é apenas lhes negar um direito fundamental à saúde, mas incrementar o risco de propagação do vírus para a sociedade como um todo, tendo em vista a transcendência dos efeitos não diretos da pena, conforme já abordado neste trabalho.

Todavia, na prática não apenas as medidas de prevenção à propagação do vírus no âmbito prisional não mereceram do Governo do Estado do Rio de Janeiro a mesma atenção dispensada à população em geral, como até o conhecimento sobre o impacto da pandemia nas prisões do Rio de Janeiro restará desconhecido do público.

Em Resolução Conjunta SEPOL/SEAP nº 10 de 23 de março de 2020, a Secretaria do Estado de Polícia Civil e a Secretaria do Estado de Administração Penitenciária, determinaram que a necropsia dos óbitos ocorridos no sistema prisional não se realizará. De acordo com a Resolução, somente os casos de morte por causa externa ou suspeita serão submetidos à perícia pelo Instituto Médico Legal, os demais óbitos serão declarados pelos médicos da SEAP.

Com isso, não se terá conhecimento da extensão dos efeitos da pandemia de coronavírus no sistema prisional fluminense, bem como da sua propagação para o meio exterior. O mínimo que se poderia esperar sobre as perícias, seria que o exame de integridade do preso que é encaminhado ao sistema prisional, incluísse também a testagem sobre o coronavírus, sob pena de se admitir que seja colocado junto com pessoas que não estão infectadas, outras que se encontram ou não se sabe se estão infectadas.

3.1 Entre a bio e a necropolítica: o populismo brasileiro

A Recomendação 62/2020 do CNJ sofreu duas alterações.

A primeira delas foi realizada por ocasião da edição da Recomendação 68, de 17 de junho de 2020. Basicamente foi acrescentado um dispositivo, o art. 8º-A, e modificado

outro, o art. 15.

O art. 8º-A complementa as disposições sobre audiência de custódia previstas no art. 8º. Este, em breve explicação, recomendava aos Tribunais que considerassem a pandemia como motivação idônea para não realização da audiência de custódia, na forma prevista no art. 310, parágrafos 3º e 4º do CPP.

Nestes casos, o CNJ recomenda que o controle da prisão seja feito por meio da análise do auto de prisão em flagrante e que a prisão preventiva só seja decretada (por conversão da prisão em flagrante) em se tratando de crime cometido com emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que previstos os demais requisitos de lei. Recomenda, ainda que o exame de corpo de delito seja realizado por profissionais de saúde de onde a pessoa estiver presa, complementado por registro fotográfico do rosto e do corpo inteiro.

Ainda, se for possível a realização da audiência de custódia deverá haver atendimento prévio da equipe psicossocial e de saúde, na entrevista deverá ser questionado se o custodiado apresenta sintomas de Covid-19 ou teve contato com pessoas contaminadas ou suspeitas, bem como se houver sintomas a essa pessoa deve ser disponibilizada máscara cirúrgica, adotados procedimentos determinados pelos protocolos de saúde e, no caso de conversão em prisão preventiva, encaminhamento imediato à rede de saúde.

O art. 8º-A, acrescentado pela Recomendação 68/2020, estabelece que na hipótese de o Tribunal optar pela suspensão das audiências de custódia, deverá contemplar como diretrizes: a possibilidade de o custodiado realizar entrevista prévia com o defensor público ou advogado por videoconferência; manifestação do membro do ministério público e, em seguida, da defesa prévia; conclusão em 24 horas; observância do prazo de 24 horas para expedição e cumprimento dos alvarás de soltura; fiscalização do exame prévio de corpo de delito; determinação de diligências em caso de indícios de tortura ou tratamentos cruéis.

A alteração do art. 15 se deu para ampliação do prazo pelo qual deveria vigorar a Recomendação. Originalmente deveria vigorar por 90 dias. Com a Recomendação 68/2020 determinou-se que deveria vigorar por 180 dias, podendo ser prorrogada.

Não é difícil perceber que tanto a Recomendação 62, como as alterações previstas na Recomendação 68, ambas de 2020, tem a preocupação de tomar medidas de preservação dos direitos inerentes à saúde da pessoa encarcerada ou dos agentes do sistema carcerário e de justiça criminal.

Ambas foram aprovadas previamente pelo plenário do CNJ.

Situação absolutamente diversa ocorre com a Resolução 78/2020. Ao tomar posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e, por consequência, também do CNJ, o Ministro Luiz Fux, monocraticamente editou a Recomendação 78, em 15 de setembro de 2020.

A Recomendação 78/2020 alterou o art. 15 para ampliar o prazo pelo qual deve vigorar a Recomendação para 360 dias e acrescentou o art. 5º-A.

Essa foi a única medida que não teve como objetivo garantir direitos à saúde de quem quer que seja, pelo contrário, delimitou aqueles que não gozam de direito à saúde ou mesmo, para ser mais exato, aqueles que não tem direito à vida no sistema prisional.

Isso porque o art. 5º-A afirma que não se aplicam as medidas previstas nos arts. 4º e 5º às pessoas condenadas por certos crimes, a saber: organização criminosa, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, contra a administração pública, crimes hediondos e crimes de violência doméstica contra a mulher.

Essa Recomendação foi ratificada por unanimidade pelo plenário do CNJ no dia 22 de setembro de 2020, portanto uma semana depois de ser editada.

Parece claro que que a decisão política de deixar determinados detentos morrerem em

razão do tipo penal é um exercício do poder de morte. O biopoder⁴⁷ exercido na certeza de que a pandemia é certa em aglomerações e a morte, ao menos de um dado número, segue a mesma sorte, nos lança ao desafio de estabelecer apenas o parâmetro mais adequado sobre a disposição da vida e questionar se não se trata de uma seletividade necropolítica⁴⁸.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do trabalho é possível identificar que o Estado brasileiro tomou algumas medidas para evitar a propagação da Covid-19. Todavia, quando ao Estado do Rio de Janeiro não houve nenhuma medida específica para evitar a contaminação e propagação dos detentos. É facilmente constatável que todas as medidas visavam isolar os presos do contato externo, mas não impediam a disseminação do vírus internamente, tanto que nenhuma medida foi tomada pelo governo do Estado para isolar novos presos que pudessem estar infectados ao entrarem no sistema prisional.

Ao contrário, o Estado do Rio de Janeiro dificultou até mesmo o atendimento dos presos por parte de advogados e impediu que presos fossem conduzidos a audiências.

No âmbito federal, a despeito de não se observar uma política pública consistente, deve se admitir que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação 62/2020, estabeleceu parâmetros e medidas para minimizar o impacto negativo da Covid-19 no sistema prisional.

É de se pontuar, todavia, que não apenas o cumprimento da Recomendação se mostrou vacilante pelos tribunais do país, como a Recomendação 78/2020 desvela uma seletividade inexplicável para admitir aqueles que serão deixados à morte, sem direito adequado à saúde, que é uma obrigação do Estado.

Parece claro que há uma decisão política a respeito dos que podem viver e aqueles que serão deixados para sofrer os efeitos diretos da pandemia que assolou o mundo em 2020.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres Junho de 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/in-fopenmulheres>>. Acesso em: 6 outubro 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União. Publicado em: 04/02/2020 | Edição: 24-A | Seção: 1 - Extra | Página: 1

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19). Diário Oficial da União. Publicado em: 20/03/2020 | Edição: 55-F | Seção: 1 - Extra | Página: 1

BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico 07 de 06 de abril de 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 Mai 23]. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE---Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>.

47 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

48 MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 2. ed. São Paulo: N-1Edições, 2018.

DOREMALEN N. VAN; MORRIS D.H.; HOLBROOK M.G.; GAMBLE A.; WILLIAMSON B.N.; TAMIN A. *et al.* Aerosol and Surface Stability of SARS-CoV-2 as Compared with SARS-CoV-1. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1564-1567. doi: 10.1056/NEJMc2004973.

DUCZMAL, L.H.; ALMEIDA, A.C.L.; DUCZMAL, D.B.; ALVES, C.R.L.; MAGALHÃES, F.C.O.; LIMA, M.S. *et al.* Vertical social distancing policy is ineffective to contain the COVID-19 pandemic. *Cad. Saúde Pública*, v.36, n.5, 2020, e00084420. doi: 10.1590/0102-311x00084420.

FONGARO, G.; STOCO, P. H.; SOUZA; D.S.M. *et al.* SARS-CoV-2 in human sewage in Santa Catalina, Brazil, November 2019. *medRxiv preprint* doi: <https://doi.org/10.1101/2020.06.26.20140731>

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

GARRIDO R.G., GARRIDO F.S.R.G. COVID-19: Um Panorama com Ênfase em Medidas Restritivas de Contato Interpessoal. *Interfaces Científicas-Saúde e Ambiente*, v.8, n.2, 2020, p.127-141.

GARRIDO R.G., RODRIGUES R.C. Restrição de contato social e saúde mental na pandemia: possíveis impactos das condicionantes sociais. *J Health Biol Sci*, v.8, n.1, 2020, p.1-9.

GOLDIM, J.R. COVID-19, *Isolamento, Quarentena e Confinamento*. [internet] 2020 [acesso em: 2020 mar. 17]. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/>.

GHOSAL, S.; BHATTACHARYYA, R.; MAJUMDER, M. Impact of complete lockdown on total infection and death rates: A hierarchical cluster analysis. *Diabetes & Metabolic Syndrome*. v.14, n.4, 2020, p.707-711.

ISLAN, N.; SHARP, S. J.; CHOWELL, G.; SHABNAM, S.; KAWACHI, I.; LANCEY, B.; MASSARO, J.M.; DIAGOSTINO, R.B.; WHITE; M. Physical distancing interventions and incidence of coronavirus disease 2019: natural experiment in 149 countries. *BMJ*. v.370, m2743, 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.m2743n>

KAMPF G., TODT T., PFAENDER S., STEINMANN E. Persistence of coronaviruses on inanimate surfaces and their inactivation with biocidal agents. *J Hosp Infect*. v.104, n.3, 2020, p.246-251;

LAUER, S.A.; GRANTZ, K.H.; BI Q.; JONES, F.K.; ZHENG, Q.; MEREDITH, H.R. *et al.* The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: *Estimation and Application*. *Ann Intern Med*. v.172, n.9, 2020, p.577-582. doi: 10.7326/M20-0504

LI Q.; GUAN X.; WU P.; WANG, X.; ZHOU L.; TONG Y. *et al.* Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia. *N. Engl. J. Med.* v.382, 2020, p.1199-1207. doi: 10.1056/NEJMoa2001316.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 2. ed. São Paulo: N-1Edições, 2018.

MORAWSKA, Lidia; MILTON, Donald K, It Is Time to Address Airborne Transmission of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), *Clinical Infectious Diseases*, c1aa939, Doi: <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa939>.

PARMET, W.E.; SINHA, M.S. Covid-19 — The Law and Limits of Quarantine. *N. Engl. J. Med.* v.382, e28, 2020. doi: <https://doi.org/10.1056/NEJMp2004211>

SANTOS I.A.; NASCIMENTO, W.F. As medidas de quarentena humana na saúde pública: aspectos bioéticos. *Revista BIOETHIKOS*, v.8, n.2, 2014, p.174-185.

SINGER, P.A.; BENATAR, S.R.; BERNSTEIN, M.; DAAR, A.S.; DICKENS, B.M.; MacRAE, S.K. *et al.* Ethics and SARS: lessons from Toronto. *BMJ*. v.327, n.6, 2003, p.1342-1344.

WILDER-SMITH, A.; FREEDMAN, D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) Outbreak. *Journal of Travel Medicine*. v.27, n.2, 2020, taaa020. doi: 10.1093/jtm/taaa020.

WHO. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. [internet] 2020 [acesso em 2020 maio 27]. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

WHO. *Coronavirus disease (COVID-19) Situation Report–170*. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 09]. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200708-covid-19-sitrep-170.pdf?sfvrsn=bca86036_2.

WHO. *Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions*. 9 jul. 2020. [internet] 2020 [acesso em 2020 jul. 10]. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>

WU, P.; HAO, X.; LAU, E.H.Y.; WONG, J.Y.; LEUNG, K.S.M.; WU, J.T. *et al.* Real-time tentative assessment of the epidemiological characteristics of novel coronavirus infections in Wuhan, China, as at 22 January 2020. *Euro Surveill*. v.25, n.3, 2020, pii=2000044. doi: 10.2807/1560-7917.ES.2020.25.3.2000044.

O AUMENTO DO NÚMERO DE FEMINICÍDIOS DURANTE A PANDEMIA E A NECESSÁRIA RESPOSTA JURÍDICA E SOCIAL¹

Caroline Fockink Ritt

Pós-doutora em Direitos Fundamentais pela PUC–RS. Doutora em Direito. Professora de Direito Penal na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS). Coordenadora do Projeto de Pesquisa “As consequências negativas de práticas corruptivas e má gestão na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde” e do Projeto de Extensão “Enfrentamento da Violência Doméstica e Familiar: Direitos da Mulher Agredida” na Universidade de Santa Cruz (UNISC).

Eduardo Ritt

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor do Curso de Direito da UNISC. Coordenador do Projeto de Extensão “Violência Doméstica e Familiar: Enfrentamento da Violência de Gênero” na Universidade de Santa Cruz (UNISC). Promotor de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Violência contra a mulher, aspectos históricos e a influência da cultura patriarcal; 3 O aumento da violência doméstica cometida contra a mulher durante a pandemia da Covid-19: números e motivos; 4 O aumento dos feminicídios durante a pandemia da Covid-19 e a necessária resposta jurídica e social; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.42, p.460-476, set./dez. 2020.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo principal demonstrar o crescimento dos números de feminicídio durante a pandemia de COVID-19 e a necessária resposta jurídica e social com relação a esta realidade. São desenvolvidos três tópicos: (1) abordar a violência doméstica praticada contra a mulher, seus aspectos históricos e a influência da cultura patriarcal neste aspecto; (2) demonstrar que ocorreu um aumento da violência doméstica praticada contra a mulher durante a pandemia de COVID-19, por meio de números oficiais, publicizados por vários estudos e órgãos de segurança pública e motivos de tal aumento; e (3) analisar o aumento nos números de feminicídios que acontecem durante a pandemia e a necessária resposta jurídica e social que deve acontecer para mudança desta realidade.

Justifica-se o presente estudo pela constatação de crescimento da violência contra a mulher durante a quarentena de COVID-19 e a necessidade de resposta jurídica, que aconteceu por meio da positivação de ser o feminicídio uma das formas de homicídio qualificado, o que resultou em uma severidade de punição deste tipo de agressor.

A resposta social deve vir com canais de denúncia *online*, formas de publicização, uso de tornozeleiras para monitoramento dos agressores e também a participação das universidades, por meio da extensão universitária.

O método escolhido para este estudo é o dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada será a da documentação indireta e o de interpretação o método sociológico.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, ASPECTOS HISTÓRICOS E A INFLUÊNCIA DA CULTURA PATRIARCAL

Em muitos países, a violência contra a mulher é reconhecida como um problema social que tem sido alvo de políticas públicas, legislações e ações de organizações não governamentais, com o objetivo de coibi-la e proteger suas vítimas. Tratados e convenções internacionais, formulados a partir de meados dos anos de 1970, têm procurado sensibilizar um número cada vez maior de governos e sociedades, visando a ampliar adesão a essa causa.²

Ou seja, a violência cometida contra a mulher é um fenômeno histórico que dura milênios, pois a mulher era tida como um ser sem expressão, uma pessoa que não possuía vontade própria dentro do ambiente familiar. Ela não podia sequer expor o seu pensamento e era obrigada a acatar ordens que, primeiramente, vinham de seu pai e, após o casamento, de seu marido. Mello³ pontua que, historicamente, o homem possuía o direito assegurado pela legislação de castigar a sua mulher. Observa-se que, na América Colonial, mesmo após a independência americana, a legislação não só protegia o marido que *disciplinasse* a sua mulher com o uso de castigos físicos, como dava a ele, expressamente, esse direito.

Nos Estados Unidos, apesar de muitos esforços ocorridos durante o séc. XIX, com o objetivo de diminuir as formas e a intensidade dos castigos físicos que eram impostos legalmente às mulheres por seus maridos, apenas em 1871, nos estados do Alabama e Massachussetts, que oficialmente extinguiu-se o direito de os homens baterem nas mulheres, mas mesmo assim, não havia previsão de punição para os que continuassem a cometer essa violência.⁴

2 LAGE, Lana.; NADER, Maria Beatriz.; Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M.; (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 286.

3 MELLO, Adriana Ramos de. Aspectos gerais da lei. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi (Org.). *Violência Doméstica e familiar contra a mulher. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 03-04.

4 SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 25.

Hirigoyen⁵ pontua que foi somente após a década de 1970, com as iniciativas das feministas, que se começou a estudar o impacto da violência conjugal entre as mulheres. Até então se hesitava em intervir, sob pretexto de que se tratava de assunto privado. A autora destaca, que atualmente os noticiários dos jornais levam a crer que se trata de um fenômeno marginal, quando na realidade vive-se um verdadeiro flagelo social que não está sendo levado em consideração e de forma suficiente. Destaca que, os números, que só levam em conta as violências físicas que chegam ao Judiciário, são assustadores.

Porto⁶ exorta que, com relação à desigualdade dos gêneros, é possível observar, ao longo dos tempos, na história ocidental, a criação inicial de formas estatais e jurídicas muito pouco, ou praticamente nada, melhorou a condição feminina. A mulher sempre ficou relegada a um segundo plano, preterida e colocada numa situação de submissão, discriminação e opressão. Basta lembrar períodos históricos da Antiguidade e Medieval em que apenas o homem podia ser sujeito de direitos e detentor de poderes. No mundo antigo, este girava predominantemente em torno da comunidade, e não do indivíduo, cuja personalidade era facilmente sacrificada em benefício da totalidade dos clãs, das cidades e dos feudos. Neste período, a mulher, foi muito vitimizada, e não apenas pelo homem, sendo o marido, seu pai ou seus irmãos, mas também o era pelas religiões. Sobre a natureza feminina que era tida como o portal dos pecados, foram inúmeras as vezes que pesaram acusações de bruxaria e hermetismos heréticos que as levaram à tortura e à fogueira.

O Brasil é signatário de vários acordos e, apesar de ainda apresentar um quadro grave no que diz respeito à ocorrência desse tipo de violência, tem se empenhado em combatê-la. Casos de maus tratos físicos e psicológicos, assédio sexual, estupros, espancamentos e assassinatos de mulheres, frequentemente cometidos por maridos e companheiros, passaram a ser vistos com novos olhos e combatidos com maior ênfase depois que foram identificados com um tipo específico de violência e um atentado aos direitos humanos.

A criação de delegacias especializadas no atendimento a esses casos, em meados dos anos de 1980, e a promulgação da Lei conhecida como Maria da Penha, em 2006, constituem importantes instrumentos do esforço compreendido na esfera pública para prevenir e punir a violência contra a mulher por meio de sua criminalização efetiva. Organizações feministas também têm tido importante papel na promoção da melhoria das condições de vida das brasileiras, lutando contra esse tipo de violência, seja com de ações diretas, seja fiscalizando a atuação dos serviços instituídos para esse fim.⁷

Mas nem sempre foi assim. Na história do Brasil, durante muito tempo, a violência sofrida pelas mulheres não era considerada um problema social que exigisse a intervenção do Estado, pelo fato de ocorrer, sobretudo, no espaço doméstico e em meio a relações conjugais e familiares. Apesar de serem submetidas à violência de vários tipos, isso era visto como questão de ordem privada.⁸

A violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. Dias⁹ destaca que a sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe

5 HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*; tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 10-11.

6 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 14.

7 LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 286-287.

8 LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz.; Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M.; (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 287.

9 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 15-16.

a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica.

A violência doméstica praticada contra a mulher está ligada, e muito, à cultura patriarcal. O patriarcado consiste em uma forma de relacionamento, de comunicação entre os gêneros, caracterizada pela dominação do gênero feminino pelo masculino. Indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. O poder se exerce por meio de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres. A dominação do gênero feminino pelo masculino costuma ser marcada (e garantida) pela violência física e/ou psíquica em uma situação na qual as mulheres (e as crianças) encontram-se na posição mais fraca, sendo desprovidas de meios e reação efetivos.

A ideologia patriarcal, que estruturava as relações conjugais e familiares desde o tempo em que o Brasil era uma colônia portuguesa, conferia aos homens um grande poder sobre as mulheres, justificando atos de violência cometidos por pais e maridos contra filhas e esposas. Nascida do estilo de vida das minorias dominantes, essa ideologia acabou influenciando todas as outras camadas da sociedade, disseminando entre os homens um sentimento de posse sobre o corpo feminino e atrelando a honra masculina ao comportamento das mulheres sob sua tutela. Assim, cabia a eles disciplinar e controlar as mulheres da família, sendo legítimo que, para isso, recorressem ao uso da força.¹⁰

O Código Filipino – legislação do período colonial que permaneceu vigente no Brasil até o século XIX – permitia que o marido assassinasse a esposa adúltera. Também era facultado aos homens o enclausuramento forçado da esposa e filhas. Os recolhimentos, instituições criadas para abrigar mulheres com vocação para a vida religiosa, sem que fossem obrigadas a fazer votos solenes como freiras, tornaram-se, por conta disto, verdadeiras prisões femininas.¹¹

Sabadell¹² argumenta que no âmbito das relações privadas, a violência contra a mulher é um aspecto central da cultura patriarcal. Podemos pensar na violência doméstica como uma espécie de castigo que objetiva condicionar o comportamento das mulheres e demonstrar que não possuem o domínio de suas próprias vidas. O problema não é a postura de certos homens, mas uma cultura que influencia toda a sociedade.

Soares¹³ ensina que, a partir de 1970, o movimento feminista trouxe ao debate público a questão da violência contra a mulher, o que hoje se considera um problema de grandes proporções, principalmente nos Estados Unidos. Lá este tema se tornou uma questão importante inclusive na campanha presidencial em 1996. Lembra que, até muito pouco tempo atrás, vigorava o adágio popular *em briga entre marido e mulher não se mete a colher*, ou seja, entendimento popular segundo o qual tudo o que acontecia entre quatro paredes de uma família não dizia respeito à polícia, à justiça, à vizinhança ou mesmo ao resto da família.

Observa-se que, na esfera privada, nunca existiram garantias jurídicas em relação à integridade física e psíquica da mulher, como também ao livre exercício da sua sexualidade. Ao seguir a pauta de comportamento da sociedade patriarcal, a mulher é tratada como a

10 LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 287.

11 LAGE, Lana.; NADER, Maria Beatriz.; Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M. (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012, p. 287.

12 SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 235-264.

13 SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 26-83.

rainha do lar, mas quando não obedece às referidas *pautas patriarcais*, entram em cena os chamados *mecanismos de correção*: que são os insultos, espancamentos, estupros e homicídios. Assim, a violência entre cônjuges ou companheiros constitui uma das faces da violência familiar que está relacionada com os valores do mundo patriarcal. Muitas vezes, a mulher fica em uma posição de bode expiatório, pois sobre seu corpo se canaliza grande parte da violência que é produzida em uma sociedade marcada pela cultura patriarcal, à luz de um modelo caracterizado pela competitividade e pelo aumento da agressividade.

Especificamente, no que tange à igualdade de gêneros, sob o impacto da atuação do movimento de mulheres, a Conferência dos Direitos Humanos de Viena de 1993 (que tanto inspirou a Convenção de Belém do Pará) redefiniu as fronteiras entre o espaço público e a esfera privada, superando a divisão que até então caracterizava as teorias clássicas do Direito. A partir dessa reconfiguração, os abusos que têm lugar na esfera privada – como o estupro e a violência doméstica – passam a ser interpretados como crimes contra os direitos da pessoa humana.¹⁴

Na prática, a violência familiar e em relações conjugais, foi o aspecto ao qual as referidas organizações acabaram outorgando maior peso, passando a terem, com relação a esse assunto, maior dedicação. Tal fato ocorre devido a seu caráter muito amplo e, principalmente, à influência e à participação das mulheres. Então, com relação à *violência na família*, conseguiu-se criar uma preocupação pública, fazendo com que ocorresse a atenção de múltiplos agentes, sociais, políticos e jurídicos, trazendo, com relação a esse assunto, diversos discursos, como também diversas propostas.¹⁵

Ou seja, determinados problemas, que até pouco tempo eram definidos como *privados*, como a violência sexual do lar (doméstica) e no trabalho se converteram, mediante campanhas mobilizadas pelas mulheres, em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais (crimes), mediante forte demanda (neo)criminalizadora.¹⁶

Cavalcanti¹⁷ argumenta, enfaticamente, que não é possível tratar da mesma maneira um delito que é praticado por um estranho e o mesmo delito praticado por alguém de convivência muito próxima, como é o caso dos maridos, companheiros ou namorados. A violência praticada por estranhos em poucos casos voltará a acontecer enquanto a que é praticada por pessoa próxima, tende a se repetir, podendo acabar em agressões de maior gravidade, como é o caso dos homicídios das mulheres que foram, inúmeras vezes, ameaçadas ou espancadas antes de morrer.

Na concepção de Matos¹⁸ consolida-se o entendimento segundo o qual os padrões de gênero sofreram transformações consideráveis, principalmente ao longo das últimas décadas. Os valores que fundamentam o arquétipo de sociedade segmentada e hierarquizada, e o próprio formato das relações interpessoais, sofreram interferências do processo de modernização e se adaptaram, flexibilizando as concepções tradicionais dos papéis femininos e masculinos. Apesar de, historicamente, possuírem uma situação privilegiada de poder na sociedade

14 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 17.

15 SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 66.

16 SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 230-236.

17 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*, Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 49.

18 MATOS, Marlise. A democracia não deveria parar na porta de casa: a criação dos índices de tradicionalismo e de destradicionalização de gênero no Brasil. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi (Orgs.). *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 90.

brasileira, os homens passaram a adotar condutas que, na opinião da autora, representariam a *reinvenção da masculinidade*.

3 O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMETIDA CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: NÚMEROS E MOTIVOS

Reportagens, relatos e apresentações de números de órgãos de Segurança Pública atestam o crescimento da violência doméstica praticada contra a mulher durante a época de quarentena imposta por COVID-19. O que se explica pelo fato de a mulher conviver mais tempo com o agressor, o aumento do desemprego e outras situações estressantes que culminam na violência doméstica, tanto contra a mulher, quanto com relação aos filhos e às outras pessoas que habitam o mesmo local. Antes de se examinar alguns índices, torna-se necessário explicar, ainda que de forma resumida, o que é a doença COVID-19.

Para isso, as lições de Lana¹⁹ ensinam que os coronavírus são RNA vírus causadores de infecções respiratórias em uma variedade de animais, incluindo aves e mamíferos. Sete coronavírus são reconhecidos como patógenos em humanos. Nos últimos 20 anos, dois deles foram responsáveis por epidemias mais virulentas de síndrome respiratória aguda grave (SRAG). A epidemia de SARS que emergiu em Hong Kong (China), em 2003, com letalidade de aproximadamente 10% e a síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS) que emergiu na Arábia Saudita em 2012 com letalidade de cerca de 30%.

O Novo Coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, foi detectado em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Em 09 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) confirmou a circulação do novo coronavírus. Em 16 de janeiro, foi notificada a primeira importação em território japonês. No dia 21 de janeiro, os Estados Unidos reportaram seu primeiro caso importado. Em 30 de janeiro, a OMS declarou a epidemia uma emergência internacional (PHEIC). Ao final do mês de janeiro, diversos países já haviam confirmado importações de caso, incluindo Estados Unidos, Canadá e Austrália. Em 26 de fevereiro, o Ministério da Saúde confirmou o primeiro caso de coronavírus no Brasil, no estado de São Paulo, em um homem de 61 anos com histórico de viagem recente para a Itália. A partir de então, os números cresceram de forma assustadora.

Até o dia 26 de agosto de 2020, em levantamento junto a secretarias estaduais de saúde, já foram registradas 116.580 mortes 101.857 (cento e dezesseis mil, quinhentos e oitenta) mortes provocadas por COVID-19, e 3.057.470 (três milhões, cinquenta e sete mil, quatrocentos e setenta) casos confirmados da doença em todo o território brasileiro- índice que tende a aumentar.²⁰

E, diante deste cenário de mortes e outros problemas sociais que a pandemia está causando, um especificamente está chamando a atenção das autoridades, a do aumento da violência doméstica e familiar contra a mulher. As muitas circunstâncias e medidas adotadas pelas autoridades como forma de combate ao novo coronavírus, como o isolamento social, contribuíram de forma exponencial para que a violência contra a mulher aumentasse, assim como também o aumento dos números de feminicídio.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou, em 2019, o *Atlas da Violência*, onde

19 LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; MACIEL, Daniel Antunes; CIDEÇO, Cláudia Torres. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. *Cad. Saúde Pública*, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000300301>. Acesso em: 19 maio 2020.

20 ALERTA DE COVID 19. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=n%C3%BAmeros+de+mortes+pelo+coronavirus+no+brasil+hoje>. Acesso em: 26 ago. 2020.

reuniu dados referentes ao processo da acentuada violência no país, entre elas a violência contra a mulher. Os números fazem alusão ao período de 2007-2017.²¹

Os dados divulgados mostram que houve um crescimento dos homicídios femininos no Brasil em 2017, com cerca de 13 (treze) mulheres mortas por dia. Ao todo, 4.936 (quatro mil, novecentos e trinta e seis) mulheres perderam a vida, o maior número registrado desde o ano de 2007. Houve um crescimento significativo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década em análise (2007-2017), assim como no último ano da série, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior.

Outro dado relevante apresentado na pesquisa revela que, do total de homicídios contra as mulheres, 28% ocorrem dentro da residência, ou seja, provando que é muito provável que estes sejam casos de feminicídios, no âmbito da violência doméstica contra a mulher.

Também no ano de 2019, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*, onde são compilados os dados referentes a diversos crimes, cometidos no âmbito federal e dos estados. Neste anuário, foram coletados dados referentes aos anos de 2017-2018, em relação ao homicídio de mulheres e feminicídio, lesão corporal dolosa e estupro e tentativa de estupro²².

Em 2017, foram registrados 4.556 homicídios com vítimas do sexo feminino, sendo que, destes, 23,6%, ou seja, 1.075 foram considerados como feminicídios. Já no ano de 2018, foram 4.107 homicídios com vítimas do sexo feminino, e destes, 29,4%, ou seja, 1.206 foram considerados feminicídios. No Rio Grande do Sul, em 2017 foram 83 feminicídios em 2017 e 117 feminicídios em 2018, segundo constam nos dados.

Em relação à lesão corporal dolosa, no âmbito da violência doméstica, o Brasil registrou, no ano de 2017, 252.895 casos, com uma taxa de 125,1 a cada 100 mil mulheres. No ano de 2018, foram registrados 263.067 casos, com uma taxa de 126,2 a cada 100 mil. A variação entre os dois anos ficou em 0,8%. O Rio Grande do Sul registrou no ano de 2017, 23.179 casos, e no ano de 2018, 22.008, com uma diminuição de 5,1% nos registros de lesão corporal contra a mulher.

Por fim, é importante citar mais algumas estatísticas importantes lançadas no *Anuário*²³ como a prevalência de mulheres negras como vítimas de feminicídio, com 61%, bem como que o ápice da mortalidade por feminicídio se dá aos 30 anos. Da mesma forma, em relação à escolaridade, a maioria das vítimas, 70,7%, cursou apenas até o ensino fundamental. Neste universo de violência doméstica, observa-se que 88,8% das vítimas foram assassinadas pelos próprios companheiros ou ex-companheiros.

Com o início da pandemia de Coronavírus e a adoção de medidas para tentar frear o avanço do vírus – como o isolamento, quarentena e distanciamento social – surgiram muitos efeitos com impactos sociais, dentre eles o agravamento e aumento da violência contra a mulher.

Antes de enfrentarmos a pandemia de COVID-19, os dados que espelham a violência praticada contra a mulher já podiam ser considerados assustadores. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 2013 o Brasil já ocupava o 5º lugar, em um *ranking* de 83 países onde mais se matam mulheres. Além disso, uma pesquisa do Data/Senado (também em 2013) revelou que 01 (uma) em cada 05 (cinco) brasileiras assumiu que

21 *Atlas da violência 2019*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

22 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

23 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

já foi vítima de violência doméstica e familiar provocada por um homem. Outra confirmação da frequência da violência praticada contra a mulher é o que se chama de “ciclo” que se estabelece e é constantemente repetido: aumento da tensão, ato de violência e posteriormente, a “lua de mel”. Nessas três fases, a mulher sofre vários tipos de violência, que são: a violência física, moral, psicológica, sexual e a patrimonial. Tais podem ser praticadas de maneira isolada, ou não.²⁴

Com relação a esta necessidade de isolamento social, o Instituto Maria da Penha²⁵ detém observações no sentido de que o isolamento social intensifica a convivência entre os familiares, o que pode aumentar as tensões. O contexto de apreensão, incertezas e adversidades impostas pela pandemia, além do consumo excessivo de álcool nesse período, colabora para as discussões entre casais, que podem desencadear diversas formas de agressão (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral). Devido ao isolamento social, muitas mulheres não conseguem fazer as denúncias, o que gera um número alto de subnotificações.

Quanto à violência praticada contra a mulher, especificamente, na quarentena, citam-se, como fonte, os levantamentos realizados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Foram três *Notas Técnicas* sobre a *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*, emitidas pelo Fórum, nos meses de abril, maio e julho de 2020, compilando dados, números e estatísticas sobre a violência²⁶.

Segundo o estudo citado, no Brasil, o número de feminicídios cresceu 22,2% nos meses de março e abril 2020, em 12 estados, em comparação ao mesmo período de 2019. No ano passado, foram 117 vítimas nesses dois meses. Já neste ano, 143²⁷. Com relação aos feminicídios, o Rio Grande do Sul registrou no acumulado de março/abril de 2019, 17 mortes, e no mesmo período em 2020, 21 vítimas fatais, ou seja, um aumento de 23,5%. Nesse mesmo período, houve uma maior dificuldade em denunciar os crimes, com uma redução dos registros de crimes nas delegacias de polícia. Os registros de lesão corporal dolosa decorrente de violência doméstica caíram 25,5% nesse mesmo período entre 2019 e 2020. No Rio Grande do Sul, houve uma redução de 16,6% nos registros de violência doméstica no período de março/abril de 2019 para março/abril de 2020, de 3.668 casos para 3.058.

Atualmente, no Rio Grande do Sul, conforme dados da Secretaria de Segurança Pública, dados atualizados em 10 de agosto de 2020 aconteceram 53 feminicídios de janeiro até julho de 2020, e 188 tentativas de feminicídio, no mesmo período.²⁸

Observa-se que, em São Paulo, ocorreu um crescimento dos chamados para a Polícia Militar no Disque 190 em alguns estados como São Paulo, com aumento de 44,9% em março em comparativo com mesmo período do ano passado. No “*Ligue 180*”, também houve um crescimento de 27% nas denúncias telefônicas, principalmente no mês de abril, em que o crescimento foi ainda maior (37,6%), período em que todos os estados estavam adotando medidas de isolamento.

Posteriormente, no último e mais atual estudo apresentado em julho de 2020, na *Nota Técnica* sobre a *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*, v.03²⁹, foram coletados

24 INSTITUTO MARIA DA PENHA. *O que é violência doméstica*. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

25 INSTITUTO MARIA DA PENHA. *O que é violência doméstica*. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

26 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

27 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

28 SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. Indicadores da violência contra a mulher geral e por município 2020 (.xlsx 5,63 MBytes). Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202008/12152323-violencia-contra-a-mulher-publicacao-julho2020.xlsx>. Acesso em: 26 ago. 2020.

29 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Nota Técnica* sobre a “*Violência doméstica durante a pandemia de covid-19*, v.03. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

dados de feminicídios, homicídios dolosos, lesão corporal dolosa, estupro e estupro de vulnerável e ameaça para doze Unidades da Federação: Acre, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Todas as Unidades da Federação acompanhadas apresentaram redução nos registros de lesão corporal dolosa entre março e maio de 2020 em comparação com o mesmo período no ano anterior. Houve uma queda de 27,2% no período acumulado, com as maiores reduções nos estados do Maranhão (84,6%), Rio de Janeiro (40,2%) e Ceará (26%).

No Rio Grande do Sul, especificamente, no acumulado entre março a maio de 2019, houve 5.167 (cinco mil, cento e sessenta e sete) registros de lesão corporal dolosa contra a mulher, sendo que, no mesmo período de março a maio de 2020, houve 4.274 (quatro mil, duzentos e setenta e quatro) registros. A queda, portanto, foi de 17,3%.

Tais índices não representam uma diminuição da violência contra a mulher, durante a pandemia, mas, que devido às dificuldades e ao isolamento social, passou a ser, em um primeiro momento, subnotificada elucidando menor possibilidade de denúncia às mulheres que vivem com os agressores.

4 O AUMENTO DOS FEMINICÍDIOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E A NECESSÁRIA RESPOSTA JURÍDICA E SOCIAL

Sabadell³⁰ destaca que a Organização Mundial da Saúde, em seus estudos, indica que quase a metade das mulheres vítimas de homicídio é assassinada pelo marido ou namorado, tanto pelo ex como também pelo atual. Da mesma forma, pesquisa realizada pela Anistia Internacional, em cinquenta países, trouxe dados que revelaram que uma em cada três mulheres foi vítima de violência doméstica, como também obrigada a manter relações sexuais ou submetida a outros tipos de violência.

A violência, em suas mais variadas formas de manifestação, afeta a saúde e a vida. Também produz enfermidades, danos psicológicos e pode provocar a morte. Tem como objetivo causar dano a um organismo vivo, ou seja, é qualquer comportamento que tem como objetivo o de causar dano a outrem.

Especificamente à violência contra a mulher e à violência doméstica, há uma explicação suplementar para a sua grande ocorrência no Brasil. Ela não está ligada somente à lógica da pobreza, ou à desigualdade social e cultural. Também está ligada diretamente ao preconceito, à discriminação e ao abuso de poder que possui o agressor com relação a sua vítima. A mulher, em razão de suas peculiaridades, compleição física, idade, e dependência econômica, está em uma situação de vulnerabilidade na relação social.³¹

Devido à relação de poder e à dominação que existe no relacionamento afetivo, geralmente o agressor detém, em relação à mulher que ele agride, a força física e o poder econômico, passando a manipulá-la, violá-la e agredi-la psicologicamente, moralmente e fisicamente.

Assim, na realidade, apesar da situação envolver questões de gênero e de maior vulnerabilidade da mulher, a punição pela sua morte não tinha tratamento diferenciado de qualquer outro homicídio, somando apenas mais um número nas estatísticas das mortes no país, sendo que, geralmente, o assassino é processado e julgado por homicídio qualificado na figura da torpeza.

30 SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 258.

31 LINTZ, Sebastião. *O crime, a violência e a pena*. Campinas: Julex, 1987, p. 27-35.

E foi com o objetivo de tornar mais efetiva a diminuição dos casos de violência doméstica, bem como a busca incessante por maior igualdade de gênero, que surge a necessidade de um olhar diferenciado, com punição mais severa nos casos envolvendo vítimas do sexo feminino. Este avanço vem quase dez anos depois da Lei Maria da Penha, com a Lei nº 13.104, sancionada em 09 de março de 2015.

O regulamento traz um novo termo, denominado *feminicídio*, que tem por definição o assassinato de mulheres, seja por violência doméstica ou por discriminação de gênero. Altera o artigo 121 do Código Penal, incluindo-o como circunstância qualificadora de homicídio e também o artigo 1º da Lei nº 8.072, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

O feminicídio pode ser definido como sendo uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres ou crença na inferioridade da mulher, caracterizada por circunstâncias específicas na quais o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, à destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher. Como anota o mapa da violência contra a mulher, este conceito traz luz a um cenário preocupante: o do feminicídio cometido por parceiro íntimo, em contexto de violência doméstica e familiar, além de se caracterizar como crime de gênero ao carregar traços como ódio, que leva à destruição da vítima, e pode ser combinado com as práticas da violência sexual, tortura e ou mutilação da vítima antes ou depois do assassinato.³²

A alteração do art. 121 trata de violência de gênero, cujo conceito e compreensão podem ser importados da Lei Maria da Penha, ou seja, dizem respeito à relação de poder, de dominação do homem e submissão da mulher. E, assim como na Lei Maria da Penha, para configurar o *feminicídio* não basta a violência doméstica e familiar (constante da alteração do CP, art. 121, § 2-A), mas também a *questão de gênero*. Ou seja, nem toda violência doméstica e familiar contra uma mulher e que cause sua morte é configurada feminicídio, pois deve estar presente a condição de gênero.³³

O feminicídio encontra-se inserido como qualificadora no âmbito do art. 121, § 2º, do CP. Trata-se de homicídio qualificado em razão de ter sido praticado contra mulher, em situação denominada “violência de gênero”. Para o § 2º - A do art. 121 será considerada violência de gênero quando o crime envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo à discriminação de mulher: Foi criada, também, causa de aumento (1/3 até 1/2) para os casos em que o feminicídio tenha sido praticado dentro de certas hipóteses ou circunstâncias elencadas na norma (§ 7º do art. 121 do CP).³⁴

A doutrina explica que o feminicídio somente estará configurado se a violência (homicídio) se der contra a mulher e em um contexto de violência de gênero, sendo o autor homem ou mulher, como ocorre na Lei Maria da Penha (art. 5º).³⁵

Então, configura crime de feminicídio quando o agente causador se utiliza do convívio conjugal ou de coabitação para cometer o crime. Isso quer dizer que não falamos apenas de relação marital, mas também dos casos que o agressor possua vínculo familiar com a vítima, podendo ser das mais variadas formas comumente vivenciadas em nosso cotidiano. Enquadra no

32 BARROS, Franciso Dirceu.; SOUZA, Renee do Ó.; *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019, p. 24.

33 GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2020, p. 198.

34 GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2020, p. 196-197.

35 GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2020, p. 197.

mesmo crime quem mata pelo simples fato de a vítima ser mulher, por questões de menosprezo ou discriminação (inciso II). Vejamos que o ato está intimamente ligado ao preconceito, com o repugnante objetivo de eliminar uma vida feminina, pelo simples desprezo ao gênero.

O ano de 2020 está sendo atípico e agravando a violência sofrida pelas mulheres, isso porque em razão da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), a orientação mundial é a população evitar o contato social e permanecer em sua residência, na medida do possível. O resultado para a vítima é o confinamento com o agressor e, conseqüentemente, menor visibilidade da violência doméstica.

Em relação aos feminicídios registrados nos estados brasileiros, diferentemente do que observamos nos meses anteriores, em maio de 2020 houve uma queda de 27,9% nos registros de feminicídios nos estados analisados em relação a 2019. Os homicídios dolosos com vítimas do sexo feminino, por outro lado, aumentaram 7,1% no mês de maio, passando de 127 em 2019 para 136 em 2020. No acumulado entre março e maio, houve apenas um pequeno crescimento nos registros, que foram 382 vítimas em 2019 para 386 em 2020.

Assim, o estudo conclui que enquanto nos meses de março e abril de 2020 observou-se um aumento no percentual de homicídios de mulheres classificados como feminicídios em relação aos mesmos meses de 2019, esse percentual caiu no mês de maio. Em março de 2019, 27,9% dos casos de homicídios com vítimas mulheres foram considerados feminicídios, contra 34,3% no mesmo mês de 2020. De maneira similar, em abril de 2019, 26,6% dos homicídios foram classificados como feminicídios, passando para 31,7% em abril de 2020. Já em maio, essa tendência de aumento na proporção de homicídios femininos classificados como feminicídios se inverte, passando de 33,9% em maio de 2019 para 24,4% em maio de 2020. Segundo o estudo, esses novos dados podem apontar para duas possíveis causas, ou uma breve redução na violência letal contra as mulheres motivada por questões de gênero; ou uma piora no registro inicial dos feminicídios no mês de maio de 2020.³⁶

Fazendo um rápido balanço com relação aos dados apresentados, observa-se a variação e o aumento dos casos de violência contra a mulher. Muitos destes crimes são registrados como homicídios com vítimas do sexo feminino e não como feminicídios, assim podendo existir uma subnotificação de casos e uma divergência de dados.

Vive-se em uma sociedade que possui valores patriarcais, na qual os homens usam a violência para controlar as mulheres e submetê-las à sua dominação.³⁷ A violência praticada contra a mulher possui aspectos históricos determinados pela cultura patriarcal que considera a mulher como uma propriedade do homem, e que ocorre até nos dias de hoje, mesmo diante de muitos avanços com relação a direitos das mulheres, produzindo inúmeros danos em suas vítimas, consoante ao que fora abordado.

Culturalmente, a formação da mulher está atrelada à adoção de uma postura coadjuvante, e, por vezes, inferiorizada, e que a gênese do homem, ao contrário, suscita a superioridade. Assim, a formação dos indivíduos envolvidos nesses conceitos negativos é influenciada pelo comportamento discriminatório em relação ao gênero e dificulta a promoção da igualdade pretendida como elemento intrínseco da dignidade da pessoa humana. A dominação masculina, para Bordieu³⁸ é evidente na sociedade e, para estudá-la,

36 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

37 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

38 BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. trad. KÜHNER, Maria Helena. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 23.

são utilizados métodos que pertencem à própria dominação masculina, porque ela influencia, como algo natural e espontâneo, todas as interrelações, sem precisar de justificação. E, apesar da equiparação entre o homem e a mulher, feita pela Constituição Federal de 1988, bem como da implementação de ações afirmativas, destinadas à eliminação das formas de discriminação, a ideologia patriarcal subsiste a essas conquistas.

Alguns países chegavam a adotar a norma de impunidade total em favor do marido que *vingasse a honra* ao surpreender sua mulher em adultério. No Brasil, de acordo com o Código Penal de 1890, só a mulher era penalizada por adultério, sendo punida com prisão celular de um a três anos. O homem só era considerado adúltero no caso de possuir concubina *teúda* e *manteúda*.³⁹

Os motivos da punição são óbvios, uma vez que o adultério representava os riscos da participação de um bastardo na partilha dos bens e na gestão dos capitais. O homem, em verdade, tinha plena liberdade de exercer a sua sexualidade desde que não ameaçasse o patrimônio familiar. Já a infidelidade feminina era, em geral, punida com a morte, sendo o assassino beneficiado com o argumento de que se *achava em estado de completa privação de sentidos e de inteligência* no ato de cometer o crime, ou seja, acometido de loucura ou desvario momentâneo. Na prática, reconhecia-se ao homem o direito da vida da mulher.⁴⁰

Portanto, a violência envolvendo o gênero feminino não se trata de exagero ou vitimismo, mas uma realidade assustadora que possui aspectos históricos que não podem ser ignorados, mas a sua ocorrência, evidencia-se, está muito ligada à cultura patriarcal.

Xavier⁴¹ destaca que a violência contra a mulher não é novidade para a sociedade, pois a mulher vem sendo vítima, pelo fato de ser mulher, reiteradamente, durante toda a história. Essa seria, segundo o referido, uma tradução clara de uma sociedade desigual, que até hoje, e infelizmente, apresenta resquícios de uma sociedade patriarcal.

Ainda mais na realidade de enfrentamento de COVID-19 que trouxe como uma das consequências o aumento da violência contra a mulher e também dos números de feminicídios. Diante dessa situação, a rede de proteção criada para prevenir as agressões e tratar os casos já consolidados é medida indispensável e necessária.

Na busca pela igualdade de gênero que se mostrou relevante uma punição mais severa nos crimes que envolvessem a morte de mulheres. A qualificadora do crime de homicídio evidencia a atenção especial despendida para a violência de gênero trazendo uma continuidade na proteção das vítimas iniciada pela Lei Maria da Penha.

É interessante lembrar que no dia 08 de março é celebrado o Dia Internacional da Mulher, porém, no ano de 2015, a comemoração no cenário nacional adveio em conjunto com a sanção da Lei 13.104/15, esta que instituiu uma nova qualificadora do crime de homicídio, denominada de feminicídio. A lei trouxe uma efetiva novidade sobre o assunto, consistente na demonstração de passos largos para superação e repúdio contra a violência contra a mulher, mediante a criminalização específica e sanção mais severa dos crimes de homicídio mediante a qualificação pelo feminicídio.⁴²

Comprova-se, por meio destes dados, o quanto a pandemia afetou e está afetando a vida das mulheres que são vítimas de violência doméstica, tornando ainda mais difícil quebrar

39 SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. 2. reimpressão, São Paulo: Contexto, 2010, p. 381.

40 SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. 2. reimpressão, São Paulo: Contexto, 2010, p. 381.

41 XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 45.

42 XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 45.

este ciclo violento. Especificamente com relação ao feminicídio. E diante destes dados, pergunta-se, o que poderia ser feito?

O aumento no país foi tão expressivo que chamou a atenção da Organização das nações unidas – ONU.⁴³ A Organização recomenda aos países o aumento no investimento em serviços *online* e em organizações da sociedade civil; garantir que os sistemas judiciais continuem processando os agressores; estabelecer sistemas de alerta de emergência em farmácias e mercados, para prevenir e combater a violência de gênero durante a pandemia. Da mesma forma, recomenda declarar abrigos para vítimas de violência de gênero como serviços essenciais; criar maneiras seguras para as mulheres procurarem apoio, sem alertar seus agressores; evitar libertar prisioneiros condenados por violência contra mulheres; ampliar campanhas de conscientização pública, principalmente as voltadas para homens e meninos.

Em comunicado à imprensa, a entidade Agência Brasil⁴⁴ publiciza que as mulheres estão mais vulneráveis durante a crise sanitária e têm mais dificuldade para formalizar queixa contra os agressores e, portanto, para se proteger. Dos fatores que explicam essa situação destacam-se a convivência mais próxima dos agressores, que, no novo contexto de pandemia e isolamento social, as impede de se dirigir a uma delegacia ou a outros locais que prestam socorro às vítimas, como centros de referência especializados, ou, inclusive, de acessar canais alternativos de denúncia, como telefone ou até aplicativos.

Da mesma forma, a queda da renda e o desemprego, que podem atrapalhar a mulher na hora em que cogita sair de casa para fugir do agressor. Por essa razão, especialistas consideram que a estatística se distancia da realidade vivenciada pela população feminina quando o assunto é violência doméstica, que, em condições normais, já é marcada pela subnotificação.

Barbosa⁴⁵ defende que em todos os segmentos da sociedade, existe a preocupação em acabar com a violência contra a mulher, e para isso, nada melhor que ocorram mudanças socioculturais. Sabe-se que a raiz do feminicídio seguramente é a ignorância de grande parte dos homens que cultuam a figura masculina como sendo mais importante que a da mulher. Mudanças socioculturais são necessárias para acabar com a violência contra a mulher. Em seguida, sugere o referido, o emprego de tornozeleiras eletrônicas, pois seu uso facilita ao centro de inteligência policial, para que estes monitorem o agressor denunciado, constatando assim, se está perto ou longe da mulher. Esta ferramenta, ao constatar a aproximação das pessoas proibidas, de imediato, envia dados para o centro de inteligência policial ou judicial e esse, por sua vez, toma as medidas cabíveis. Sugere que, o campo da tecnologia é bastante vasto, podendo inclusive criar outros tipos de medidas protetivas e usá-la, no sentido de driblar a burocracia.

Também a importância da extensão universitária neste período uma vez que possibilita o compartilhamento, com as pessoas, com o público externo da universidade, do conhecimento que foi adquirido por meio do ensino e pesquisa desenvolvidos na instituição. Ocorre uma articulação do conhecimento científico, com as necessidades que a comunidade apresenta e onde ela está inserida. Desta forma, a universidade interage com a comunidade e colabora para a transformação social, garantindo valores democráticos de igualdade de

43 NAÇÕES UNIDAS BRASIL: *Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

44 AGÊNCIA BRASIL. *Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia*: Números da violência contra a mulher caíram em apenas três estados. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 26 ago. 2020.

45 BARBOSA, R. Jeová. *Feminicídio no Brasil: Raízes, estratégias e resultados*. Edição do autor, 2018, p. 20-22.

direitos, respeito à pessoa e sustentabilidade ambiental e social.⁴⁶ A universidade, por meio da extensão, influencia e também é influenciada pela comunidade, possibilitando uma troca de valores entre ambas. A extensão universitária deve acontecer sempre como em uma via de duas mãos, ou seja, a Universidade leva conhecimentos e assistência à comunidade, ao mesmo tempo em que aprende com a realidade dessas comunidades.

Destaca-se o projeto desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz do Sul, no Rio Grande do Sul, neste período de quarentena e restrições sanitárias, batizado de *Tela Maria da Penha*, que está acontecendo nas cidades gaúchas de Santa Cruz e Montenegro. Ele tem como principal objetivo prestar assistência às vítimas de violência doméstica e familiar, fornecendo orientação sobre seus direitos previstos na Constituição Federal, Lei Maria da Penha e demais legislações infraconstitucionais. Objetiva-se realizar os atendimentos com privacidade e de forma humanizada, por meio de contato telefônico, com consulta gratuita e com muita privacidade. As vítimas que telefonam para o *Tele Maria da Penha* obtêm informações sobre seus direitos, medidas protetivas, como se proteger e afastar o agressor de sua convivência e qual resposta judicial procurar. Tudo feito de forma rápida, dinâmica e total discrição por bolsistas da graduação em direito, que possuem sensibilidade e devidas informações para tal atendimento. Este projeto de extensão evita também que as vítimas de violência procurem órgãos errados, circulem desnecessariamente em época de quarentena e demais restrições sanitárias.

São muitos pontos positivos que estão sendo alcançados, com atendimento das vítimas e esclarecimento de seus direitos. Busca-se a inserção comunitária da Universidade, por meio deste projeto humanista e que serve para mudar esta triste realidade. O projeto também proporciona uma melhor interação entre a sociedade e a Universidade, além do que proporciona aos alunos do Curso de Direito de Santa Cruz e de Montenegro, mais um local para colocar em prática seus conhecimentos.

E, finalmente, os apontamentos supracitados vão ao encontro do que pontuam Lima⁴⁷ e demais no que tange à extensão, que se caracteriza em meio facilitador e promissor pelo qual a Universidade tem a oportunidade de levar até a comunidade os conhecimentos dos quais é detentora, ou seja, é a forma pela qual ela encontra de democratizar o conhecimento e fazer com que este chegue até àqueles que não são universitários.

O problema de violência doméstica praticada contra a mulher é um problema de todos, e assistimos ao seu crescente neste período de restrições sanitárias causadas pela pandemia de COVID-19. Estas são algumas ideias e considerações do que pode ser feito, tanto na área jurídica e social para que ocorra a ajuda às vítimas e a consequente mudança desta realidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico tem como objetivo principal demonstrar o crescimento dos números de feminicídio durante a pandemia de COVID-19 e a necessária resposta jurídica e social com relação a esta realidade.

Para alcançar o objetivo proposto desenvolveu-se a pesquisa com três tópicos, abordando, em um primeiro momento a violência doméstica praticada contra a mulher,

46 UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. O que é extensão universitária? 2013. Disponível em: <http://www.proex.ufes.br/o-que-%C3%A9-extens%C3%A3o-universit%C3%A1ria>. Acesso em: 29 abr. 2020.

47 LIMA, Maurícia Cristina de LIMA; CLAPIS, Maria José. Estudantes aprendem fazendo com significado. In: DEBALD, Blasius (Org.). *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Porto Alegre: Penso, 2020, p. 46.

trazendo aspectos históricos, tanto no Brasil como no mundo, aspectos que influenciaram diretamente na cultura patriarcal. Esta responsável, e muito, pela violência, uma vez que estabelece, culturalmente, a total subjugação da mulher pelo homem, inclusive, justificando a violência praticada.

Em um segundo momento, por meio de índices e estudos que foram realizados e publicizados, por órgãos oficiais, durante a pandemia que estamos enfrentando, demonstrou-se que ocorreu um aumento da violência doméstica praticada contra a mulher, da mesma forma os motivos para o aumento. A mulher, neste período está vivendo muito mais próxima ao agressor. Neste ambiente de *stress* e desrespeito, também há o agravamento que ocorre por meio do desemprego, dificuldades econômicas que a pandemia trouxe. Esta convivência tóxica, somada aos problemas de alcoolismo e outros vícios, culmina na explosão da violência. Em um primeiro momento os números foram menores, conforme se demonstra no presente, se comparados aos outros anos, o que leva a concluir que não houve necessariamente uma diminuição, mas uma subnotificação dos casos de violência.

E, finalmente, foi analisado o aumento nos números de feminicídios que está acontecendo durante a pandemia e a necessária resposta jurídica e social que deve acontecer para mudança desta realidade. Esta resposta, de forma jurídica, veio por meio da tipificação do feminicídio, como uma das formas de homicídio qualificado, conforme se demonstrou, o que enseja uma punição mais severa. Esta determinação legal, a partir de 2015 foi muito positiva. E a resposta social deve vir por meio de canais de denúncia *online*, formas de publicização, uso de torçozeleiras para monitoramento dos agressores e também a participação das universidades, por meio da extensão universitária.

Descreveu-se a experiência de extensão que está sendo desenvolvida pela Universidade de Santa Cruz – UNISC, nas cidades gaúchas de Santa Cruz do Sul e Montenegro cuja experiência é excelente para o desenvolvimento e crescimento pessoal e profissional dos discentes do curso de Direito. Com a extensão universitária, voltada ao auxílio de vítimas de violência doméstica, elucidando que a Universidade atua além dos seus muros, além da sala de aula. A inserção comunitária é outro ponto muito positivo: os alunos ajudarão a resolver problemas que a comunidade enfrenta, ou seja, a extensão é meio facilitador e, também, promissor onde a Universidade tem a oportunidade de levar para a comunidade os conhecimentos que ela possui.

Destaca-se, mais uma vez, que o problema da violência doméstica praticada contra a mulher é um problema de todos. A sociedade, órgãos jurídicos e universidades devem se mobilizar para auxiliar e ajudar a mudar esta triste realidade.

REFERÊNCIAS:

AGÊNCIA BRASIL. *Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia*: Números da violência contra a mulher caíram em apenas três estados. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ALERTA DE COVID 19. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=n%C3%BAmeros+de+mortes+pelo+coronavirus+no+brasil+hoje>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

- BARBOSA, R. Jeová. *Feminicídio no Brasil: Raízes, estratégias e resultados*. Edição do autor, 2018.
- BARROS, Franciso Dirceu.; SOUZA, Renee do Ó.; *Feminicídio: controvérsias e aspectos práticos*. Leme, SP: JH Mizuno, 2019.
- BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. trad. KÜHNER, Maria Helena. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. Salvador: Editora Podivm, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: *Nota Técnica sobre a “Violência doméstica durante a pandemia de covid-19, v.03*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.
- GIMENES, Eron Veríssimo.; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2020.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*; tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- INSTITUTO MARIA DA PENHA. *O que é violência doméstica*. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- LAGE, Lana.; NADER, Maria Beatriz.; *Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social*. In: PINSKY, C. B.; PEDRO, J. M.; (Orgs.). *Nova história das mulheres*. São Paulo: Contexto, 2012.
- LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; MACIEL, Daniel Antunes; CIDEÇO, Cláudia Torres. *Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva*. *Cad. Saúde Pública*, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000300301. Acesso em: 19 maio 2020.
- LIMA, Maurícia Cristina de LIMA; CLAPIS, Maria José. *Estudantes aprendem fazendo com significado*. In: *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Organizador: Blasius Debal. Porto Alegre: Penso, 2020.
- LIMA, Maurícia Cristina de LIMA; CLAPIS, Maria José. *Estudantes aprendem fazendo com significado*. In: DEBALD, Blasius (Org.). *Metodologias ativas no ensino superior: o protagonismo do aluno*. Porto Alegre: Penso, 2020.
- LINTZ, Sebastião. *O crime, a violência e a pena*. Campinas: Julex, 1987.
- MATOS, Marlise. *A democracia não deveria parar na porta de casa: a criação dos índices de tradicionalismo e de destradicionalização de gênero no Brasil*. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi (Orgs.). *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- MELLO, Adriana Ramos de. *Aspectos gerais da lei*. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi. (Orgs.). *Violência Doméstica e familiar contra a mulher. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL: *Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. Indicadores da violência contra a mulher geral e por município 2020 (.xlsx 5,63 MBytes). Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202008/12152323-violencia-contra-a-mulher-publicacao-julho2020.xlsx>. Acesso em: 26 ago. 2020.

SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1999.

SOIBET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del (Org.); PINSKY, Carla Bassanezi (Coord. de textos). *História das mulheres no Brasil*. 9. ed. 2. Reimpressão. São Paulo: Contexto, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. O que é extensão universitária? 2013. Disponível em: <http://www.proex.ufes.br/o-que-%C3%A9-extens%C3%A3o-universit%C3%A1ria>. Acesso em: 29 abr. 2020.

XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio: análise jurídica e estudo em consonância com A lei Maria da Penha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

